

## РЕШЕНИЕ

12 октября 2018 г.

г.

Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Новосибирское УФАС России) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров в составе:

<...>

рассмотрев жалобу общества с ограниченной ответственностью «ХимСервис» на действия организатора закупки АО «Новосибирский механический завод «Искра» при проведении открытого одноэтапного аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN (номер извещения 31806916262), в присутствии представителя ООО «ХимСервис» <...> (доверенность № б/н от 27.09.2018г.) и представителей АО «Новосибирский механический завод «Искра» <...> (доверенность №216 от 21.08.2018г.), <...> (доверенность №54 А А 3008567 от 26.09.2018г.) и <...> (доверенность №206 от 20.08.2018г.),

### УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области поступила жалоба ООО «ХимСервис» (вх. № 7993 от 24.09.2018г.) на действия организатора закупки АО «Новосибирский механический завод «Искра» при проведении открытого одноэтапного аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN (номер извещения 31806916262).

Заявитель сообщает следующее.

13 сентября 2018 года на электронной площадке «eprf.ru» была размещена информация о проведении закупочной процедуры в форме открытого одноэтапного аукциона в электронном виде на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN, номер извещения 31806916262. (аукцион с вх. № 16977).

Организации и проведение закупки осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц".

Заказчиком и организатором закупки выступило АО «Новосибирский механический завод «Искра» (сокр. АО НМЗ «Искра») (место нахождения 630900 г. Новосибирск, населенный пункт Пашино, ул. Чекалина. 8. ИНН 5410039642).

ООО «ХимСервис» ранее неоднократно принимало участие в закупочных процедурах АО НМЗ «Искра» на право поставки иономерной смолы SURLYN, в том числе и осуществляла такие поставки по выигранным аукционам, поэтому Общество заинтересовалось размещенной информацией о новом аукционе.

Внимательно ознакомившись и изучив документацию о закупке (номер извещения 31806916262 (аукцион с вх. № 16977), ООО «ХимСервис», как будущий участник аукциона, обнаружило следующее:

Проект договора поставки иономерной смолы SURLYN, размещенного за номером извещения 31806916262 (далее по тексту «новый договор») заметно отличается по своим основным условиям от условий ранее размещенных договоров поставки иономерной смолы SURLYN.

В действующих договорах поставки оплата за товар должна производиться Покупателем на условиях отсрочки платежа сроком в 30 дней (п.2.2. действующего договора).

Новый проект договора предусматривает (п.2.2.), что Заказчик (т.е. АО НМЗ «Искра») оплачивает продукцию до ее поставки (100% предоплата), в течение 10 рабочих дней с момента заключения Договора. Начальная цена договора - 625.660 Евро (или около 50 млн. рублей).

В новом проекте договора вводится новый раздел 3 «Обеспечение исполнения договора», согласно которому Поставщик должен не позднее даты подписания договора предоставить Покупателю обеспечение исполнения договора в сумме, равной сумме авансового платежа, а) путем перечисления денежных средств на счет Покупателя или б) в виде банковской гарантии на ту же сумму.

Пункт 3.3. договора предусматривает срок действия обеспечения - по истечении 30 календарных дней с момента исполнения Поставщиком своих обязательств по договору. При этом договор не уточняет, каких именно обязательств Поставщика.

Сам проект не содержит конкретного срока окончания договора поставки.

Однако он содержит раздел 6 - «Гарантийные обязательства». Их срок согласно п.6.1, договора составляет 12 месяцев с момента передачи товара.

И в течение всего гарантийного срока Поставщик должен обеспечивать соответствие качества Товара условиям договора и нести ответственность за выявленные недостатки товара (пункт 6.3. договора).

По условиям пункта 3.2. договора поставки Обеспечение договора должно обеспечивать, в том числе, «выполнение Поставщиком следующих обязательств:

- обеспечение исполнения гарантийных обязательств;

- обеспечение уплаты штрафных санкций (неустойки, пени, штрафы), начисленных Покупателем в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения Поставщиком своих обязательств по договору».

Исходя из буквального толкования данных условий договора и закупочной документации получаем срок действия Обеспечения (обеспечительного платежа или банковской гарантии) - с момента подписания договора плюс 12 месяцев (на гарантийный срок) с момента фактической передачи товара (примерно еще 2,5 месяца на период поставки указанного объема и партии) + еще 30 календарных дней (согласно п.3.3. договора).

Итоговый срок обеспечения, суммируя вышеуказанное, составит 15,5 месяцев.

