

Исх: № 319 от 24.08.2020 г.

Руководителю УФАС по г.Москве

Телефон/факс: 8 (495) 784-75-05 (доб 077-100; 077-105)

E-mail: to77@fas.gov.ru

Жалоба

на неправомерные действия государственного заказчика (ограничение конкуренции):

Реестровый номер закупки :№ 32009420987 от 20.08.20.

Наименование закупки :

Запрос котировок среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2307/ЗКТЭ-АХУ/20 на право заключения договора выполнения работ по созданию видеороликов о компании ОАО «РЖД» как работодателе для определенных целевых аудиторий (школьники, студенты, работники ОАО «РЖД») и отчуждению исключительного права на него для нужд ОАО «РЖД»

Государственный заказчик: ОАО «РЖД»

Место нахождения: 107174, г.Москва, ул. Новорязанская, 12.

Почтовый адрес: 105064, г.Москва, ул. Земляной вал, д.9.

Ответственный исполнитель: Заместитель начальника отдела Морозова Мария Александровна.

Адрес электронной почты: ahapkinama@center.rzd.ru

Контактный телефон: +7 (499) 260-32-79.

Официальный сайт, на котором размещена информация о запросе предложений : www.rts-tender.ru.

В пункте 4.2. параграфа 4 проекта императивного договора (Права и обязанности сторон) , выложенного Заказчиком на торги, прописано следующее условие:

«Подрядчик не вправе привлекать к выполнению Работ по настоящему Договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком» .

При этом ,согласно п. 7.1(Ответственность Сторон)

7.1. Подрядчик несет ответственность перед Заказчиком за действия привлекаемых им к выполнению Работ третьих лиц как за собственные действия.

Согласно статьи №3 223-го ФЗ (Принципы и основные положения закупки товаров, работ, услуг),

1. При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами:

- 1) информационная открытость закупки;
- 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;

Свою позицию по вопросу согласования субподрядчиков(третьих лиц) УФАС РФ уже высказала в своём решении № 223ФЗ-836/18 по результатам рассмотрения жалобы ООО «Чистая планета» на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 15.11.2018 ,г. Москва, в котором, в частности разъяснила, цитирую : *«Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлен запрет на привлечение субподрядных организаций для выполнения работ по предмету закупки.*

Пунктом 3.2.3 Блока 2 Информационной карты Документации установлено: «Возможно привлечение субподряда на следующие виды работ:

- *оказание транспортных услуг по доставке персонала, ТМЦ (без права обращения с отходами);*
- *проведение лабораторных исследований аккредитованной лабораторией.*

Субподрядчики (соисполнители) должны соответствовать следующим квалификационным требованиям, и представить подтверждающие документы в составе квалификационной части заявки:

- *Наличие у субподрядчика собственной аккредитованной лаборатории;*
- *Обязательство на период предоставления услуг заключить договор (-ы) добровольного страхования работников от несчастных случаев со страховой суммой не менее 400 тыс. рублей, с включением в договор рисков смерти в результате несчастного случая; постоянной (полной) утраты трудоспособности в результате несчастного случая с установлением I, II, III групп инвалидности;*
- *Отсутствие в течение последних 2 (двух) лет до даты окончания срока подачи заявок и в течение проведения закупочной процедуры случаев судебных разбирательств в качестве ответчика с ПАО «НК «Роснефть» или Обществом группы в связи с*

существенными нарушениями договора, исковые требования по которым были удовлетворены, а также случаев расторжения ПАО «НК «Роснефть» или Обществом группы в одностороннем порядке договора в связи с существенными нарушениями договора».

Также ограничение возможности привлечения субподрядных организаций/исполнителей по договору, заключаемому по результатам закупки, является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, что ограничивает количество участников закупки.

На основании вышеизложенного, Комиссия ФАС России пришла к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации требований к субподрядным организациям, а также запрета на привлечение субподрядчиков/исполнителей на виды работ не указанные в соответствующем пункте Документации, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, пункту 3.2.2 Положения о закупке, что нарушает требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Кроме того, в случае одностороннего расторжения договора со стороны Заказчика по ГК РФ проблематичным становится взыскание каких-либо затрат по договору согласно сложившейся судебной практике даже в арбитражном суде. В данном же случае, при условии письменного согласия Заказчика о привлечении третьих лиц (субподрядчиков), 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.

Согласно Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ (ред. от 29.07.2018) "О защите конкуренции" (с изм. и доп., вступ. в силу с 19.08.2018) статьи 10. (Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением),

1. Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности.

