

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-15002/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

08.11.2023 г. Москва

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

Председательствующего:

<...>

при участии посредством видеоконференцсвязи представителя <...>

в отсутствие ООО «Снабженец-2», извещенного надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 31.10.2023 № НП/46402/23,

рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее — Заявитель) на действия ПАО «Россети Центр» (далее — Заказчик) при проведении запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по изготовлению видеоролика по охране труда для нужд ПАО «Россети центр» (филиала «Воронежэнерго», расположенного по адресу: РФ, 394033, г. Воронеж, ул. Арзамасская, 2) (реестровый № 32312860709, далее — Закупка) (далее — Жалоба),

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.

Рассмотрение жалобы проводилось в дистанционном режиме посредством видеоконференцсвязи.

Инструкция по подключению и использованию системы TrueConf размещена на официальном сайте Московского УФАС России по ссылке:

<https://moscow.fas.gov.ru/page/17962>.

В адрес Московского УФАС России от Заявителя поступило ходатайство о рассмотрении жалобы в отсутствие представителей Заявителя (вх. от 08.11.2023 № 72254-ЭП/23).

Согласно части 16 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, рассмотрение

жалобы по существу осуществляется комиссией антимонопольного органа. Неявка лиц, надлежащим образом уведомленных (уведомленных посредством направления антимонопольным органом уведомления, предусмотренного частью 11 настоящей статьи) о времени и месте рассмотрения жалобы по существу, не является препятствием для такого рассмотрения.

Таким образом, учитывая, что указанное лицо надлежащим образом извещено о способе рассмотрения жалобы заблаговременно, Комиссия Московского УФАС считает возможным провести дистанционное рассмотрение жалобы в отсутствие Заявителя.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам данной 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, 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.

Часть 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 положением проекта договора, регламентирующим возможность привлечения для выполнения работ по

договору третьих лиц (субподрядчиков) исключительно при наличии письменного согласия Заказчика.

Также, по мнению Заявителя, установление положений документации подобным образом позволяет Заказчику не согласовывать привлечение соисполнителей по любым причинам или без объяснения таковых.

**Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и истребуемые антимонопольным органом материалы.**

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

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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.

Комиссией установлено, что Заказчиком 16.10.2023 на сайте электронной торговой площадки АО «РАД» и официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<https://zakupki.gov.ru>) размещено извещение о проведении Закупки.

Начальная (максимальная) цена договора: 1 199 469,60 руб.

Дата начала срока подачи заявок: 16.10.2023.

Дата и время окончания срока подачи заявок: 30.10.2023 в 12:00.

Дата подведения итогов: 08.11.2023.

Пункт 1.6 документации регламентирует порядок привлечения соисполнителей (субподрядчиков) к исполнению договора.

Согласно пункту 1.6.1 документации участник закупки вправе привлечь к исполнению договора соисполнителей (субподрядчиков) в случае, если возможность привлечения соисполнителя (субподрядчика) допускается положениями Гражданского кодекса Российской Федерации для соответствующего предмету договора виду гражданско-правового договора и установлена в пункте 12 части IV «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА ЗАКУПКИ». При этом должны соблюдаться следующие условия:

а) Участник должен выполнять не менее 30% монтажных работ (без учета стоимости поставляемой продукции) с использованием собственных ресурсов (включая ресурсы ДЗО).

б) При необходимости выполнения наладочных работ по РЗА и АСУ ТП, данные наладочные работы должны выполняться одной наладочной организацией.

При нарушении этого требования, Заявка данного Участника будет отклонена.

В соответствии с пунктом 1.6.2 документации участник должен доказать Организатору, что каждый из привлекаемых им соисполнителей (субподрядчиков) (т.е. выполняющих более 5% объема поставок, работ, услуг):

а) осведомлен о привлечении его в качестве соисполнителя (субподрядчика);

б) согласен с выделяемым ему перечнем, объемами, сроками и стоимостью выполнения работ;

в) отвечает требованиям настоящей Документации, изложенным в пункте 15 (пп. а) - ж) части IV «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА ЗАКУПКИ» в объеме выполняемых соисполнителем работ.

