|  |  |
| --- | --- |
|  | ООО «ЭнергоИнжиниринг»Ул. Любы Шевцовой, д. 84 А, пом. 113, г. Красноярск, 660043jur@eepro.ruМКУ «Управление муниципальных закупок»Пр-т Ленинский 1, г. Норильск, Красноярский край, 663300umz@norilsk-city.ruМКУ «Управление автомобильных дорог г. Норильска»ул. Талнахская, дом 3, г. Норильск, 663305noravtodor@mail.ruАО «ЭТП» (Фабрикант)sfo@etpz.ru |

РЕШЕНИЕ № 024/06/106-1158/2023

03 мая 2023 года г. Красноярск

Комиссия Красноярского УФАС России в составе: Председатель – ВрИО заместителя руководителя - начальника аналитического отдела, начальник контрольного отдела А.А. Кириллова, заместитель начальника отдела М.А. Грицай, главный специалист–эксперт О.П. Чупрунова, рассмотрев жалобу ООО «ЭнергоИнжиниринг» (далее – податель жалобы) на действия аукционной комиссии - МКУ «Управление муниципальных закупок» (далее – аукционная комиссия) при определении поставщика (подрядчика, исполнителя) путем проведения электронного аукциона «Выполнение работ по устройству разворотных световых стел по адресам: перекресток улиц Московская – Талнахская, перекресток улиц Кирова – Советская», размещенного на электронной площадке «Фабрикант» (далее – оператор электронной площадки), установила следующее.

В адрес Красноярского УФАС России поступила жалоба ООО «ЭнергоИнжиниринг» на действия аукционной комиссии при определении поставщика (подрядчика, исполнителя) путем проведения электронного аукциона «Выполнение работ по устройству разворотных световых стел по адресам: перекресток улиц Московская – Талнахская, перекресток улиц Кирова – Советская», номер извещения № 0319300010123000192.

Существо жалобы: нарушение со стороны комиссии порядка рассмотрения заявок на участие в аукционе, предусмотренного Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Жалоба поступила в адрес Красноярского УФАС России в срок, установленный частью 2 статьи 105 Закона о контрактной системе, соответствует требованиям части 4 статьи 105 указанного закона, в связи с чем, подлежит принятию к рассмотрению по существу.

В адреса подателя жалобы, заказчика, аукционной комиссии и оператора электронной площадки было направлено уведомление о содержании жалобы с информацией о месте и времени ее рассмотрения.

Рассмотрение жалобы по существу состоялось 03.05.2023 в 15 часов 00 минут в присутствии представителя подателя жалобы, представителя аукционной комиссии, должным образом подтвердивших свои полномочия.

В заседании Комиссии был объявлен перерыв до 03.05.2023 до 17 часов 30 минут, после перерыва рассмотрение состоялось в том же составе.

Из содержания жалобы следует, что аукционная комиссия неправомерно отклонила от участия в закупке заявку подателя жалобы, поскольку, по его мнению, представленный им в составе заявки договор субподряда является подтверждением опыта выполнения работ в рамках положений Постановления Правительства от 29.12.2021 №2571 «О требованиях к участникам закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и признании утратившими силу некоторых актов и отдельных положений актов Правительства Российской Федерации» (далее – Постановление №2571).

Представитель аукционной комиссии с доводами жалобы не согласен, представил мотивированные возражения.

Рассмотрев существо жалобы, документы и сведения, представленные сторонами и размещенные на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети Интернет (далее – ЕИС), проанализировав нормы позитивного права, регулирующие рассматриваемые правоотношения, проведя внеплановую проверку определения поставщика (подрядчика, исполнителя) на предмет соответствия требованиям законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, Комиссия установила следующие обстоятельства.

В связи с возникшей потребностью заказчиком были совершены действия по определению поставщика (подрядчика, исполнителя) путем проведения электронного аукциона «Выполнение работ по устройству разворотных световых стел по адресам: перекресток улиц Московская – Талнахская, перекресток улиц Кирова – Советская».

Отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок, в том числе в части планирования закупок товаров, работ, услуг, а также определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются предметом правового регулирования Закона о контрактной системе (пункты 1, 2 части 1 статьи 1).

На основании подпункта «а» пункта 1 части 5 статьи 49 Закона о контрактной системе не позднее двух рабочих дней со дня, следующего за датой окончания срока подачи заявок на участие в закупке, но не позднее даты подведения итогов определения поставщика (подрядчика, исполнителя), установленной в извещении об осуществлении закупки: члены комиссии по осуществлению закупок: рассматривают заявки на участие в закупке, информацию и документы, направленные оператором электронной площадки в соответствии с пунктом 4 части 4 статьи 49 Закона о контрактной системе, и принимают решение о признании заявки на участие в закупке соответствующей извещению об осуществлении закупки или об отклонении заявки на участие в закупке по основаниям, предусмотренным пунктами 1 - 8 части 12 статьи 48 Закона о контрактной системе.

Согласно пункту 3 части 12 статьи 48 Закона о контрактной системе при рассмотрении вторых частей заявок на участие в закупке соответствующая заявка подлежит отклонению в случае несоответствия участника закупки требованиям, установленным в извещении об осуществлении закупки в соответствии с частью 1 статьи 31 Закона о контрактной системе, требованиям, установленным в извещении об осуществлении закупки в соответствии с частями 1.1, 2 и 2.1 (при наличии таких требований) статьи 31 Закона о контрактной системе;

В соответствии с пунктом 12 части 1 статьи 42 требования, предъявляемые к участникам закупки в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 31 Закона о контрактной системе, требования, предъявляемые к участникам закупки в соответствии с частями 2 и 2.1 (при наличии таких требований) статьи 31 Закона о контрактной системе, и исчерпывающий перечень документов, подтверждающих соответствие участника закупки таким требованиям, а также требование, предъявляемое к участникам закупки в соответствии с частью 1.1 статьи 31 Закона о контрактной системе (при наличии такого требования).

Согласно части 2 статьи 31 Закона о контрактной системе Правительство Российской Федерации вправе устанавливать к участникам закупок отдельных видов товаров, работ, услуг дополнительные требования, в том числе к наличию:

1) финансовых ресурсов для исполнения контракта;

2) на праве собственности или ином законном основании оборудования и других материальных ресурсов для исполнения контракта;

3) опыта работы, связанного с предметом контракта, и деловой репутации;

4) необходимого количества специалистов и иных работников определенного уровня квалификации для исполнения контракта.

На момент размещения извещения дополнительные требования в соответствии с пунктом 2 части 31 Закона о контрактной системе установлены Постановлением Правительства РФ от 29.12.2021 № 2571.

Предметом анализируемой закупки является выполнение работ по устройству разворотных световых стел по адресам: перекресток улиц Московская – Талнахская, перекресток улиц Кирова - Советская.

Комиссией установлено, что к участникам закупки в извещении о закупке были установлены дополнительные требования на основании части 2 статьи 31 Закона о контрактной системе и позиции 9 раздела II приложения к Постановлению Правительства РФ от 29.12.2021 № 2571 о наличии следующего опыта выполнения работ:

1) опыт исполнения договора, предусматривающего выполнение работ по строительству некапитального строения, сооружения (строений, сооружений), благоустройству территории;

2) опыт исполнения договора строительного подряда, предусматривающего выполнение работ по строительству, реконструкции объекта капитального строительства (в том числе линейного объекта);

3) опыт выполнения участником закупки, являющимся застройщиком, работ по строительству, реконструкции объекта капитального строительства (в том числе линейного объекта).

К документам, подтверждающим соответствие участников закупки дополнительным требованиям, относятся в случае наличия опыта, предусмотренного пунктом 1 графы «Дополнительные требования к участникам закупки» настоящей позиции:

1) исполненный договор;

2) акт выполненных работ, подтверждающий цену выполненных работ.