При этом в нарушении требований ст. 381.1. ГК РФ о том, что обеспечительный платеж должен быть или засчитан в счет исполнения соответствующего

обязательства или подлежать возврату, новый проект договора вообще не предусматривает зачета или возврата обеспечения.

Также Единое положение о закупках (ЕПОЗ), утвержденное ГК Ростех, дочерней компанией которой является АО НМЗ «Искра», в п. 10.11.2. ЕПОЗа предусматривает, что «Порядок и сроки внесения и возврата обеспечения исполнения договора устанавливаются в проекте договора».

ЕПОЗ головного предприятия должно являться руководящим документом для АО НМЗ «Искра».

Данная закупка осуществляется только у субъектов малого и среднего бизнеса (пункт 18 информационной карты).

Получается, что Поставщик (субъект МСП) должен внести на длительный срок (т.е. на весь период исполнения обязательств по договору, гарантийный срок и плюс еще 30 дней, всего на 15,5 месяцев) на счет Заказчика всю стоимость договора, притом, что ранее необходимо будет закупить товар у производителя для их 3-х разовой еженедельной поставки. А проект нового договора не предусматривает возврат или зачет обеспечения в нарушения норм ЕПОЗа и ГК РФ.

Второй вариант обеспечения согласно проекту договора - банковская гарантия.

ООО «ХимСервис» запросило банки, требования к которым установлены Положением о закупках (ЕПОЗ Ростеха - приложение № 10), по возможным условиям выдачи банковской гарантии для МСП.

Условия выдачи гарантии на условиях проекта договора (приложение №3 к документации о закупке) следующие:

- у АО «Газпромбанк» - в обмен на 100 % денежное покрытие + комиссия 2% годовых;
- у ПАО «ВТБ» - или 100 % денежное обеспечение +1 % комиссии или залог недвижимости минимум на 75 % + комиссия 2% годовых.

То есть и в случае предоставления банковской гарантии сроком на 15,5 месяцев ООО «ХимСервис», как субъект МСП, должен предоставить вдвойне денежные средства против цены контракта: 100 % цены в качестве обеспечения Банку и 100 % цены контракта на закупку необходимого количества товара.

По условиям действующих договоров поставки (п.3.4.) разгрузку иономерной смолы SURLYN осуществляет Покупатель, что строго соответствует Инструкции по обеспечению режима секретности в Российской Федерации (утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 5 января 2004 года №3-1).

Однако по условиям «нового договора» (п.4.2.) - «Поставщик осуществляет доставку Товара до места нахождения Покупателя, на склад, расположенный по адресу: 630900 г. Новосибирск, ул. Чекалина 8, а также своими силами производит выгрузку Товара из транспортного средства в месте разгрузки Товара, указанном Покупателем.

Ранее обязанность по разгрузке лежала на самом Покупателе, и это объяснимо, так как иономерная смола SURLYN согласно Инструкции завода-изготовителя смолы компании «DuPont» (разделу 7) требует особых мер обращения при погрузочно-разгрузочных работах. Все сотрудники отдела приемки Покупателя аттестованы для работы с химическим сырьем. Получается, что Поставщик (МСП) должен еще привлекать на режимный объект специалистов, аттестованных на работу с химическим сырьем, то есть с иономерной смолой SURLYN.

По «новому договору» «Приемка Товара осуществляется Покупателем с 9 до 12 часов и с 13.00 до 15.00 в установленные Договором дни поставки. Покупатель вправе не принимать Товар в иное время (п.4.3.).

А согласно условиям и.4.2. «нового договора» Покупатель обязан предоставить место разгрузки Товара в течение 24 часов с момента прибытия транспорта Продавца для передачи Товара.

То есть, если машина с партией Товара прибыла согласно пункту 4.1. «нового договора» в понедельник в 14 часов, то только Покупатель вправе решать - запускать машину для разгрузки или нет, так как у него есть целых 24 часа для предоставления места под разгрузку с момента приезда машины. И Поставщик тогда будет считаться просрочившим поставку товара.

А во вторник согласно пункту 4.1. нового договора Поставщик не вправе производить отгрузку.

Если при этом Покупатель опять воспользуется 24 часами для предоставления места под разгрузку второй партии, то согласно п. 1.4. «нового договора» он будет вправе расторгнуть договор поставки в одностороннем внесудебном порядке.

Необходимо заметить, что ООО «ХимСервис» обратилось к производителю иономерной смолы марки SURLYN, для уточнений условий возможного сотрудничества на условиях нового договора.

