

## Решение № 04-01/281-2016

по жалобе ООО «СТРОЙИНВЕСТ»

(закупка № 0190300001216000525)

25 августа 2016 года

г. Салехард

Комиссия по контролю в сфере закупок, торгов, иных способов закупок и порядка заключения договоров на территории Ямало-Ненецкого автономного округа, в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» (г. Уфа) на действия Заказчика - МУ «Управление капитального строительства и капитального ремонта» (ИНН: 8903027978) при осуществлении закупки «Определение Генерального подрядчика на выполнение работ по капитальному строительству» (закупка № 0190300001216000525),

### УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступила жалоба ООО «СТРОЙИНВЕСТ» на положения аукционной документации № 0190300001216000525.

Заказчик – МУ «Управление капитального строительства и капитального ремонта». НМЦ контракта 104 675 320,00рублей.

По мнению Заявителя, положения аукционной документации не соответствуют Закону о контрактной системе, а именно:

- 1) Требование к участникам закупки об обладании участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма носит неправомерный и избыточный характер, не связанный с предметом контракта;
- 2) Заказчик некорректно устанавливает дополнительные требования к участникам закупки в соответствии с требованиями статьи 31 Закона о контрактной системе и постановления Правительства № 99 от 14 февраля 2015 года;
- 3) условие, определенное в п. 4.6. проекта контракта: «4.6. Заказчик вправе удержать из суммы выполненных и предъявленных к оплате работ, начисленные по претензии пени, штрафы за неисполнение условий настоящего контракта. Удержание пени и штрафов для перечисления в доход бюджета муниципального образования производится на основании уведомления оформленного в письменной форме являющегося неотъемлемой частью контракта (Приложение № 3)» нарушает права Генподрядчика и не соответствует положениям Налогового Кодекса РФ, Гражданского Кодекса РФ, положениям ст. 34 Закона № 44-ФЗ, принципам внесения и использования обеспечения исполнения контракта.

Рассмотрев материалы дела, возражения на жалобу, проведя, в соответствии с [п. 1 ч. 15 ст. 99](#) Закона о контрактной системе, внеплановую камеральную проверку соблюдения требований Закона о контрактной системе при осуществлении вышеуказанной закупки, Комиссия пришла к следующим выводам.

Порядок обжалования действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностного лица контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки установлен [главой 6](#) Закона о контрактной системе.

Согласно статье 105 Закона о контрактной системе любой участник закупки, а также осуществляющие общественный контроль общественные объединения, объединения юридических лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации имеют право обжаловать в судебном порядке или в порядке, установленном настоящей главой, в контрольный орган в сфере закупок действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностных лиц контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки.

В силу ч. 9 ст. 105 Закона о контрактной системе к жалобе прикладываются документы, подтверждающие ее обоснованность.

Жалоба Заявителя цитирует нормы законодательства и информационные письма ФАС России, что не является представлением документального подтверждения доводов жалобы относительно нарушения прав и законных интересов Заявителя.

В заседание Комиссии представитель Заявителя не явился, документально подтвержденных доводов жалобы относительно того, что положения аукционной документации нарушают его права и интересы как участника закупки не представил.

Жалоба признается необоснованной.

В рамках внеплановой камеральной проверки, проведенной в соответствии с [п. 1 ч. 15 ст. 99](#) Закона о контрактной системе, Комиссией контрольного органа установлено следующее.

1) В соответствии с [частью 1 статьи 31](#) Закона о контрактной системе заказчик устанавливает единые требования к участникам закупки в том числе, установленное [пунктом 8 части 1 статьи 31](#) Закона о контрактной системе требование, об обладании участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты.

Как указывает Заказчик, из положений аукционной документации следует, что объектом закупки электронного аукциона является «Определение Генерального

подрядчика на выполнение работ по капитальному строительству», что не предполагает приобретение заказчиком прав на результаты интеллектуальной деятельности.

В Подпункте 6 пункта 5.2. аукционной документации (Инструкция по подготовке заявки на участие в электронном аукционе) указаны единые требования к участникам закупки, в том числе наличие требования об обладании участником закупки исключительными правами, что соответственно соответствует законодательству в сфере закупок.

