

Решение № 03-10.1/21-2017

о признании жалобы частично обоснованной

23 января 2017 г.

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее - Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «Базис» (далее – Заявитель, Общество) на действия БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» (далее - Заказчик) при осуществлении закупки «Поставка изделий для ортопедического отделения стационара для оказания высокотехнологичной медицинской помощи» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352300080016000146) (далее – электронный аукцион),

в присутствии <...>,

У С Т А Н О В И Л А:

1. В Омское УФАС России до окончания срока подачи заявок на участие в электронном аукционе поступила (вх. № 218 от 16.01.2017) жалоба Заявителя на положения документации об аукционе, нарушающие требования Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон о контрактной системе).

2. На запрос Омского УФАС России (исх. № 03-256 от 17.01.2017) Заказчиком были представлены (вх. № 395 от 20.01.2017) возражения на доводы жалобы и материалы электронного аукциона, из которых следует, что 31.12.2017 на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее - официальный сайт ЕИС) были размещены извещение и документация об электронном аукционе с начальной (максимальной) ценой контракта 7824127,15 руб.

В протоколе рассмотрения первых частей заявок на участие в аукционе от 19.01.2017 указано, что на участие в электронном аукционе поступило три заявки, одному участнику закупки отказано в допуске к участию в электронном аукционе.

3. В результате рассмотрения жалобы, представленных материалов, возражений представителей сторон, осуществления в соответствии с частью 15 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе внеплановой проверки Комиссия

установила следующее:

3.1. Согласно статье 6 Федерального закона о контрактной системе контрактная система в сфере закупок основывается на принципах открытости, прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, **обеспечения конкуренции**, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок.

Из части 1 статьи 8 Федерального закона о контрактной системе контрактная система в сфере закупок направлена на создание равных условий **для обеспечения конкуренции** между участниками закупок. Любое заинтересованное лицо имеет возможность в соответствии с законодательством Российской Федерации и иными нормативными правовыми актами о контрактной системе в сфере закупок стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

В соответствии с частью 2 указанной статьи Федерального закона о контрактной системе конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. **Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям настоящего Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.**

В силу пункта 1 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со [статьей 33](#) настоящего Федерального закона.

Пунктом 1 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе установлено, что заказчик при описании в документации о закупке объекта закупки должен руководствоваться, в том числе правилом о том, что описание объекта закупки должно носить объективный характер. В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). **В описание объекта закупки не должны включаться** требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также **требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки**, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки.

Из буквального толкования пункта 1 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе следует, что заказчики, уполномоченный орган,

осуществляющие закупку по правилам Федерального закона о контрактной системе, при описании объекта закупки должны таким образом устанавливать требования к закупаемым товарам, чтобы, с одной стороны, повысить шансы на приобретение товара именно с такими характеристиками, которые необходимы, а с другой стороны, не ограничить количество участников закупки.

Согласно части 2 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе документация о закупке в соответствии с требованиями, указанными в [части 1](#) указанной статьи, должна содержать показатели, позволяющие определить соответствие закупаемых товара, работы, услуги установленным заказчиком требованиям. При этом указываются максимальные и (или) минимальные значения таких показателей, а также значения показателей, которые не могут изменяться.

Требования к объекту закупки были установлены Заказчиком в табличной форме в приложении № 1 «Заказ на поставку товара» к документации об электронном аукционе (далее также приложение № 1).

По мнению Заявителя, в нарушение пункта 2 части 1 статьи 64 Закона о контрактной системе некоторые характеристики отдельных товаров не допускают поставку аналогичного товара, например:

«2. Комплект эндопротеза тазобедренного сустава тотального гибридной фиксации (чашка цементная, ножка бесцементная);

3. Комплект эндопротеза тазобедренного сустава тотального гибридной фиксации (чашка бесцементная, ножка цементная);

4. Комплект эндопротеза тазобедренного сустава тотального для цементной фиксации;

7. Костный цемент;

9. Винт костный».

В возражениях на доводы жалобы Заказчиком указано следующее:

«Указанные нами требования к техническим характеристикам закупаемого товара обусловлены необходимостью приобретения современного, высокотехнологичного товара для использования при оказании высокотехнологичной медицинской помощи за счет средств территориального фонда обязательного медицинского страхования для оказания высокотехно логичной медицинской помощи.