При этом согласно подпункту «б» пункта 3 договором, предусмотренным пунктом 1 позиции 9 приложения в графе «Дополнительные требования к участникам закупки», считается контракт, заключенный и исполненный в соответствии с Законом о контрактной системе, либо договор, заключенный и исполненный в соответствии с Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Из протокола подведения итогов определения подрядчиков №ИЭА1 от 20.04.2023 следует, что заявка подателя жалобы была отклонена, как несоответствующая требованиям извещения, поскольку в качестве подтверждения опыта участника закупки был представлен договор субподряда.

Проанализировав заявку подателя жалобы, Комиссия Красноярского УФАС России установила, что в качестве подтверждения опыта участника закупки подателем жалобы был представлен договор субподряда №46-СПД/2022/220518 от 23.09.2022 г. на выполнение работы по устройству архитектурно-художественного освещения домов №№3/1-8 по улице Красноярская, дома №2 по улице Орджоникидзе и иллюминации на опорах освещения, расположенных на автомобильной дороге улица Красноярская, заключенный в соответствии с пп.39 п. 12.2 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд Муниципального предприятия города Красноярска «Красноярскгорсвет», утвержденного приказом от 01.10.2021 № 43-ФХД, во исполнение обязательств МП «Красноярскгорсвет» по муниципальному контракту №220518 от 29.08.2022 г., Заказчиком по которому является МКУ «Норильскавтодор» (реестровый номер контракта – 3245704934422000049).

Подателем жалобы представлены в составе заявки акты о приемке выполненных работ КС-2 №1 и №2, справка о стоимости выполненных работ и затрат КС-3 в качестве подтверждения, что 100% работ, предусмотренных муниципальным контрактом, с целью исполнения которых заключался договор субподряда между МП «Красноярскгорсвет» (далее – Генподрядчик) и подателем жалобы (далее – Субподрядчик), выполнились последним.

Податель жалобы полагает, что рассматриваемый договор субподряда должен быть принят в качестве подтверждения опыта в рамках Постановления Правительства РФ №2571 для допуска к участию в закупке, поскольку такой договор заключен в соответствии с Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и фактически для него является договором подряда.

Проанализировав нормы позитивного права, а также правовые последствия принятия договоров субподряда в качестве подтверждения опыта выполнения работ в понимании положений Постановления Правительства РФ №2571, Комиссия пришла к следующим выводам.

Отношения по договору на выполнение строительных работ регулируются главой 37 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

В соответствии с пунктом 1 статьи 702 ГК РФ по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

Пунктом 1 статьи 706 ГК РФ предусмотрено, что если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично, подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц (субподрядчиков). В этом случае подрядчик выступает в роли генерального подрядчика.

Согласно пункту 3 статьи 706 ГК РФ Генеральный подрядчик несет перед заказчиком ответственность за последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субподрядчиком в соответствии с правилами пункта 1 статьи 313 и статьи 403 ГК РФ, а перед субподрядчиком - ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по договору подряда.

Если иное не предусмотрено законом или договором, заказчик и субподрядчик не вправе предъявлять друг другу требования, связанные с нарушением договоров, заключенных каждым из них с генеральным подрядчиком.

Таким образом, действующее законодательство выделяет два понятия как «договор подряда» и «договор субподряда», наделяя стороны правоотношений особым статусом, правами и обязанностями.

При этом в случае заключения договора субподряда отсутствует прямая взаимосвязь между заказчиком и субподрядчиком, стороны не могут использовать правовые механизмы по воздействию друг на друга, поскольку из содержания вышеприведенных положений Гражданского кодекса следует как заказчик, так и подрядчик вправе предъявлять требования, связанные с нарушением договоров, только к Генподрядчику.

Из содержания положений статьи 706 ГК РФ можно прийти к выводу, что договор субподряда – это отдельный самостоятельный договор, порождающий, по общему правилу, правоотношения между генподрядчиком и субподрядчиком.

При этом представленный в составе заявки подателя жалобы договор субподряда не содержит условий, образующих правоотношения напрямую между заказчиком и субподрядчиком. Напротив, субподрядчик ответственен за результат выполненных работ только перед генподрядчиком.