Требование в аукционной документации об обладании исключительными правами допустимо даже в случае, если не предполагается приобретение прав на результаты интеллектуальной деятельности, а участники закупки вправе ему не соответствовать и не декларировать указанное требование, таким образом, данный пункт требований не применяется к участникам закупки.

Кроме того следует учесть, что при формировании извещения на официальном сайте государственных закупок ([www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru)) в части установления требований к участникам закупки исключить указанный пункт технически невозможно, так как единые требования к участникам закупки установлены во вкладке в разделе «требования к участникам», поэтому исключение указанного пункта из состава аукционной документации приведет к расхождению с информацией, отображенной в извещении об осуществлении закупки.

Судебная практика по данному вопросу также подтверждает изложенную Заказчиком позицию (Постановление от 25 января 2016 г. по делу № А07-8299/2015 Арбитражный суд Уральского округа (ФАС УО).

Комиссия контрольного органа приходит к выводу, что включение в состав требований к участникам закупки об обладании исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, даже если не предполагает приобретение заказчиком прав на такие результаты, не влияет на результаты определения поставщика, не влечет за собой некорректное заполнение заявок на участие в закупке и не противоречит нормам Закона о контрактной системе.

2) Относительно отсутствия в Информационной карте указания по какой именно группе работ следует предоставить документы, подтверждающие наличие опыта исполнения контракта, установлено следующее.

Из возражений Заказчика следует.

В соответствии с частью 3.1 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации, лицо, осуществляющее строительство, должно иметь выданное саморегулируемой организацией свидетельство о допуске к работам по организации строительства.

Аукционная документация на определение Генерального подрядчика по закупке № 0190300001216000525 на выполнение работ по капитальному строительству — «Межквартальные проезды, площадки жилого микрорайона Олимпийский г.Надыма»

предусматривает строительство автомобильных дорог и проездов в указанном микрорайоне.

Аукционной документацией (пункт 6.2. Информационной карты) установлены требования к участникам закупки в соответствии со ст.31 Закона о контрактной системе, а именно: документальное подтверждение, свидетельствующее о том, что работы, которые должны быть выполнены Участником, соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации к лицам, осуществляющим выполнение работ, являющихся предметом электронного аукциона - строительство автомобильных дорог **и проездов** (копию свидетельства о допуске к работам, являющихся предметом электронного аукциона выдаваемого саморегулируемой организацией), а именно Генеральный подрядчик в соответствии с Приказом Минрегионразвития РФ от 30.12.2009 № 624 «Об утверждении Перечня видов работ по инженерным изысканиям, по подготовке проектной документации, по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства» (далее - Приказ), должен иметь допуск на строительство автомобильных дорог и проездов - пункт 33 Приказа - работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком).

Пунктом 2 Приложения № 1 к постановлению Правительства РФ от 04.02.2015 г. № 99 «Дополнительные требования к участникам закупки отдельных видов товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются путем проведения конкурсов с ограниченным участием, двухэтапных конкурсов, закрытых конкурсов с ограниченным участием, закрытых двухэтапных конкурсов или аукционов» предусмотрено - при выполнении строительных работ, включенных в коды 41.2, 42, 43 (кроме кода 43.13) Общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности (ОКПД2) ОК 034-2014, в случае, если начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) превышает 10 млн. рублей требуется - *«наличие опыта исполнения (с учетом правопреемства) контракта (договора) на выполнение соответствующих \* работ строительных за последние 3 года до даты подачи заявки на участие в соответствующем конкурсе или аукционе. При этом стоимость ранее исполненного контракта (договора) составляет не менее 20 процентов начальной (максимальной) цены контракта, договора (цены лота), на право заключить который проводится закупка».*

Начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) рассматриваемой закупки составляет 104 675 320,00 рублей.

Согласно п. 5.3 информационной карты - после слова соответствующих Заказчиком дано уточнение (разъяснение) по какой именно группе работ необходим опыт, а именно: «относящихся к той же группе работ строительных».