*В соответствии с правилами Приказ от 29 декабря 2014 года N 930н Минздрава РФ «Об утверждении Порядка организации оказания высокотехнологичной медицинской помощи с применением специализированной информационной системы», организация оказания высокотехнологичной медицинской помощи должна отвечать в т.ч. требованиям п.2, ч. 1 настоящего приказа, где установлено: *Высокотехнологичная медицинская помощь, являющаяся частью специализированной медицинской помощи, включает в себя применение новых сложных и (или) уникальных методов лечения, а также ресурсоемких методов лечения с научно доказанной эффективностью, в том числе клеточных технологий, роботизированной техники, информационных технологий и методов генной**

инженерии, разработанных на основе достижений медицинской науки и смежных отраслей науки и техники.

Требования к характеристикам закупаемого товара были указаны путем анализа имеющихся на Российском рынке современных эндопротезов для проведения сложных ортопедических операций с использованием компонентов, которые отвечают высоким требованиям к устойчивости к коррозии, разрушению, изнашиванию и возможности проведения менее травматичных операций при первичном и ревизионном эндопротезировании, являющиеся продуктом, современных высокотехнологичных разработок, используемых на сегодняшний день для оказания высокотехнологичных видов медицинской помощи на территории РФ.

При выборе подходящих эндопротезов, также, были определены следующие значимые характеристики:

1. Каждый элемент эндопротеза имеет различные размеры, а более широкий диапазон размеров позволяет полностью подстраивать его под телосложение и массу тела пациента - что является очень важным параметром, обеспечивающим более быструю реабилитацию постоперационного периода.

2. Сборные компоненты имплантов обеспечивают более высокий уровень соответствия индивидуальным потребностям пациента по медицинским показаниям.

3. Все компоненты, закупаемые в одном аукционе, должны обеспечивать идеальную совместимость между собой, для обеспечения проведения полного этапа эндопротезирования с учетом размеров компонентов и технологии планируемой операции без дополнительных затрат».

Комиссия согласилась с доводами Заказчика, в том числе учитывая следующее.

В силу части 1 статьи 105 Федерального 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.**

Согласно части 9 указанной статьи к жалобе прикладываются **документы, подтверждающие ее обоснованность.** При этом жалоба должна содержать перечень прилагаемых к ней документов.

В нарушение указанных норм Федерального закона о контрактной системе **Обществом не представлено каких-либо документальных доказательств обоснованности данного довода жалобы**, в том числе в части невозможности подготовки заявки на участие в аукционе и ограничения количества участников

закупки, а также доказательств того, каким образом действия Заказчика нарушают его права и законные интересы.

Заявителем не представлено доказательств того, что действия Заказчика по установлению требований к товару являются для него и иных участников закупки непреодолимыми, либо создают преимущества другим участникам, а также каким-либо образом повлекли за собой ограничение количества участников закупки.

При данных обстоятельствах, учитывая потребность Заказчика в поставке товара с заявленными характеристиками, а также судебную практику Омского УФАС России по схожим обстоятельствам (например, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.05.2016 по делу № А46-11334/2015), Комиссия признала довод жалобы Заявителя **необоснованным**.

3.2. В извещении об электронном аукционе указано, что «размер обеспечения исполнения контракта составляет 391 206.35 рубля, что составляет **5%** начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении об осуществлении закупки».

В пункте 23 документации об электронном аукционе в том числе указано, что «обеспечение исполнения контракта установлено в размере: **5 %** от начальной (максимальной) цены контракта и составляет 391206.35 рублей»; «обеспечение исполнения контракта в виде внесения Поставщиком денежных средств на указанный Заказчиком счет возвращается Поставщику в течение **10 банковских дней** с момента исполнения Поставщиком своих обязательств по контракту».

В жалобе Заявителя приведены доводы о том, что в пункт 5.9 проекта контракта (Приложение № 3 документации об электронном аукционе) противоречит указанным требованиям, а именно:

- «Поставщик предоставляет обеспечение исполнения контракта в размере **10 %** от начальной (максимальной) цены контракта, что составляет _____».

- «обеспечение исполнения контракта в виде внесения Поставщиком денежных средств на указанный Заказчиком счет возвращается Поставщику в течение **30 банковских дней** с момента исполнения Поставщиком своих обязательств по контракту».

