

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по делу № 2-19-8044/77-18 о проверке сведений необходимости включения в реестр недобросовестных поставщиков

03.07.2018 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия),

в присутствии:

представителя ОАО «РЖД» — <...> (по доверенности от 29.06.2018 № 505-ДП),

представителя ООО «СтройПроект» — <...> (по доверенности от 02.07.2018 № б/н),

рассмотрев обращение о проведении проверки факта уклонения ООО «СтройПроект» (далее также — Общество) от заключения договора с ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора поставки блоков железобетонных для ремонта пассажирских платформ Октябрьской дирекции пассажирских обустройств (реестровый № 31806119196 лот 1) (далее — Аукцион), поданное в соответствии со статьей 5 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), постановлением Правительства Российской Федерации от 22.11.2012 № 1211 «О ведении реестра недобросовестных поставщиков, предусмотренного законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Обращение),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступило обращение Заказчика о проведении проверки факта уклонения Общество от заключения договора по результатам Аукциона.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в обращении, возражениях на них и в выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Из материалов дела следует, что Положение о закупке товаров, работ, услуг Заказчика в редакции, действующей на момент объявления закупки (далее — Положение), размещено на Официальном сайте Российской Федерации в сети Интернет www.zakupki.gov.ru Единой информационной системы в сфере закупок (далее — ЕИС).

Согласно информации из ЕИС 09.02.2018 размещено извещение о проведении Аукциона. Дата окончания подачи заявок — 02.03.2018.

В соответствии с протоколом № 374/ОАЭ-ЦДПО/18/2 от 15.03.2018 (далее —

Протокол проведения) победителем процедуры признан участник, предложивший лучшие условия исполнения договора и которому присвоено первое место — ООО «СтройПроект».

Проект договора направлен Обществу в установленный Документацией срок (16.03.2018) посредством электронной почты на адрес, указанный в заявке.

При этом пунктом 1.5 Документации предусмотрено, что при проведении Аукциона применяются антидемпинговые меры, перечисленные в пунктах 6.9.2.1, 6.9.2.2 (подпункт в) аукционной документации, в порядке, установленном в указанном пункте.

Демпинговой ценой при проведении аукциона считается цена, сниженная по отношению к начальной (максимальной) на 25% (двадцать пять процентов) и более.

При этом на основании пункта 6.9.2 Документации Заказчик может применить следующие антидемпинговые меры: Требование о предоставлении участником аукциона обеспечения исполнения договора в размере, превышающем размер, установленный в пункте 1.7 аукционной документации в 1,5 раза, но не менее чем размер аванса (если проектом договора предусмотрена выплата аванса). В случае если при проведении аукциона применяется данная мера, участник обязан предоставить обеспечение в указанном в данном пункте размере. В случае непредоставления обеспечения в установленном настоящим пунктом размере участник считается уклонившимся от заключения договора. Обеспечение должно быть предоставлено в форме и порядке, установленном пунктами 1.7, 8.1 Документации.

Кроме того, Участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить при направлении Заказчику подписанного проекта договора обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), которое может включать один или несколько документов, заверенных подписью и печатью (при ее наличии) участника:

- а) гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара;
- б) документы, подтверждающие возможность участника аукциона осуществить поставку товара по предлагаемой цене;
- в) расчет предлагаемой цены договора (цены лота) и ее обоснование.

В соответствии с пунктом 8.3.3 Аукционной Документации Общество должно было предоставить обеспечение исполнения договора, иные документы, если документацией предусмотрено их представление на этапе заключения договора и подписанный со своей стороны договор не позднее 5 рабочих дней с даты получения проекта договора от заказчика. Участник аукциона, с которым заключается договор, должен при заключении договора по требованию Заказчика представить документы, подтверждающие полномочия лица, подписавшего договор.

Таким образом, срок выполнения вышеуказанного пункта истекал 23.03.2018.

ООО «СтройПроект» было осведомлено о наличии подобного порядка заключения договора.

20.03.2018 Обществом направлена калькуляция расходов по отдельным статьям затрат в качестве обоснования предоставления демпинговой цены.

Между тем по состоянию на 02.04.2018 Заказчиком не получен ни проект договора, ни документ об обеспечении исполнения договора.

