

Руководителю УФАС по г. Москве

Жалоба подана:
**Обществом с ограниченной ответственностью
«Студия Ф» (ООО «Студия Ф»)**

Адрес электронной почты: www.studiat.ru
dsemyono@yandex.ru
Исх. № 8 от 30.01.2023.

Жалоба
на неправомерные действия государственного заказчика
(ограничение конкуренции):

Реестровый номер закупки № 32312051411 от 23.01.2023г.

Наименование закупки: Закупка комплекса услуг по фото, видеосъемке, изготовлению видеографики и монтажу видеосюжетов о деятельности АО "Интер РАО - Электрогенерация"

Вид закупки: Конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.

Государственный заказчик: АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО "ИНТЕР РАО-ЭЛЕКТРОГЕНЕРАЦИЯ"

Официальный сайт, на котором размещена информация о запросе предложений : zakupki.gov.ru

Наименование электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»: АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО "ТЭК-ТОРГ"

Адрес электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» <http://www.tektorg.ru>

В параграфе 1.3. проекта договора (публичной оферты Заказчика) указано:

Исполнитель имеет право привлекать третьих лиц к исполнению обязательств по настоящему Договору, что не освобождает Исполнителя от ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств, принятых в соответствии с настоящим Договором. Привлечение третьих лиц к исполнению обязательств по настоящему Договору осуществляется исключительно по согласованию с Заказчиком, за счёт Исполнителя и не влечёт увеличения стоимости услуг, оказываемых по договору

ООО «Студия Ф» обратилось за разъяснениями по данному аспекту к Заказчику, получив следующий ответ о привлечении третьих лиц—субподрядчиков:

«26» января 2023 г.
205360-1

№

УВЕДОМЛЕНИЕ
о разъяснении положений Закупочной документации

В целях удовлетворения нужд Заказчика АО "Интер РАО - Электрогенерация" (далее – Заказчик), Организатор закупки — ООО «Интер РАО — Центр управления закупками» (119435, г. Москва, ул. Б. Пироговская, д. 27, стр. 3), на основании п.4.4 Закупочной документации по открытому конкурсу в электронной форме на право заключения договора на **Закупка комплекса услуг по фото, видеосъемке, изготовлению видеографики и монтажу видеосюжетов о деятельности АО "Интер РАО - Электрогенерация"**, настоящим сообщает о разъяснении положений Закупочной документации в связи с поступившими вопросами от потенциального Участника.

№ п/п	Поступивший вопрос	Ответ Организатора
1.	<p>В пункте 1.3. проекта договора указано, что "Исполнитель имеет право привлекать третьих лиц к исполнению обязательств по настоящему Договору, что не освобождает Исполнителя от ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств, принятых в соответствии с настоящим Договором. Привлечение третьих лиц к исполнению обязательств по настоящему Договору осуществляется исключительно по согласованию с Заказчиком, за счёт Исполнителя и не влечёт увеличения стоимости услуг, оказываемых по договору." Правильно ли мы понимаем, что письменное согласование третьих лиц (субподрядчиков, субисполнителей) носит чисто уведомительный характер: исполнитель высылает данные по соисполнителям в письменном виде и уведомляет этим Заказчика. После получения письменного уведомления о соисполнителях Заказчик автоматически согласовывает их. Так ли мы понимаем данный пункт проекта договора?</p>	<p>Нет, это неправильное толкование пункта 1.3. проекта договора, его следует применять буквально - Привлечение третьих лиц к исполнению обязательств по настоящему Договору осуществляется <u>исключительно по согласованию с Заказчиком</u>. Согласование не носит уведомительный характер, требуется получение от Заказчика ответа о принятии решения по вопросу привлечения соисполнителей/субподрядчиков. Более того, при привлечении третьих лиц к исполнению услуг, необходимо соблюдать заверения об обстоятельствах (раздел 8 Договора)</p>

Относительно заверения об обстоятельствах, на которые ссылается Заказчик в своих разъяснениях.