В соответствии с частью 4 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе к документации об электронном аукционе прилагается проект контракта, который является неотъемлемой частью этой документации.

При этом в силу части 1 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе **контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки** или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), **документацией о закупке**, заявкой, окончательным предложением участника закупки, с которым заключается контракт, за исключением случаев, в которых в соответствии с настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке,

заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

Согласно пункту 8 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе документация об электронном аукционе **наряду с информацией, указанной в извещении** о проведении такого аукциона, должна содержать размер обеспечения исполнения контракта, срок и порядок предоставления указанного обеспечения, требования к обеспечению исполнения контракта.

Учитывая изложенное, Комиссия считает данные доводы жалобы **обоснованными**, действия заказчика нарушающими часть 1 статьи 34, пункт 8 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе.

3.3. В жалобе Заявителя указано: «В подл. 1.6. п. 23 документации об электронном аукционе, а также п. 5.9. проекта контракта предусмотрено, что срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

В силу [ч. 3 ст. 96](#) Закона о контрактной системе срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

Согласно [п. 8 ч. 1 ст. 64](#) Закона о контрактной системе документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать следующую информацию, в том числе размер обеспечения исполнения контракта, срок и порядок предоставления указанного обеспечения, требования к обеспечению исполнения контракта.

[Пунктом 3 статьи 425](#) Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон по договору. Договор, в котором отсутствует такое условие, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства.

В соответствии со [ст. 190](#) ГК РФ установленный законом, иными правовыми актами, сделкой или назначаемый судом срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами; срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

Пунктом 12.1. проекта контракта установлено, что контракт считается заключенным с момента направления оператором электронной площадки Поставщику контракта, подписанного электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени Заказчика, и действует до 31.12.2017 г.

Пунктом 12.2. истечение срока действия контракта означает прекращение всех прав и обязанностей сторон по нему, за исключением оплаты по контракту и выплаты неустоек.

Несмотря на то, что в п. 12.1 проекта контракта установлена дата, до которой действует контракт, пункт 12.2. проекта контракта предусматривает, что обязательства сторон по оплате и выплате неустоек не прекращаются. А поскольку обеспечение исполнения контракта прежде всего имеет цель надлежащее исполнение

обязательств Поставщиком, в том числе по оплате возможных штрафных санкций, неустоек, то 31.12.2017 года не является датой окончания действия контракта в указанном вопросе.

В связи с вышеуказанным, такие формулировки п. 12.1 и п. 12.2 проекта контракта фактически не позволяют определить срок окончания действия контракта, поскольку его наступление поставлено в зависимость от срока осуществления сторонами взаимных расчетов по оплате и неустойкам.

Таким образом, при выборе способа обеспечения контракта в виде предоставления банковской гарантии участнику закупки не представляется возможным установить срок действия банковской гарантии, поскольку Заказчиком изначально не установлен срок действия контракта, при этом какого-либо порядка, позволяющего участнику закупки определить (рассчитать) срок действия банковской гарантии документация об аукционе не содержит.

Предлагаемый Заказчиком срок действия банковской гарантии не является конкретным».

Комиссия признала данный довод **необоснованным**, учитывая нижеизложенное.

В соответствии с частью 8 статьи 42 Федерального закона о контрактной системе в **извещении об осуществлении закупки должна содержаться** информация о размере обеспечения исполнения контракта, порядке предоставления такого обеспечения, **требования к такому обеспечению** (если установление требования обеспечения исполнения контракта предусмотрено статьей 96 настоящего Федерального закона), а также информация о банковском сопровождении контракта в соответствии со статьей 35 настоящего Федерального закона.

В силу пункта 8 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе **документация об аукционе должна содержать** информацию о размере обеспечения исполнения контракта, срок и порядок предоставления указанного обеспечения, **требования к обеспечению исполнения контракта**.

В соответствии с частью 3 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям [статьи 45](#) настоящего Федерального закона, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. **Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.**

Таким образом, заказчик в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке наряду со сроком и порядком предоставления обеспечения исполнения контракта должен указать требования к самому обеспечению, в том числе к **минимальному сроку его действия**.

Данное требование установлено в пункте 23 «Размер обеспечения исполнения контракта, срок и порядок предоставления такого обеспечения, требования к

обеспечению исполнения контракта, информация о банковском сопровождении контракта» документации об аукционе и пункте 5.9 проекта контракта.