В силу пункта 1.6.3 документации в связи с вышеизложенным Участник готовит Заявку с учетом следующих дополнительных требований:

а) в Заявку включаются копии подписанных с двух сторон соглашений о намерениях заключить Договор, в случае признания Участника Победителем, между Участником и каждым привлекаемым соисполнителем, с указанием перечня, объема в процентном выражении от стоимости заключаемого Договора (при этом стоимость заключаемого Договора не указывается) и сроков выполнения возлагаемых на соисполнителя работ;

б) Заявка должна включать для каждого соисполнителя (субподрядчика) все документы, формы, информацию и сведения, указанные в пункте 16 части IV «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА ЗАКУПКИ» с учетом выполняемых соисполнителем (субподрядчиком) работ/поставок/услуг;

в) Заявка дополнительно должна включать сведения о распределении объемов по Договору между Участником и соисполнителями (субподрядчиками) по установленной в настоящей Документации форме (План распределения объемов по Договору между Участником и соисполнителями (субподрядчиками) часть III. «ОБРАЗЦЫ ФОРМ ДЛЯ ЗАПОЛНЕНИЯ УЧАСТНИКАМИ ЗАКУПКИ»). Указанная

форма должна быть подготовлена отдельно по каждому из лотов с указанием номера и названия лота.

Согласно пункту 1.6.4 документации количественные параметры деятельности субподрядчиков и Участника суммируются. При установлении требований по наличию специальной правоспособности (например, наличие лицензий и иных специальных разрешительных документов) соответствие установленным в извещении о закупке и (или) документации о закупке требованиям оценивается в соответствии с распределением поставок, работ, услуг между Участником и исполнителями (субподрядчиками).

В соответствии с пунктом 1.6.5 документации любое юридическое или физическое лицо, в т. ч. индивидуальный предприниматель, принимающее участие в закупке лично либо в составе коллективного Участника, не может быть субподрядчиком у других Участников данной закупки.

В силу пункта 1.6.6 документации любое юридическое лицо или физическое лицо, в т. ч. индивидуальный предприниматель, не принимающее участие в закупке лично либо в составе коллективного Участника, может являться субподрядчиком у произвольного числа Участников.

Таким образом, Комиссия отмечает, что положениями закупочной документации установлен порядок привлечения и согласования субподрядчика на этапе подачи заявки на участие в Закупке.

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

В свою очередь, Заявитель также отмечает, что им был направлен запрос о разъяснении положений документации, ответ на который не содержит критериев согласования/несогласования привлекаемых субподрядчиков.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что Закон о закупках предоставляет заказчикам право формировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки.

Положение о закупках (пп «н» п. 7.4.4, пп.пп. «а», «в» п. 8.1.6.5, п. 11 Приложения №2) предусматривает возможность установления требований для субподрядчиков в целях повышения эффективности использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчика с необходимым для заказчика показателем качества и надежности, условия привлечения субподрядчиков сами по себе не могут быть признаны противоречащими положениям Закона о закупках.

При этом условия Положения о закупках, устанавливающие требования об отборе субисполнителей на стадии подачи участником заявки, в настоящей жалобе не оспаривается.

Как было ранее установлено, в Закупочной документации, помимо оспариваемого условия проекта договора, содержатся условия в части возможности привлечения субподрядчиков, соответствующие Положению о закупках, и установлены требования как к порядку привлечения субисполнителей, так и требования к соответствию таких субисполнителей условиям Закупочной документации.

Таким образом, по мнению Заказчика, документация содержит исчерпывающие условия участия и рассмотрения заявок участников в части привлекаемых субподрядчиков нарушение принципа информационной открытости закупки и требований к содержанию документации со стороны ПАО «Россети Центр» не допущено

Заказчик считает, что требование о согласовании с заказчиком привлечения к выполнению обязательств по договору субподрядчиков, не является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, так как представление сведений о субподрядчиках не ограничивает участников закупки в ведении предпринимательской деятельности и является необходимым для наиболее объективной оценки заявок при наличии сведений об имеющихся у исполнителя собственных или привлеченных ресурсах.