В результате обращения была получена информация о том, что к ним обратился г-н <...>, руководитель компании ООО «МеталИнвест», и ссылаясь на одобрение исполнительного директора АО НМЗ «Искра», просил о заключении договора поставки смолы иономерной со своей компанией.

<...>, сообщил, что отныне все закупки, в том числе и смолы иономерной марки SURLYN для поставок на АО НМЗ «Искра», будет осуществлять ООО «МеталИнвест».

Совместно с другой компаний - ООО «Промкомплект», они будут участвовать во всех закупочных процедурах, которые организует АО «Новосибирский механический завод «Искра», и будут совершать согласованные действия с целью победы на аукционах.

Для подтверждения данной информации на имя вице-президента компании «Dow» (производителя смолы SURLYN) поступило письмо на бланке АО НМЗ «Искра» за подписью Исполнительного директора Кондратьева С.А. от 05.07.2018 года, где указано, что АО НМЗ «Искра» согласна на смену Поставщика продукции компании «Dow» на ООО «Металинвест». Считаем, что данное письмо полностью противоречит принципам и целям федерального закона № 223-ФЗ.

Из правовой базы «Контур» ООО «ХимСервис» увидел, что в аукционе электронном виде на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN (номер извещения 31806661985) с вх. № 16237, проведенным 27 июля 2018 года (см. выше (\*)), в котором ООО «ХимСервис» было объявлено закупочной комиссией АО НМЗ «Искра» победителем, участниками под номерами «1» и «3», выступили именно ООО «МеталИнвест» (ИНН 6671430595) и ООО «Промкомплект» (ИНН 5405987458), где они и могли совершать согласованные действия.

По условиям пункта 4.1. «нового договора» Поставщик обязан поставлять смолу еженедельно по понедельникам, средам и пятницам партиями по 6,5 тонн. Всего нужно поставить в рамках нового договора 109 тонн товара.

По состоянию на 20.09.2018 ООО «ХимСервис» получило коммерческие предложения стоимости перевозки 109.000 кг смолы SURLYN в адрес Заказчика партиями по 6,5 тонн. Согласно ответам перевозчиков стоимость перевозки партии смолы составит от 135.760 рублей за машину (ООО «Трансопергрупп», ответ от 21.09.2018) до 277.000 рублей за машину (ООО «МБИ Дмитровка»). Для перевозки 109 тонн понадобится  $109/6,5 = 17$  машин. Общая стоимость перевозки составит  $1\ 35760 * 17 = 2\ 307\ 920$  рублей.

Стоимость перевозки по договору поставки партиями около 20 тн (как всегда осуществлялось ранее) составляет сумму в размере 172.000 рублей (стоимость одной машины).

В этом случае понадобится 6 машин. Стоимость перевозки составит  $172\ 000 * 6 = 1\ 032\ 000$  рубля.

Проект нового договора поставки составлен Заказчиком таким образом, что экономически более выгодные условия по доставке 6 машинами по 20 тонн и разгрузка силами завода, как неоднократно осуществлялась ранее, будет применено исключительно к «согласованным Поставщикам», в лице ООО «МеталИнвест», тогда как к остальным компаниям, и будут применены новые условия договора в части обеспечения, доставки и разгрузки товара своими силами, которые для них будут экономически невыгодны и весьма затратны.

Заявитель сообщает, что по действующему договору поставки иономерной смолы SURLYN № 3017-643-2018 от 25 мая 2018 года на условиях отсрочки платежа сроком до 30 календарных дней АО НМЗ «Искра» оплачивала поставленную ООО «ХимСервис» смолу с нарушением сроков оплаты каждой партии товара (партий было 6, срок просрочки составил от 1 до 9 дней, общий размер пени за просрочку составил 1.127.993,21 рублей, точный расчет пени указан в приложении №1 к заявлению). Ранее завод никогда не допускал просрочку в оплате.

Тогда как компаниям, «согласованных Поставщиком», завод готов делать 100 % предоплату.

14 августа 2018 года ООО «ХимСервис» обратилось с жалобой на организатора закупки - АО «Новосибирский механический завод «Искра» в Новосибирское УФАС России.

По результатам рассмотрения жалобы комиссией Новосибирского УФАС России 23 августа 2018 года было принято решение, которым жалоба ООО «ХимСервис»

на действия организатора закупки АО «Новосибирский механический завод «Искра» при проведении открытого одноэтапного аукциона в электронном виде на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN (номер извещения 31806769281) была признана обоснованной.