В свою очередь, Постановление Правительство №2571 указывая, что к опыту выполнения работ принимаются исполненные договоры, заключенные в порядке Закона о контрактной системе и Федерального закона №223-фз, подразумевает специфику заключения таких контрактов/договоров, а именно основанием для возникновения договорных правоотношений является особая процедура выбора исполнителя по такому контракту/договору, в рамках реализации которой возникают правоотношения непосредственно между заказчиком и исполнителем с целью удовлетворения потребностей заказчика.

В рамках исполнения договора субподряда удовлетворяется потребность не заказчика в выполняемых работах, а генподрядчика. Данный вывод подтверждается и тем обстоятельством, что генподрядчик не освобождается от исполнения своих обязательств по договору субподряда в случае, если заказчик не произведет ему оплату по контракту/договору, заключенному между ними, что следует из правовой позиции, сформированной в пункте 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 №51.

Также Комиссия обращает внимание, что заключая анализируемый договор субподряда, податель жалобы не мог не понимать его правовую природу, более того из содержания данного договора однозначно следует, что он заключается в целях исполнения муниципального контракта, заключенного между генподрядчиком и заказчиком, ввиду чего расценивать данный договор как договор подряда не представляется возможным.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что не имеет правового значения в рамках какого закона заключаются договоры субподряда (в рамках гражданского законодательства в целом или в рамках специальных законов, например Закона о контрактной системе или в соответствии с Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»), поскольку определяющим фактором является именно тот факт, что опыт выполнения работ по договору субподряда не подтверждает в полной мере наличие опыта по выполнению полного объема работ в целом.

Комиссия Красноярского УФАС России при принятии решения по жалобе также исходит из правовых последствий, которые могут наступить в случае, если в качестве подтверждения опыта в соответствии с требованиями Постановления Правительства РФ №2571 будут приниматься договоры субподряда, что выражается в следующем.

Во-первых, создается ситуация, при которой автоматически два участника рынка (генподрядчик и субподрядчик) приобретают выполнения работ за счет одних и тех же работ.

Указанное, в свою очередь, может привести к тому, что в рамках одной закупки в заявках таких участников рынка, и соответственно закупки, в качестве подтверждения опыта выполнения работ будет представлен один и тот же исполненный контракт/договор. Данное обстоятельство повлечет правовую неопределенность в подходе к оценке таких заявок, поскольку как в первом, так и во втором случае такие участники закупки представят акты выполненных работ, формально свидетельствующие, что работы выполнены в полном объеме данным лицом, хотя генподрядчиком произведена только приемка выполненных работ от субподрядчика и результат работ сдан заказчику, в то время как силами и средствами субподрядчика осуществилось выполнение работ.

При этом с целью избежания подобной ситуации генподрядчик и субподрядчик могут избрать тактику согласованных действий, в рамках которой исходя из условий извещения будет принимать участие в закупке то лицо, у которого имеется наибольший шанс стать победителем закупки, что в последующем также удовлетворит коммерческие интересы каждого из них посредством реализации конструкции заказчик – генподрядчик-субподрядчик. При таких согласованных действиях будет возрастать опыт выполнения работ, как генподрядчика, так и субподрядчика, что в последствии будет им обеспечивать возможность участия и победы в более крупных закупках с возможностью заключить контракт по цене приближенной или равной НМЦК.

Подобное поведение не только приведет к нарушению принципа эффективности закупки, предусмотренного статьей 12 Закона о контрактной системе, но и к недопущению, ограничению конкуренции, полностью самостоятельно выполняющие работы по заключенным контрактам/договорам, и соответственно, имеющие меньший опыт выполнения работ, будут вытеснены с товарного рынка, что образует признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Таким образом, на основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу об отсутствии в действиях аукционной комиссии нарушений статьи 49 Закона о контарктной системе.

В результате рассмотрения жалобы, проведения внеплановой проверки, руководствуясь частями 3, 15, 22 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Комиссия Красноярского УФАС России решила признать жалобу ООО «ЭнергоИнжиниринг» необоснованной.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд Красноярского края в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель Комиссии: А.А. Кириллова

Члены Комиссии: М.А. Грицай

 О.П. Чупрунова