Пунктами 12.1 и 12.2 проекта контракта соответственно установлено:

- «Контракт считается заключенным с момента направления оператором электронной площадки Поставщику контракта подписанного электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени Заказчика, и действует до 31.12.2017 г»;

- «Истечение срока действия контракта означает прекращение всех прав и обязанностей сторон по нему, за исключением оплаты по контракту и выплаты неустоек.

По всем остальным правам и обязанностям сторон контракт считается расторгнутым.

По истечении срока действия контракта товары, поставляемые Поставщиком, не подлежат приемке Заказчиком, а также дальнейшей их оплате».

На основании части 1 статьи 2 Федерального 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 настоящего Федерального закона и других федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в [части 1 статьи 1](#) настоящего Федерального закона.

Из пункта 1 статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации однозначно следует, что банковская гарантия является одним из способов исполнения обязательств.

В соответствии с [пунктом 2 части 2 статьи 45](#) Федерального закона о контрактной системе банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать **обязательства** принципала, **надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией**.

Понятие обязательства дано в статье 307:

- в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (пункт 1 статье 307 Гражданского кодекса Российской Федерации);

- обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем [Кодексе](#) (пункт 1 статье 307 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В силу пункта 1 статьи 407 Гражданского кодекса Российской Федерации

обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

Надлежащее исполнение прекращает обязательство (пункт 1 статьи 408 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Из указанного следует, что банковская гарантия предоставляется участником закупки в целях обеспечения им основного обязательства контракта - обязательства по поставке товара.

При этом содержание проекта контракта позволяет однозначно установить как срок исполнения поставщиком обязательств по контракту, так и срок действия контракта, в том числе в части прекращения обязательств поставщика.

Таким образом, при выборе способа обеспечения контракта в виде предоставления банковской гарантии участнику закупки представляется возможным установить срок действия банковской гарантии.

3.4. Комиссия признает **обоснованным** довод жалобы о том, что условия проекта контракта об оплате поставленного товара нарушают частью 8 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе.

На основании части 3 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе в извещении № 0352300080016000146 установлено ограничение в отношении участников закупок, которыми могут быть только субъекты малого предпринимательства, социально ориентированные некоммерческие организации.

В соответствии с требованиями абзаца первой части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе в пункте 18 документации об электронном аукционе указано, что участниками электронного аукциона могут быть только субъекты малого предпринимательства, социально ориентированные некоммерческие организации в соответствии со статьей 30 Федерального закона о контрактной системе.

Согласно части 8 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе в случае, если в извещении об осуществлении закупки установлены ограничения в соответствии с [частью 3](#) настоящей статьи, **в контракт, заключаемый с субъектом малого предпринимательства или социально ориентированной некоммерческой организацией, включается обязательное условие об оплате заказчиком поставленного товара, выполненной работы (ее результатов), оказанной услуги, отдельных этапов исполнения контракта не более чем в течение тридцати дней с даты подписания заказчиком документа о приемке, предусмотренного [частью 7 статьи 94](#) настоящего Федерального закона.**

В пункте 5.6 проекта контракта указано, что «оплата производится Заказчиком путем безналичного перечисления денежных средств на расчетный счет Поставщика после поставки товара на основании выставленных Поставщиком счет-фактур (счетов) и товарных накладных, **до 31 декабря 2017 года**».

При этом пунктом 2.1 проекта контракта предусмотрено, что «поставка товара

осуществляется Поставщиком в соответствии с условиями настоящего контракта **поэтапно на основании заявки Заказчика**. Заявка направляется Поставщику посредством любого вида связи (почтовой, факсимильной, телефонной) не менее чем за пять рабочих дней до даты поставки, и содержит наименование, количество и дату поставки, а в необходимых случаях и производителя (изготовителя) товара».

Комиссия усматривает в действиях Заказчика нарушение части 8 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе, поскольку в проекте контракта установлен общий срок оплаты поставленного товара до 31.12.2017 без учета того, что по условиям проекта контракта товар должен поставаться и приниматься партиями, поэтому при указанной формулировке срок оплаты конкретной партии товара может превысить срок, императивно установленный данной нормой Федерального закона, и при этом проект контракта **не содержит** обязательного условия об оплате заказчиком поставленного товара в срок не более чем в течение тридцати дней с даты подписания заказчиком документа о приемке.