В свою очередь Комиссия считает необходимым отметить, что довод Заявителя о фактическом отсутствии ответа на поданный запрос разъяснений оценивается критически, поскольку согласно пункту 2.2.2 документации в течение трех рабочих дней с даты поступления запроса, Организатор осуществляет разъяснение положений извещения о закупке и/или документации о закупке и размещает их в ЕИС с указанием предмета запроса, но без указания участника такой закупки, от которого поступил указанный запрос. При этом Организатор вправе не осуществлять такое разъяснение в случае, если указанный запрос поступил позднее чем за 3 (три) рабочих дня до даты окончания срока подачи заявок на участие в такой закупке.

В настоящем случае ответ на поступивший запрос разъяснений был дан Заказчиком в регламентированные сроки.

Также Комиссия, изучив представленные Заказчиком материалы, считает необходимым отметить, что оспариваемое 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.

В пункте 1.6 документации установлены требования к соисполнителям, привлекаемым на этапе подачи заявки, при этом на этапе заключения договора порядок согласования привлечения соисполнителей отсутствует.

На заседании Комиссии Заказчик в том числе пояснил, что в проекте договора, кроме пункта 3.8, отсутствуют требования к соисполнителям.

При этом, как уже было отмечено, сам пункт 3.8 проекта договора порядок привлечения соисполнителей не регламентирует.

Комиссия отмечает, что 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.

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 ГК РФ), а не права заказчика.

Так, учитывая специфику предмета договора (создание видеоролика) 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.

Аналогичная правовая позиция содержится в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020 № Ф05-3110/2020 по делу № А40-186596/2019.

Вместе с тем, в Постановлении от 19.03.2020 суд указал:

- в соответствии с Законом о закупках заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки;
- участники поставлены в зависимость от последующего немотивированного усмотрения заказчика, поскольку критерии его согласия на привлечение субподрядчиков (третьих лиц) в закупочной документации не раскрыты;
- заказчику надлежало предусмотреть право исполнителя привлекать работников третьих лиц, поставив об этом в известность заказчика, а не ставить возможность привлечения таких лиц в зависимость от его письменного разрешения;
- в то же время оспариваемое условие не может быть квалифицировано как носящее уведомительный характер, поскольку предоставляет заказчику право не согласовать выбранного исполнителем субподрядчика.

Так, в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.05.2023 по делу № А40-168526/2022, оставленном без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 13.09.2023, суд пришел к выводу, что:

«Поскольку участник закупки, отвечающий установленным документацией о закупке требованиям, является субъектом предпринимательской деятельности, он вправе привлекать для выполнения работ третьи организации (субподрядчиков), в связи с чем, установление в документации обязанности согласования привлечения субподрядных организаций ограничивает генподрядчика в осуществлении им свободной предпринимательской деятельности.

Заказчиком в соответствии с положениями Закона о закупках устанавливаются требования к участникам закупки, но не к третьим лицам. Таким образом, вопрос привлечения третьих лиц - субподрядных организаций решается самостоятельно генеральным подрядчиком поставщиком

В связи с чем, суд полагает, что согласование перечня привлекаемых субподрядчиков с Заказчиком (третьим лицом) является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору».

Девятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 16.08.2023 по делу № А40-29999/2023 указал, что поскольку конкурсная документация не определяет порядок согласования подрядчиком субподрядчиков, заказчик не мог устанавливать положение об обязанности исполнителя согласовывать с заказчиком привлечение третьих лиц. Также суд пришел к выводу, что согласование перечня привлекаемых субподрядчиков с заказчиком является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору.

Аналогичная позиция также изложена в судебных актах по делу № А40-98881/2016.

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.

Указанный подход подтверждается многочисленной судебной практикой, например:

Постановление АС Московского округа от 02.06.2020 по делу № А40-282879/2018: «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».

Постановление АС Московского округа от 19.03.2020 по делу № А40-186596/2019: «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 Гражданского кодекса Российской Федерации).».

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы и необходимости выдачи Заказчику обязательного для исполнения предписания.

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 ПАО «Россети «Центр» (ИНН: 6901067107, ОГРН: 1046900099498) 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.