Вместе с тем материалами дела подтверждается и Обществом не оспаривается то обстоятельство, что им в установленный срок проект контракта подписан не был, обеспечение исполнения контракта также не было представлено.

В связи с изложенным, в соответствии с пунктами 8.3.3, 6.9.2.1 победитель Аукциона ООО «СтройПроект» признан Заказчиком уклонившимся от заключения договора.

При этом ссылки Общества на отсутствие в его действиях признаков недобросовестности в настоящем случае не имеют правового значения, поскольку в контексте закупочной документации неподписание проекта договора и непредставление обеспечения его исполнения является самостоятельным основанием для признания общества уклонившимся от заключения контракта.

Вместе с тем согласно части 1 статьи 8 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из действий граждан и юридических лиц .

В этой связи хозяйствующий субъект, самостоятельно принявший решение участвовать в конкурентной процедуре, по итогам которой будет решен вопрос о заключении договора, принимает на себя все обязанности, связанные с соответствующим участием.

При этом Комиссия учитывает, что все организационно-правовые мероприятия, связанные с участием в закупках, являются сопутствующими предпринимательской деятельности рисками, которые относятся на лицо, изъявившее желание получить доступ к конкурентной процедуре.

Кроме того, реализуя свое право на участие в Аукционе, ООО «СтройПроект», согласившись на условия проведения процедуры, подало соответствующую заявку, по итогам Аукциона признано победителем.

В конкурентной процедуре заключение договора является уже не правом лица, от которого оно может отказаться, а обязанностью, исходя из положений статьи 5 Закона о закупках.

В силу части 1 статьи 10 ГК 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).

Согласно постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из

поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения.

Как отмечено в определении Верховного Суда Российской Федерации от 07.08.2015 № 305-КГ15-9489 и вопреки утверждению Общества об обратном, уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, так и в их совершении по неосторожности, когда участник Закупки по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению соответствующих норм и правил.

В этой связи довод Общества о том, что непредставление банковской гарантии в срок вызвано действиями представителя банка ВТБ, который переносил срок получения банковской гарантии с 19.03.2018 по 30.03.2018, оценивается Комиссией критически. При этом, в частности, учитывается, что выбор контрагентов для получения банковской гарантии и взаимодействие с ними - предмет ответственности Общества. Риски, связанные с этим, не могут относиться на Заказчика.

Кроме того, исходя из позиции Арбитражного суда Московского округа, изложенной в постановлении от 13.05.2016 по делу № А40-204155/2015, включение участника закупки в реестр недобросовестных поставщиков возможно только при наличии в действиях такого поставщика (подрядчика, исполнителя) недобросовестного поведения. При этом недобросовестность юридического лица должна определяться не его виной, то есть субъективным отношением к содеянному, а исключительно той степенью заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота.

Таким образом, основанием для включения сведений в реестр недобросовестных поставщиков является такое уклонение лица от заключения контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им действий (бездействия) в противоречие требованиям действующего законодательства Российской Федерации о закупках, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с этим лицом как с признанным победителем закупки и нарушающих права организатора этой закупки относительно условий и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием денежных средств, что приводит к нарушению обеспечения публичных интересов в указанных правоотношениях.

Кроме того, учитывая также и то обстоятельство, что проект контракта был получен Обществом 16.03.2018, а документооборот в рамках настоящей закупочной процедуры являлся электронным (то есть у общества отсутствовала необходимость дожидаться получения этих документов посредством почтовой связи), у Общества имелось достаточное количество времени на подписание поступившего проекта контракта, особенно с учетом отсутствия у него каких-либо замечаний по этому контракту. Вместе с тем заблаговременному подписанию контракта Общество предпочло затягивание этой процедуры до последнего отведенного ему дня на подписание поступившего контракта без каких-либо

объективных причин для этого. Доказательств обратного Обществом не представлено, а Комиссией не установлено.

Необходимо отметить, что ни действующим законодательством Российской Федерации о закупках, ни закупочной документацией в рамках проведенной процедуры не запрещено подписание проекта контракта в последний отведенный для этого день.

В то же время необходимо принимать во внимание, что в контексте части 1 статьи 8 ГК РФ победитель закупки, откладывая подписание контракта на последний отведенный для этого день, принимает на себя и все риски, связанные с совершением таких действий и последующей оценкой его действий контролирующим органом в ходе разрешения вопроса о необходимости включения сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков.