3.5. В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со [статьей 33](#) настоящего Федерального закона, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта.

Пунктом 1 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе установлено, что описание объекта закупки должно носить объективный характер. **В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики**, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). В описание объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. Документация о закупке может содержать указание на товарные знаки в случае, если при выполнении работ, оказании услуг предполагается использовать товары, поставки которых не являются предметом контракта. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

Исходя из требований пункта 7 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе, заказчик при описании в документации о закупке объекта закупки должен руководствоваться, в частности правилом, согласно которому поставляемый товар должен быть новым товаром (товаром, который не был в употреблении, в ремонте, в том числе который не был восстановлен, у которого не была осуществлена замена составных частей, не были восстановлены

потребительские свойства) в случае, если иное не предусмотрено описанием объекта закупки.

Пункт 6 «Требования к гарантийному сроку товара и (или) объему предоставления гарантий его качества, к гарантийному обслуживанию товара, к расходам на эксплуатацию товара, к обязательности осуществления монтажа и наладки товара, к обучению лиц, осуществляющих использование и обслуживание товара. В случае определения поставщика новых машин и оборудования требования к предоставлению гарантии производителя и (или) поставщика данного товара и к сроку действия такой гарантии» документации об аукционе содержит следующее условие: «Остаточный срок годности товара, должен быть не менее 80 % от первоначального на дату поставки товара Заказчику».

В жалобе Заявителя указано:

«В п. 6 Аукционной документации указано требование о том, что остаточный срок годности товара, должен быть не менее 80 % от первоначального на дату поставки товара Заказчику.»

Указанное требование Заказчика об остаточном сроке годности товара (медицинского изделия), выраженном в процентах, по мнению Министерства экономического развития (ПИСЬМО от 6 мая 2016 г. № ОГ-Д28-6298), Федеральной антимонопольной службы России (Письмо ФАС России от 31.10.2014 № АЦ/44495/14 «О рассмотрении обращения») может повлечь за собой установление неравных условий для производителей медицинских изделий, ограничение конкуренции и количества участников закупок, остаточный срок годности таких товаров, установленный в документации о закупках государственными и муниципальными заказчиками, должен быть обоснован и определен конкретным периодом (например, в годах, месяцах, днях), в течение которого медицинские изделия сохраняют свою пригодность, либо конкретной датой, до которой указанные товары сохраняют свою пригодность для использования по назначению.

При прочих равных характеристиках закупаемых товаров одного товарного рынка заказчику необходимо обосновывать требуемый остаточный срок годности, который не может быть меньше срока, в период которого заказчик планирует использовать (применить) товар по назначению. Если заказчик устанавливает в документации требования к остаточному сроку годности товаров, то такой срок целесообразно определить периодом (например, в годах, месяцах, днях) либо конкретной датой, до которой эти товары должны сохранять пригодность.

По мнению ФАС России, в целях снижения антиконкурентных рисков и возможности ограничения количества участников закупок заказчику целесообразно избегать указания в технической документации требований к срокам годности товара, выраженных в процентах.

Таким образом, требование об остаточном сроке годности товара, указанном в аукционной документации, является нарушением пункта 2 части 1 статьи 64 Закона о контрактной системе, поскольку влекут за собой ограничение количества участников аукциона или ограничение доступа к участию в аукционе».

На указанный довод жалобы Заказчиком представлены следующие возражения:

«Заявитель жалобы в п. 6 указывает, что требование об остаточном сроке годности товара, указанное в аукционной документации (далее - АД), является нарушением п. 2 ч. 1 ст. 64 Закона №44-ФЗ, поскольку влекут за собой ограничение количества участников аукциона или ограничение доступа к участию в аукционе. В обоснование своих выводов заявитель ссылается на текст Письма ФАС России от 31.10.2014 № АЦ/44495/14 «О рассмотрении обращения» (далее - Письмо). При этом заявитель толкует положения данного Письма весьма специфическим образом, фактически упуская существенные аспекты, изложенные ФАС России. Так, **ФАС России**, указывая на целесообразность избегать указания остаточного срока годности в процентах, тем не менее, **указывает, что данное требование не является общеобязательным и вопрос об ограничении количества участников закупки необходимо рассматривать в каждом конкретном случае, исходя из обстоятельств дела.**