Предметом контракта является «Определение Генерального подрядчика на выполнение работ по капитальному строительству» - "Межквартальные проезды, площадки жилого микрорайона Олимпийский г.Надыма" (1 этап), следовательно, в аукционной документации указано, что необходим опыт работы именно группы строительных работ, на выполнение которых заключается контракт (на

строительство автомобильных дорог и проездов);

- по строительству, реконструкции и капитальному ремонту объектов капитального строительства, а не
- по строительству, реконструкции и капитальному ремонту объектов, не являющихся объектами капитального строительства (временные постройки, киоски, навесы и другие подобные постройки).

Между тем, Заказчиком не учтено следующее.

Согласно [пункту 6 части 5 статьи 63](#) Закона о контрактной системе в извещении о проведении электронного аукциона указываются требования, предъявляемые к участникам такого аукциона, и исчерпывающий перечень документов, которые должны быть представлены участниками такого аукциона в соответствии с [пунктом 1 части 1](#) и [частью 2](#) (при наличии таких требований) статьи 31 Закона о контрактной системе.

В соответствии с [пунктом 2 части 1 статьи 64](#) Закона о контрактной системе документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать требования к содержанию, составу заявки на участие в таком аукционе в соответствии с [частями 3 - 6 статьи 66](#) Закона о контрактной системе и инструкцию по ее заполнению. При этом в соответствии с [пунктом 2 части 6 статьи 66](#) Закона о контрактной системе вторая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать документы, подтверждающие соответствие участника такого аукциона требованиям, установленным [пунктом 1 части 1](#) и [частью 2 статьи 31](#) (при наличии таких требований) Закона о контрактной системе, или копии этих документов.

В соответствии с [частью 4 статьи 31](#) Закона о контрактной системе в случае установления Правительством Российской Федерации в соответствии с [частью 2 статьи 31](#) Закона о контрактной системе дополнительных требований к участникам закупок заказчики при определении поставщиков (подрядчиков, исполнителей) обязаны устанавливать такие дополнительные требования.

Дополнительные [требования](#) к участникам закупки отдельных видов товаров, работ, услуг установлены постановлением Правительства Российской Федерации от 04.02.2015 N 99 (далее - Постановление Правительства N 99). Соответствие участников закупки указанным [требованиям](#) подтверждается документами, предусмотренными [приложением N 1](#) и [N 2](#) к Постановлению Правительства N 99.

Согласно [пункту 2](#) приложения N 1 к Постановлению Правительства N 99 к участникам закупки на выполнение работ строительных, включенных в коды [41.2](#), [42](#), [43](#) (кроме кода [43.13](#)) Общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности (ОКПД2) ОК 034-2014, в случае, если начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) превышает 10 млн. рублей устанавливается дополнительное требование о наличии опыта исполнения (с учетом правопреемства) контракта (договора) на выполнение соответствующих <\*> работ строительных за последние 3 года до даты подачи заявки на участие в соответствующем конкурсе или аукционе. При этом стоимость ранее исполненного контракта (договора) составляет не менее 20 процентов начальной (максимальной) цены контракта, договора (цены лота), на право заключить

который проводится закупка.

Согласно примечанию требуется наличие опыта исполнения контракта на выполнение работ, относящихся к той же группе работ строительных, на выполнение которых заключается контракт. При этом используются следующие группы работ строительных:

работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту объектов капитального строительства;

работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту объектов, не являющихся объектами капитального строительства (временные постройки, киоски, навесы и другие подобные постройки).

Также [пунктом 2](#) приложения N 1 к Постановлению Правительства N 99 установлен исчерпывающий перечень документов, подтверждающих соответствие участников закупки дополнительным требованиям.

Комиссией установлено, что Заказчиком в извещении о проведении Аукциона № 0190300001216000525 указан код по ОКПД2 - 42.11.10.120 ""Дороги автомобильные, в том числе улично-дорожная сеть, и прочие автомобильные и пешеходные дороги", при этом начальная (максимальная) цена контракта превышает 10 000 000 рублей, в связи с чем проведение Аукциона относится к случаю, предусмотренному в [пункте 2](#) приложения N 1 к Постановлению Правительства N 99.

