

## Запрет на привлечение субподрядчиков. Правомерно ли требование?



**О.Н. Толстобок**,

*канд. техн. наук,  
эксперт по антикоррупционной  
экспертизе НПА РФ,  
аккредитованный  
при Минюсте России*

- Условие о том, что участник должен выполнить обязательства в рамках Закона № 223-ФЗ по договору исключительно своими силами, заказчики прописывают и в документации, и в положении о закупке. Но насколько правомерно такое требование? В большинстве случаев антимонопольные органы выносят решения не в пользу заказчиков. В статье вы найдете примеры этого. Но будьте внимательны: есть и противоположные решения госорганов и судебных инстанций по такому вопросу.

Условие о запрете привлечения субподрядчиков к исполнению договора контрольные органы рассматривают как нарушение. Их позиция основана на принципе равноправия участников закупок, который заложен в п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ. Кроме того, сотрудники антимонопольной службы опираются на ч. 5 ст. 3 этого закона. Напомним, в норме речь идет о том, что участником может быть любое лицо или несколько лиц, которые соответствуют требованиям заказчика. При этом закон не придает значения организационно-правовой форме, форме собственности, месту нахождения и иным критериям компании.

Закон № 223-ФЗ не содержит прямого запрета или разрешения на субподряд по договору, заключенному в его рамках. Отсюда разные интерпретации госорганами таких ограничений заказчиков.

### Позиция ФАС России

#### Запрет на субподряд

Заказчики нередко фиксируют принципы Закона № 223-ФЗ в положениях о закупке. Один из них – принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Несмотря на это, запреты на привлечение соисполнителей заказчики включают в документацию. Рассмотрим примеры.

При проверке одного из учреждений антимонопольная служба выяснила, что согласно поло-

жению о закупке участником может быть любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника.

В документации заказчик прописал такое же условие. Однако в одном из ее пунктов было написано: «не допускается привлечение со стороны участника субподрядчиков, соисполнителей». По мнению проверяющих, условие противоречит положению о закупке и нарушает ч. 1 ст. 2 Закона № 223-ФЗ (решение ФАС России от 25.01.2016 № 223ФЗ-19/16).

В другом случае заказчик также зафиксировал, что привлечение соисполнителей не допускается. Однако согласно разделу «Термины и определения» документации «участник – это любое юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала или любое физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель, претендующие на заключение договора».

Действия заказчика контролеры признали нарушением Закона № 223-ФЗ (решение ФАС России по делу № 223ФЗ-9/16 от 15.01.2016).

### **Запрет на привлечение субподрядчиков из числа СМП**

Заказчик проводил запрос предложений в электронной форме на право заключения договора на оказание консультационных услуг по подбору персонала. В информационной карте документации было условие о том, что привлекать субподрядчиков из числа субъектов малого и среднего предпринимательства нельзя.

Комиссия ФАС России пришла к выводу, что такое требование документации противоречит п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ (решение ФАС России по делу № 223ФЗ-11/16 от 25.01.2016).

### **Обязанность участника согласовать субподряд с заказчиком**

В проект договора на выполнение строительно-монтажных работ по строительству ги-

дротехнических сооружений заказчик включил такой пункт: «подрядчик вправе с предварительного письменного согласия заказчика привлекать субподрядчиков...» В решении ФАС России по делу № 223ФЗ-70/16 от 25.02.2016 отмечено, что условие ставит исполнителя в зависимость от волеизъявления заказчика. Требование признали неправомерным, ведь оно нарушает права и законные интересы участника.

Такое же мнение содержит решение ФАС России от 03.12.2015 по делу № 223ФЗ-383/15. Нарушение выявили при проверке заказчика из г. Владивостока. Один из пунктов документации учреждение сформулировало следующим образом: «...в процессе исполнения контракта исполнитель вправе привлекать к оказанию услуг третьих лиц только по согласованию с заказчиком».

Комиссии ФАС России приходят в таких ситуациях к выводу, что заказчик заведомо ограничивает участника. Ведь он оставляет за собой право отказать в согласовании кандидатуры субподрядчика.

### **Условие о соответствии соисполнителей требованиям закупки**

Корпорация с госучастием выставила к соисполнителям требования наравне с участниками закупки. Условие заказчик сформулировал в документации так: «Соисполнители (субподрядчики), привлекаемые претендентом для исполнения договора, должны также соответствовать вышеуказанным требованиям к претендентам закупки». В решении от 03.12.2015 № 223ФЗ-367/15 антимонопольная служба сделала вывод о том, что этот пункт документации нарушает ч. 1 ст. 2 Закона № 223-ФЗ.

### **Требование предоставить план привлечения субподрядчиков**

В некоторых случаях заказчики не ограничиваются требованиями к субподрядчикам. В решении ФАС России от 08.02.2016 по делу

№ 223ФЗ-45/16 контролеры выявили еще одно нарушение.

Учреждение решило, что мало потребовать от субподрядчиков наличия ресурсов и опыта работы. Помимо этого, потенциальный контрагент должен был предоставить в составе заявки план привлечения соисполнителей и проекты договоров с ними.

## Позиция судов

Рассматривая спорные моменты документации, арбитражные суды не всегда поддерживают антимонопольную службу. По их мнению, заказчик вправе запретить или ограничить привлечение субподрядных организаций к исполнению договора. Такую позицию судебные инстанции основывают на положениях гражданского законодательства.

Рассмотрим в качестве примера постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.02.2016 № 13АП-30448/2015.

Заказчик проводил конкурс на право выполнить комплексные работы по ремонту здания. Один из участников обжаловал условия документации. По его мнению, учреждение объединило в один лот работы, не связанные между собой. Помимо этого контролеры выяснили, что заказчик запретил участникам привлекать к работам субподрядчиков.

В итоге управление антимонопольной службы вынесло решение об отмене торгов. Не согласившись с предписанием, заказчик обратился в арбитражный суд.

Суд учел положения ст. 313 ГК РФ, согласно которой

должник может возложить исполнение обязательств на третье лицо, если из закона и условий договора не вытекает его обязанность исполнить обязательство лично.

Аналогичные правила закреплены в ч. 1 ст. 706 ГК РФ: «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)».

Кроме того, судьи посчитали, что Закон № 223-ФЗ не запрещает включать в конкурсную документацию требование о том, чтобы подрядчик выполнил работы лично без привлечения субподрядных организаций.

Выводы контрольного органа о том, что заказчик таким требованием ограничивает конкуренцию, арбитражный суд счел необоснованными.

## Выводы

Однозначный ответ о том, вправе ли заказчик потребовать от участника исполнить обязательства лично, в Законе № 223-ФЗ найти нельзя.

О субподряде закон не говорит ничего. В правовом вакууме заказчикам зачастую приходится использовать метод проб и ошибок.

Контрольные органы рассматривают условие о выполнении договора без субподряда как нарушение прав участников закупок.

Поэтому напрямую прописывать запрет субподряда в качестве требований документации все же не стоит.

В то же время ограничение в отношении субподряда можно рассматривать как одно из условий договора.

В таком случае участник, ознакомившись с проектом перед участием в закупке, вправе решить, подходят ли ему такие условия исполнения обязательств. И определиться, готов ли он выполнить работы лично. Здесь на стороне заказчиков и их требований – нормы гражданского законодательства.