Указанное требование установлено Заказчиком, исходя из собственных потребностей (согласно положениям Закона № 44-ФЗ). **При этом указание остаточного срока годности в процентах не свидетельствует о безусловном ограничении конкуренции только на этом основании.** Данную позицию разделяют многие территориальные УФАС, в частности Ульяновский УФАС (Решение Ульяновского УФАС России от 13.05.2014 по делу № 10891/03-2014), Курганский УФАС (Решение Курганского УФАС России от 28.09.2016 по делу № 05-02/179-16) и другие. Такой же точки зрения придерживается и судебная практика. В частности, **Верховный Суд РФ в Определении от 18.08.2016 № 307-КГ16-9523 по делу № А05-9084/2015 справедливо указал на отсутствие законодательно установленного запрета на исчисление остаточного срока годности товара в процентах».**

Комиссия согласилась с возражениями Заказчика, отмечая, что в нарушение частей 1 и 9 статьи 105 Федерального закона о контрактной системе Заявителем не представлено документальных доказательств того, что требование об остаточном сроке годности товара, выраженное в процентах, влечет за собой ограничение количества участников закупки (например, документов, подтверждающих, что разными производителями устанавливаются различные сроки годности поставляемого товара) и при этом каким-либо образом нарушает права и законные интересы Заявителя.

В связи с указанным, Комиссия признает довод жалобы **необоснованным.**

3.6. В силу части 1 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке, заявкой, окончательным предложением участника закупки, с которым заключается контракт, за исключением случаев, в которых в соответствии с настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

На основании части 4 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе в контракт включается **обязательное** условие об ответственности заказчика и

поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом.

В соответствии с частью 5 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе в случае просрочки исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе потребовать уплаты неустоек (штрафов, пеней). Пена начисляется за каждый день просрочки исполнения обязательства, предусмотренного контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного контрактом срока исполнения обязательства. Такая пена устанавливается контрактом в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не уплаченной в срок суммы. Штрафы начисляются за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Согласно части 8 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе штрафы начисляются за неисполнение или ненадлежащее исполнение поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063 утверждены правила определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем)), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом (далее – Правила).

Согласно пункту 3 Правил размер штрафа устанавливается условиями контракта в виде фиксированной суммы, рассчитываемой как процент цены контракта или ее значения, определяемого в случаях, предусмотренных Федеральным законом о контрактной системе.

Пунктом 4 Правил установлено, что за ненадлежащее исполнение поставщиком (исполнителем, подрядчиком) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой в следующем порядке:

а) 10 процентов цены контракта в случае, если цена контракта не превышает 3 млн. рублей;

б) 5 процентов цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 3 млн. рублей до 50 млн. рублей;

в) 1 процент цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 50 млн. рублей до 100 млн. рублей;

г) 0,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта превышает 100 млн. рублей.

Пунктом 5 Правил установлено, что за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по контракту, за исключением просрочки исполнения обязательств, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой в следующем порядке:

а) 2,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта не превышает 3 млн. рублей;

б) 2 процента цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 3 млн. рублей до 50 млн. рублей;

в) 1,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 50 млн. рублей до 100 млн. рублей;

г) 0,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта превышает 100 млн. рублей.

В жалобе Заявителя указано, что пункты 9.3 и 9.5 проекта контракта, являющегося неотъемлемой частью документации об аукционе, содержат условия, не соответствующие указанным требованиям:

*«9.3. За ненадлежащее исполнение Заказчиком обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, устанавливается штраф в размере **2,5 процента** от цены контракта и составляет _____ (_____) рублей ____ копеек.*

*9.5. За неисполнение или ненадлежащее исполнение Поставщиком обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, за исключением просрочки исполнения Поставщиком обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных настоящим контрактом, устанавливается штраф в размере **10 процентов** от цены контракта и составляет _____ (_____) рублей ____ копеек».*

Изучив проект контракта, Комиссия установила следующее:

- во-первых, при цене контракта, превышающей три миллиона рублей, размер штрафа должен составлять **5 %** и **2 %** (при начальной (максимальной) цене контракта 7824127,15 руб. возможно было предположить, что цена, предложенная участниками аукциона, не будет снижена;

- во-вторых, учитывая, что контракт заключается по цене, предлагаемой участником закупки, но не превышающей начальную (максимальную) цену контракта, заказчиком целесообразно устанавливать в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, предусмотренные

Правилами, для каждого порогового значения цены контракта, за исключением пороговых значений, превышающих начальную (максимальную) цену контракта.