Вместе с тем, на заседании Комиссии установлено, что Заказчиком в документации об Аукционе № 0190300001216000525 не установлена группа работ (не содержится определения соответствующих строительных работ), наличие контракта на выполнение которых требуется для подтверждения участниками закупок соответствия требованиям [пункта 2](#) приложения N 1 к Постановлению Правительства N 99.

Таким образом, дополнительные требования к участникам закупки, установленные в соответствии со ст. 31 Закона о контрактной системе - о наличие опыта исполнения контракта при выполнении строительных работ объектов капитального строительства, указанные в п. 5.3 информационной карты, указаны не в соответствии с [п. 2](#) приложения N 1 к Постановлению Правительства N 99, в части ненадлежащего указания группы работ строительных.

Указанные действия Заказчика не соответствуют [части 4 статьи 31](#) Закона о контрактной системе и нарушают [пункт 6 части 5 статьи 63](#) Закона о контрактной системе, что содержит признаки состава административного правонарушения, предусмотренного [частью 4.2 статьи 7.30](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Между тем, указанное нарушение не влияет на результаты определения поставщика (подрядчика, исполнителя). Кроме того, согласно [Протоколу рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе от 19.08.2016 №0190300001216000525-1](#) до окончания указанного в извещении о проведении электронного аукциона срока подачи заявок на участие в аукционе «19» августа 2016 г. 09 часов 00 минут (время местное) не поступило ни одной заявки в форме электронного документа.

В соответствии с ч. 16 ст. 66 Федерального закона от 05.04.2013 года №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» электронный аукцион признан несостоявшимся.

Таким образом, выдача Предписания об устранении вышеуказанного нарушения и возбуждение административного производства по ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ, по мнению Комиссии контрольного органа, нецелесообразны.

3) Обосновывая включение в проект контракта п. 4.6. Заказчик указывает следующее.

Согласно пункту 1 статьи 330 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) неустойкой (штрафом, пенями) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

В соответствии с п. 2 ст. 330 Гражданского Кодекса РФ кредитор вправе требовать уплаты неустойки, если должник несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Согласно частям 5,7 ст. 34 Закон о контрактной системе предусмотрена ответственность подрядчика в виде неустойки (пени) в просрочки исполнения заказчиком (подрядчиком) обязательств, предусмотренных контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, предусмотренных контрактом.

Данное требование является обязательным.

В целях реализации указанных мер контракт должен содержать указание на основания применения ответственности и порядок определения размера неустойки (штрафа, пеней).

Положениями проекта контракта, согласно пунктам 9.10, 9.11 проекта контракта предусмотрено, что в случае просрочки исполнения Генподрядчиком обязательств, предусмотренных контрактом (в том числе гарантийного обязательства), а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения Генподрядчиком обязательств, предусмотренных контрактом, заказчик направляет Генподрядчику требование об уплате неустоек (штрафов, пеней) в виде пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения Генподрядчиком обязательства, предусмотренного контрактом, и устанавливает пени в размере не менее одной трехсотой действующей на дату уплаты пени ставки рефинансирования (ключевой ставки) Центрального банка Российской Федерации от цены контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему обязательств, предусмотренных контрактом и фактически исполненных Генподрядчиком, и определяет по формуле, согласно Правилам определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком и исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, утвержденных постановлением Правительства РФ от **25.11.2013г. № 1063**.

В соответствии с пунктами 9.20 и 9.21 проекта контракта предусмотрено, что

Заказчик осуществляет удержание неустойки с учетом и в соответствии указанных пунктов, т.е. претензионный порядок рассмотрения споров по контракту является для Сторон обязательным.

Претензионные письма направляются Сторонами нарочным либо заказным почтовым отправлением, с уведомлением о вручении адресату по местонахождению Сторон, указанным в статье 17 (юридические адреса и реквизиты сторон) настоящего контракта и рассматриваются сторонами в течение 10 календарных дней с момента ее получения.