8. ЗАВЕРЕНИЯ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ

- 8.1. В соответствии со статьей 431.2 Гражданского кодекса Российской Федерации Исполнитель заверяет Заказчика, что на момент заключения Договора:
- 8.2. Работники и иные физические лица, привлекаемые Исполнителем для исполнения обязательств, возникших из Договора, имеют необходимые для этого знания, опыт и квалификацию, подтверждаемые соответствующими документами.
- 8.3. Исполнитель, а также привлекаемые им в целях исполнения Договора лица (субподрядчики, субисполнители, субпоставщики и т.п.) обладают ресурсами, технологиями, деловыми связями, знаниями, навыками и умениями, а также опытом, необходимыми для исполнения обязательств, возникших из Договора.
- 8.4. Исполнитель, а также привлекаемые им в целях исполнения настоящего Договора лица (субподрядчики, субисполнители, субпоставщики и т.п.) являются добросовестными налогоплательщиками; в отношении каждого привлеченного лица (субподрядчика, субисполнителя, субпоставщика и т.п.) Исполнитель располагает необходимыми документами, свидетельствующими о соблюдении привлеченными контрагентами требований налогового законодательства.
- 8.5. Обязательства по Договору будут исполняться непосредственно Исполнителем и (или) лицом (лицами), на которого (которых) Исполнитель возложил исполнение обязательств по настоящему Договору; Исполнитель несет ответственность за действительность отношений с лицами, привлекаемыми им в целях исполнения обязательств по настоящему Договору.
- 8.6. Заказчик полагается на указанные в настоящем пункте заверения об обстоятельствах при заключении и исполнении настоящего Договора, каждое из указанных заверений имеет для Заказчика существенное значение.
- 8.7. В соответствии со статьей 307 Гражданского кодекса Российской Федерации Исполнитель обязуется обеспечить соответствие своей деятельности и деятельности привлекаемых им лиц (субподрядчиков, субисполнителей, субпоставщиков и т.п.) условиям, указанным в п.8.1. настоящего Договора, в налоговых периодах, в течение которых осуществляется исполнение обязательств по Договору, совершаются какие-либо операции по Договору. В этом смысле все обстоятельства, в отношении которых Исполнитель дает заверения в п. 8.1. настоящего Договора на момент его заключения, одновременно являются условиями, исполнение которых Исполнитель обязуется обеспечить в будущем и отвечать за их неисполнение по правилам главы 25 Гражданского кодекса Российской Федерации.
- 8.8. Возмещение имущественных потерь:
- 8.8.1 В соответствии со статьей 406.1 Гражданского кодекса Российской Федерации Исполнитель обязуется возместить

Заказчику полностью все его имущественные потери, возникшие в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением Исполнителем своих налоговых обязанностей, либо в связи с привлечением им в качестве своих контрагентов (например, субподрядчиков, субпоставщиков) организаций, не исполняющих либо ненадлежащим образом исполняющих свои налоговые обязанности или имеющих иные признаки недобросовестности, либо в связи с привлечением контрагентами Исполнителя в качестве своих контрагентов организаций, не исполняющих либо ненадлежащим образом исполняющих свои налоговые обязанности или имеющих иные признаки недобросовестности независимо от длины цепочки контрагентов (и в любом из указанных случаев - независимо от того, знал ли Исполнитель о данных фактах или нет), в случае наступления совокупности следующих обстоятельств:

- а) в порядке применения статьи 101 Налогового кодекса Российской Федерации налоговым органом в отношении Заказчика вынесено решение о привлечении к ответственности или об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения с указанием сумм недоимки по налогам (налог на прибыль, НДС), соответствующих сумм штрафов, пеней (далее - «Решение налогового органа»), либо в порядке статьи 105.30 Налогового кодекса Российской Федерации от налогового органа получено мотивированное мнение с указанием сумм недоимки по налогам (налог на прибыль, НДС), соответствующих сумм пеней (далее - «Мотивированное мнение»);
- б) суммы недоимки по налогам (налог на прибыль, НДС), соответствующие суммы штрафов (если применимо), пеней списаны с банковского счета Заказчика в безакцептном порядке или перечислены Заказчиком добровольно (вследствие добровольного отказа Заказчика от применения вычета по операциям с Исполнителем) в соответствии с решением налогового органа или, по мотивированному мнению, налогового органа.

Размер имущественных потерь Заказчика определяется как совокупность следующих сумм:

- суммы налога на прибыль и/или НДС, доначисленного Заказчику в связи с эпизодами, связанными с Исполнителем, или уплаченного Заказчиком в бюджет вследствие добровольного отказа Заказчика от применения вычета по операциям с Исполнителем («Доначисленные налоги») в соответствии с Решением налогового органа или Мотивированным мнением; плюс

- суммы начисленных Заказчику пеней на сумму Доначисленных налогов в соответствии с Решением налогового органа («Пени») или Мотивированным мнением; плюс
- штрафов, начисленных Заказчику за соответствующие налоговые нарушения в связи с неуплатой ею Доначисленных налогов в соответствии с Решением налогового органа («Штрафы»).

Исполнитель возмещает Заказчику указанные в настоящем пункте имущественные потери в течение 10 (десяти) дней с даты предъявления Заказчиком соответствующего требования.

Заказчик вправе удержать сумму возмещения потерь из иных расчетов по любым сделкам с Исполнителем (в том числе произвести зачет встречных однородных требований).

8.8.2. Стороны согласовали следующую процедуру взаимодействия сторон по минимизации имущественных потерь:

8.8.2.1. При получении в порядке статьи 100 Налогового кодекса Российской Федерации акта налоговой проверки (далее – «Акт налоговой проверки») или - в порядке, установленном статьей 105.29 Налогового кодекса Российской Федерации, - уведомления о наличии оснований для составления мотивированного мнения (далее – «Уведомление»), в котором проверяющими отражены выявленные нарушения законодательства о налогах и сборах, вызванные действиями или бездействием Исполнителя при исчислении и уплате налогов, а также привлеченных Исполнителем в целях исполнения обязательств по Договору субконтрагентов (например, субподрядчиков, субисполнителей, субпоставщиков), Заказчик в течение 10 (десяти) календарных дней с момента получения акта налоговой проверки и в течение 5 (пяти) календарных дней с момента получения Уведомления направляет в адрес Исполнителя выписку из акта налогового органа или Уведомления по соответствующему эпизоду (далее – «Выписка»).