Считаем подобные условия ограничивающими конкуренцию недобросовестным поведением заказчика. Просим обязать заказчика внести изменения в документацию, либо отменить торги.

Примерно о том же говорит и арбитражная практика при рассмотрении заключённых договоров и возникающих спорах на схожую тему : Привожу судебную практику : постановление Арбитражного суда Московского округа по делу А40-186596/19:

<.>Как следует из материалов дела и установлено судами первой и апелляционной инстанций, в Управление поступила жалоба ООО «Студия Ф» на действия заявителя при проведении запроса котировок в

электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по созданию аудиовизуального произведения - обучающего фильма «Действия работников поездной бригады при возникновении пожара в пути следования» и отчуждения исключительного права на него для нужд заказчика (реестровый номер извещения 31907589599). В упомянутой жалобе ее податель ставил вопрос о неправомерности установления в пункте 2.2.1 проекта договора обязательного письменного согласования заказчиком привлечения третьих лиц для выполнения работ по предмету закупки. Оспариваемым решением от 14.03.2019 антимонопольный орган признал жалобу обоснованной, установив в действиях заявителя нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках). Предписанием от 14.03.2019 антимонопольный орган возложил на заказчика обязанность по устранению выявленных нарушений путем внесения изменений в закупочную документацию в соответствии с решением Московского УФАС России и повторному проведению закупочной процедуры. Не согласившись с оспариваемым решением Московского УФАС России от 14.03.2019 по делу № 1-00-573/77-19 и предписанием от 14.03.2019 № 1-00-573/77-19, заявитель обратился в арбитражный суд с соответствующим заявлением. В силу части 1 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в порядке, установленном этим кодексом.<...>

Суды, оценивая доводы заявителя, 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), 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.

По мнению суда, использование интеллектуального труда и

творчества третьих лиц не нарушает право заказчика на целевое расходование бюджетных средств.

Доказательств обратного заявителем не представлено и судами не установлено. В соответствии с Законом о закупках заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. 11 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).

Суды также отметили, что участники поставлены в известность от последующего немотивированного усмотрения организатора закупки, поскольку критерии его согласия на привлечение субподрядчиков (третьих лиц) в документации не раскрыты<...>

Судами установлено, что как следует из аудиозаписи заседания комиссии антимонопольного органа, представители заказчика указывали, что оспариваемое положение проекта договора не ограничивает конкуренцию, поскольку пункт 2.2.1 проекта договора носит осведомительный (информационный) характер в целях надлежащего исполнения договора. В тоже время, как верно отмечено в оспариваемом решении, спорное условие не может быть квалифицировано как носящее осведомительный (информационный) 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). 12 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.<...>

Учитывая изложенное, оснований, предусмотренных статьей 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для изменения или отмены обжалуемых в кассационном порядке судебных актов, по делу не имеется. Руководствуясь статьями 284 - 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд ПОСТАНОВИЛ: Решение Арбитражного суда города Москвы от 26

августа 2019 года и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05 декабря 2019 года по делу № А40-186596/19 оставить без изменения, кассационную жалобу АО «ФПК» - без удовлетворения.

Председательствующий-судья В.В. Кузнецов

Согласно Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ (ред. от 29.07.2018) "О защите конкуренции" (с изм. и доп., вступ. в силу с 19.08.2018) статьи 10. (Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением),

1. Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности.

Мы полагаем, что все эти условия заказчиком фактически специально внесены для того, чтобы потенциальные исполнители отказались от участия в торгах в связи с невозможностью победы из-за необоснованных критериев. Считаем подобные условия ограничивающими конкуренцию недобросовестным поведением заказчика. Просим обязать заказчика внести изменения в документацию, либо отменить торги.

Мы предполагаем, что заказчиком фактически специально это делается с целью отклонений «чужих» потенциальных подрядчиков. Считаем подобные условия ограничивающими конкуренцию недобросовестным поведением заказчика. Просим обязать заказчика внести изменения в документацию, исключить это условие, либо отменить торги.

Приложение:

1. Решение №1 ООО «Снабженец-2»

2. Решение №2 ООО «Снабженец-2» о полномочиях.

Общество с ограниченной ответственностью «Снабженец-2» (ООО
«Снабженец-2»)

129515,г. Москва, ул. Академика Королёва, д.13, стр 1,этаж 8, комн. 801, офис 89

ИНН/КПП 9717091103/771701001

ОКПО 43919274, ОКВЭД 59.11