В свою очередь, применительно к упомянутой ранее судебной практике затягивание процедуры подписания контракта до последнего отведенного на это дня само по себе свидетельствует о неосмотрительности и ненадлежащей степени заботливости хозяйствующего субъекта, которая от него требовалась при вступлении в рассматриваемые правоотношения.

Также, в обоснование собственной добросовестности и наличия истинной заинтересованности в заключении контракта Общество ссылается на факт получения и согласования с Заказчиком банковской гарантии.

Необходимо отметить, что подписание проекта контракта и представление обеспечения его исполнения являются взаимосвязанными действиями, но могут не являться одновременными ввиду отсутствия в закупочной документации указания обратного. Таким образом, обеспечение исполнения контракта могло быть представлено Заказчику до момента заключения контракта, чего, однако, Обществом сделано не было.

В то же самое время, как следует из материалов дела, обеспечение исполнения контракта было представлено Обществом лишь 05.04.2018, то есть почти на 2 недели позже установленного срока. Следует признать, что названные действия направлены не на подтверждение собственной добросовестности и заинтересованности в заключении контракта, а исключительно на изыскание всевозможных способов избежания мер публично-правовой ответственности с приданием своим действиям видимости законности.

Кроме того, как следует из материалов дела, контракт по итогам проведенной процедуры Обществом так и не был подписан.

При таких обстоятельствах один лишь факт представления Обществом банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта (и то с нарушением отведенного для этого срока) не может свидетельствовать о проявленной Обществом добросовестности в ходе заключения контракта.

По мнению Комиссии, в действиях ООО «СтройПроект» на этапе заключения договора наличествовало явное отклонение от правил и обычаев делового оборота, а также, по сути, от требований публичного правопорядка, учитывая статус Заказчика и проведенную процедуру.

Более того, приведенные Обществом ссылки на свою добросовестность при заключении контракта не соответствуют действительности.

В соответствии с частью 2 статьи 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

В настоящем случае недобросовестность Общества выразилась в халатном, непредусмотрительном, ненадлежащем исполнении своих обязанностей, возникающих из требований закона к процедуре заключения контракта по результатам проведенной процедуры.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в определении от 11.05.2012 № ВАС-5621/12 об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, включение общества в реестр недобросовестных поставщиков не подавляет экономическую самостоятельность и инициативу общества, не ограничивает чрезмерно его право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также право частной собственности и в данном случае не препятствует осуществлению хозяйственной деятельности общества.

Комиссия считает, что ООО «СтройПроект» не проявило должной степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру обязательств, что, в итоге, привело к незаключению договора, а, следовательно, к нарушению нормального (обычного) режима функционирования Заказчика.

Подобные действия участника нарушают нормальный ход Аукциона, поскольку завершение процедуры каким-либо иным образом, кроме как заключением договора, является неприемлемым, что влечет за собой необходимость обращения Заказчика к административному органу.

Комиссия, оценив фактические обстоятельства в их совокупности и взаимосвязи, приходит к выводу, что факт уклонения ООО «СтройПроект» от заключения договора, а равно наличие в действиях последнего признаков недобросовестности, подтверждены.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 5 Закона о закупках, Комиссия

ЗАКЛЮЧИЛА:

1. В действиях ООО «СтройПроект» установлен факт уклонения от заключения договора с ОАО «РЖД».
2. Рекомендовать включить сведения относительно ООО «СтройПроект» (ИНН: 7801639024, ОГРН: 1147847332610, адрес местонахождения: наб. реки

Смоленки, д. 33, лит. А, пом. 192-Н, Санкт-Петербург, 199178) в реестр недобросовестных поставщиков, предусмотренный Законом о закупках.

Примечание: в соответствии с частью 6 статьи 5 Закона о закупках включение сведений (но не заключение территориального органа о наличии оснований для включения в реестр) об участнике закупки, уклонившемся от заключения договора, о поставщике (исполнителе, подрядчике), с которым договор расторгнут в связи с существенным нарушением им договора, в реестр недобросовестных поставщиков или содержание таких сведений в реестре недобросовестных поставщиков может быть обжаловано заинтересованным лицом в судебном порядке.