8.8.2.2. В случае несогласия с фактами, изложенными в Выписке, а также с выводами и предложениями проверяющих, Исполнитель в течение 10 (десяти) календарных дней с момента получения Выписки из акта налогового органа направляет в адрес Заказчика письменные мотивированные возражения по фактам (выводам проверяющих), содержащимся в ней, которые Заказчик обязан представить в налоговый орган в порядке пункта 6 статьи 100 Налогового кодекса Российской Федерации либо в порядке пункта 2.1 статьи 105.29 Налогового кодекса Российской Федерации.

В случае непредставления Исполнителем в указанный выше срок письменных мотивированных возражений по фактам (выводам проверяющих), содержащимся в Выписке, считается, что у Исполнителя отсутствуют возражения против выводов проверяющих, изложенных в Выписке.

8.8.3. Заказчик вправе потребовать с Исполнителя возмещения имущественных потерь, связанных с наступлением обстоятельств, указанных в п. 8.8. настоящего Договора, в течение срока действия Договора и в течение трех лет после окончания срока действия Договора.

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/соисполнителей 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/соисполнителей 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.

Потенциальный Исполнитель в качестве третьих лиц привлекает физических лиц, которые могут являться плательщиками на профессиональный доход(самозанятость).

В этой ситуации необходимым становится предъявление доказательств их платёжеспособности по налогам, не связанным с коммерческой деятельностью(налог на недвижимость, подоходный налог, налог на имущество(жилое помещение), земельный налог(земельный участок под личным жилым домом). Заявитель полагает, что те или иные задолженности по перечисленным налогам не являются основанием отказать физическому лицу и не дать ему возможности заработать деньги за оказание услуг по договору, хотя бы с той целью, чтобы он смог погасить те или иные «некоммерческие» свои налоги. Даже если у физического лица(субисполнителя) имеется задолженность перед бюджетом или иными физическими лицами, это не означает, что его нужно лишить права заработать деньги, чтобы эту задолженность погасить.

Деление физических лиц по принципу «неблагонадёжности» в связи с просрочкой уплаты личных налогов является ущемлением их конституционного права на труд.

Согласно ст.37 Конституции РФ,

1. Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию.

3. Каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации.

При исполнении такого договора, если необходимость в услугах уборщицы возникла сейчас, Исполнитель должен справку об уплате налогов предоставить за 30 дней до этого(задним числом?). Кроме того, в случае необходимости предоставления привлекаемыми третьими лицами справок об отсутствии задолженности по налогам и сборам, совершенно непонятно, каким образом наличие задолженности у самозанятого по налогу на имущество за , например, купленный дом должна влиять на отношения по договору.

Кроме того, соисполнителем может быть любое физическое лицо, не имеющее статус предпринимателя, если это не системная деятельность , а разовая (сюда же относятся самозанятые граждане).

Данные положения не согласуются с федеральным законодательством в области публичных торгов(223-й ФЗ).

Суть данных положений сводится к тому, что фактически Заказчик делает невозможным привлечение субисполнителей в оперативном режиме. Суть поддержки малого и среднего предпринимательства сводится к тому, чтобы предоставить малому и среднему бизнесу возможность осуществления, в том числе, государственных закупок и получения предпринимательского дохода, в оперативном режиме привлекая соисполнителей(не предпринимателей), самозанятых лиц(лиц, уплачивающих налог на профессиональный доход) предпринимателей и малых предприятий. Данные формулировки «утяжеляют» и создают невозможность оперативного

привлечения субисполнителей (третьих лиц) и являются незаконными.

В связи с этим Заказчик вправе своего согласования не давать по любому поводу и без объяснения причин.

Таким образом Исполнитель лишён возможности , благодаря положению договора Заказчика (п 8 –Заверение об обстоятельствах) оперативно привлекать субисполнителей для исполнения условий договора.

Кроме того, в случае одностороннего расторжения договора со стороны Заказчика по ГК РФ проблематичным для Исполнителя 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 состоянии получения издержек и проблематичности их возмещения в суде.

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 то же 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 п.1 ст.10ГК РФ, не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции..

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

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;***

Мы полагаем, что все эти условия заказчиком фактически специально внесены для того, чтобы многие потенциальные исполнители отказались от участия в торгах в связи с возможными немотивированными несогласованиями привлекаемых третьих лиц(субисполнителей) по неясным Исполнителю критериям и., как следствие, проблематичностью взыскания затрат по договору в случае одностороннего расторжения договора Заказчиком по ст. ГК РФ. Малые предприятия, для которых эти торги организованы , очень часто прибегают к привлечению субисполнителей для осуществления тех или иных видов услуг из-за проблематичности содержать постоянный штат сотрудников.

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

Приложение:

1. Решение №1 ООО «Студия Ф»
 2. Решение №8 ООО «Студия Ф» о полномочиях.
 3. Доверенность на сотрудника А.Л. Колмакова.
 3. Решения УФАС по согласованию субподрядчиков.
-