Если по истечении указанного срока ответ на претензию не получен, претензия считается признанной. По истечении указанного срока Заказчик направляет Генподрядчику уведомление о снятии сумм неустойки (Приложение № 3) и после вручения уведомления, Заказчик удерживает штрафные санкции.

В случае возникновения споров между сторонами, по которым не было достигнуто соглашения, они разрешаются в соответствии с действующим законодательством РФ в Арбитражном суде ЯНАО.

Требования действующего законодательства об ответственности сторон и порядок определения размера неустойки (штрафа, пеней) положениями проекта муниципального контракта предусмотрен и расписан в подробной форме.

В связи с этим, условие о праве заказчика уменьшить подлежащую выплате сумму за выполненные работы на размер требования в сумме начисленной неустойки за неисполнение условий контракта, не противоречит требованиям гражданского законодательства.

Правомерность согласования в договоре условия об удержании неустойки была подтверждена Президиумом ВАС РФ в Постановлениях от 19.06.2012 № 1394/12 и от 10.07.2012 № 2241/12.

Согласно этим Постановлениям, если в договоре предусмотрено условие об удержании неустойки из суммы, подлежащей уплате за работы, то в силу п. 1 ст. 407 ГК РФ такое удержание следует рассматривать в качестве самостоятельного способа прекращения обязательств.

Президиум ВАС РФ обратил внимание на то, что такое удержание следует отличать от зачета встречных однородных требований, являющегося односторонней сделкой и осуществляемого по правилам ст. 410 ГК РФ: «... В силу пункта 2 статьи 154, статьи 410 ГК РФ зачет как способ прекращения обязательства является односторонней сделкой, для совершения которой необходимы определенные условия: требования должны быть встречными, однородными, с наступившими сроками исполнения. Для зачета достаточно заявления одной стороны.

Из материалов данного судебного дела следует, что в договоре, заключенном между сторонами, предусмотрено право заказчика на удержание суммы санкций, начисленных подрядчику за нарушение сроков выполнения работ, при осуществлении окончательных расчетов.

Таким образом, стороны в двухсторонней сделке согласовали основание прекращения обязательства заказчика по оплате выполненных работ, которое не



является зачетом, то есть односторонней сделкой, но и не противоречит требованиям гражданского законодательства» (Постановление Президиума ВАС РФ от 19.06.2012 № 1394/12).

В соответствии с [частью 1 статьи 2](#) Закона о контрактной системе Законодательство Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд основывается на положениях [Конституции](#) Российской Федерации, [Гражданского кодекса](#) Российской Федерации, [Бюджетного кодекса](#) Российской Федерации и состоит из [Закона](#) о контрактной системе и других федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в [части 1 статьи 1](#) Закона о контрактной системе.

Принимая во внимание вышеизложенное Комиссия контрольного органа не усматривает в редакции проекта контракта нарушений законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

На основании изложенного и руководствуясь [частью 1 статьи 2](#), [пунктом 1 части 15](#), [пунктом 2 части 22 статьи 99](#), [частью 8 статьи 106](#) Закона о контрактной системе, [пунктом 3.30](#) Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностного лица контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки при определении поставщиков (подрядчиков, исполнителей) для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного приказом ФАС России от 19.11.2014 № 727/14, Комиссии

#### РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» (г. Уфа) на положения аукционной документации № 0190300001216000525 «Определение Генерального подрядчика на выполнение работ по капитальному строительству» необоснованной.

2. Признать Заказчика - МУ «Управление капитального строительства и капитального ремонта» (ИНН: 8903027978) нарушившим ч. 4 ст. 31, п. 6 ч. 5 ст. 63 Федерального закона № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» при осуществлении закупки № 0190300001216000525.

3. Предписание об устранении нарушений [Закона](#) о контрактной системе не выдавать, административное производство по ч. 4.3 ст. 7.30 КоАП РФ не возбуждать, в виду того, что выявленное нарушение не повлияло на результаты определения поставщика (подрядчика, исполнителя), а электронный аукцион признан несостоявшимся в связи с отсутствием заявок на участие в аукционе.

В соответствии с ч. 9 ст. 106 Закон о контрактной системе, решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы по существу, может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с даты его принятия.