Иными словами, в случае, если в результате аукциона цена контракта не будет снижена до предельного значения, предусмотренного подпунктами «а» пунктов 4 и 5 Правил (менее трех миллионов рублей), Заказчик не вправе будет внести существенные изменения в контракт при его заключении. При этом результат аукциона подтверждает, что Заказчик должен был столкнуться с данной проблемой на этапе заключения контракта с победителем.

Таким образом, Заказчиком в проекте контракта не был установлен порядок определения размера штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, соответствующий требованиям Правил, что нарушает части 5 и 8 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе, в связи с чем Комиссия признала довод жалобы обоснованным.

Руководствуясь пунктом 1 части 15 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать **обоснованной** жалобу ООО «Базис» на действия БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» при осуществлении закупки «Поставка изделий для ортопедического отделения стационара для оказания высокотехнологичной медицинской помощи» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352300080016000146) **в части** нарушения предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок требований к содержанию контракта, а именно к порядку определения размера штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств, а также допущенных в извещении и документации об аукционе противоречий.

2. Признать в действиях БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» нарушение требований части 8 статьи 30, частей 1, 5 и 8 статьи 34, части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе, Постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063.

3. На основании части 22 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе выдать БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» предписание об устранении нарушений законодательства о контрактной системе в сфере закупок.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

ПРЕДПИСАНИЕ № 03-10.1/21-2017

об устранении нарушений законодательства в сфере закупок

23 января 2017 г.

г.Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее - Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «Базис» на действия БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» при осуществлении закупки «Поставка изделий для ортопедического отделения стационара для оказания высокотехнологичной медицинской помощи» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352300080016000146) (далее – электронный аукцион),

в результате проведения внеплановой проверки в соответствии с подпунктом «б» пункта 1 части 3, частью 4 и пунктом 1 части 15 статьи 99 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон о контрактной системе), установив в действиях БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» нарушение требований части 8 статьи 30, частей 1, 5 и 8 статьи 34, части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе, Постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063,

на основании своего Решения от 23.01.2017 № 03-10.1/21-2017, руководствуясь пунктом 2 части 22, частью 23 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» **в срок до 15.02.2017** при направлении проекта контракта победителю электронного аукциона внести изменения в проект контракта с учетом нарушений, указанных в Решении от 23.01.2017 № 03-10.1/21-2017, а именно:

- проект контракта **дополнить** условием об оплате поставленного и принятого товара в срок не более чем в течение тридцати дней с даты подписания заказчиком документа о приемке;

- в пункте 5.9 проекта контракта слова «Поставщик обеспечивает исполнение контракта в размере 10 %» **заменить на слова «Поставщик предоставляет обеспечение исполнения контракта в размере 5 %»**, слова «возвращается Поставщику в течение 30 банковских дней» **заменить на слова «возвращается Поставщику в течение 10 банковских дней»**;

- в пунктах 9.3 и 9.5 проекта контракта установить размер штрафа **в процентном и суммарном выражении** в зависимости от цены, предложенной победителем

закупки, в соответствии с требованиями правил определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063.

2. Оператору электронной площадки ООО «РТС-тендер» обеспечить БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» области возможность исполнения пункта 1 настоящего предписания.

3. БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4», оператору электронной площадки ООО «РТС-тендер» осуществить дальнейшее проведение процедуры определения поставщика в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок и с учетом Решения от 23.01.2017 по делу № 03-10.1/21-2017.

4. БУЗОО «Медико-санитарная часть № 4» **проинформировать** Омское УФАС России об исполнении действий, указанных в пунктах 1-2 настоящего предписания **в срок до 16.02.2017 в письменном виде с приложением подтверждающих документов.**

Контроль исполнения предписания возложить на члена Комиссии <...>.

Настоящее предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Невыполнение должностным лицом заказчика, должностным лицом уполномоченного органа, должностным лицом уполномоченного учреждения, членом комиссии по осуществлению закупок, оператором электронной площадки, специализированной организацией **в установленный срок законного предписания влечет за собой административное наказание в виде административного штрафа** в соответствии с частью 7 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.