При рассмотрении жалобы представитель Заказчика пояснил, что на обжалуемый аукцион (номер извещения 31806769281) была подана всего одна заявка.

ООО «ХимСервис» полагает, что заявка на аукцион была подана участником, аффилированным с <...>., руководителем компании ООО «МеталИнвест».

Жалоба ООО «ХимСервис» подана в соответствии с требованиями ч.ч. 6-8 ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», принята Новосибирским УФАС России к рассмотрению.

АО «Новосибирский механический завод «Искра» представило следующие возражения на жалобу.

13.09.2018 в единой информационной системе в сфере закупок была размещена закупка иономерной смолы SURLYN, № Извещения - 31806916262, начальная (максимальная) цена договора - 625 600 евро, способ закупки - открытый аукцион в электронной форме.

Документацией о закупке предусмотрен аванс в размере 100 % стоимости Товара.

В таком случае в соответствии с требованиями пунктов 10.11.2, 10.11.8 (1) ЕПоз заказчик обязан установить требование об обеспечении исполнения договора в размере аванса.

Документацией о закупке предусмотрено предоставление обеспечения в размере 100% от цены договора.

Порядок и сроки внесения и возврата обеспечения исполнения договора установлены разделом 3 проекта Договора.

Согласно пункту 1 статьи 381.1 ГК РФ денежное обязательство, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора, по соглашению сторон могут быть обеспечены внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы (обеспечительный платеж). Обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое возникнет в будущем.

При наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения соответствующего обязательства.

В случае ненаступления в предусмотренный договором срок обстоятельств, указанных в абзаце втором пункта 1 настоящей статьи, или прекращения обеспеченного обязательства обеспечительный платеж подлежит возврату, если иное не предусмотрено соглашением сторон (пункт 2 статьи 381.1 ГК РФ).

Проектом договора предусмотрено, что возврат обеспечения производится по истечении 30 календарных дней с момента исполнения поставщиком своих обязательств по договору.

Таким образом, заказчик установил, что обеспечительный платёж подлежит возврату по истечении 30 календарных дней с момента исполнения поставщиком своих обязательств по договору, что не противоречит ни нормам ЕПоз, ни статье 381.1 ГК РФ.

Иные доводы заявителя не имеют правового значения для рассмотрения жалобы, поскольку целями регулирования требований Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» являются как создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, так и равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (ст. 3 вышеуказанного Закона). Требования закупочной документации установлены в равной степени для всех потенциальных победителей торгов. Любой потенциальный участник закупки, принимая решение об участии в торгах самостоятельно рассчитывает возможные риски, связанные с исполнением договора, риски возникновения дополнительных затрат, в том числе затрат связанных с внесением обеспечения исполнения договора, стоимостью доставки и разгрузки товара, наем персонала, необходимого для исполнения обязательств по договору и иные расходы, связанные с исполнением договора.

Аналогичные доводы были заявлены ООО «ХимСервис» в жалобе на действия АО «НМЗ «Искра» при проведении открытого аукциона в электронном виде на право заключения договора на поставку иономерной смолы Surlyn (номер извещения 31806769281) по результатам рассмотрения которой антимонопольный орган признал обоснованным только один довод - о неправомерности установления размера обеспечения. Следует отметить, что ООО «ХимСервис» не являлся участником указанного аукциона (номер извещения 3180676928).

Устранив замечания УФАС по НСО АО «НМЗ «Искра» повторно объявило аукцион, однако, ООО «ХимСервис» обратилось с жалобой на действия Общества. Предполагаем, что ООО «ХимСервис» не является участником аукциона, действия по которому оспариваются настоящей жалобой. При таких обстоятельствах учитывая, что доводы жалобы аналогичны доводам рассмотренным УФАС по НСО ранее, считаем, что действия ООО «ХимСервис» является злоупотреблением правом и имеют своей целью создание препятствий для заключения АО «НМЗ «Искра» договора поставки.

Рассмотрев по существу поступившую жалобу, представленные материалы и возражения, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к следующим выводам.

Открытый одноэтапный аукцион в электронной форме на право заключения договора поставки иономерной смолы SURLYN № 31806916262 производится в рамках положений Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

В соответствии с частью 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" целями регулирования настоящего Федерального закона являются создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц.

Согласно части 2 статьи 2 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе, порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные, связанные с обеспечением закупки, положения.

Доводы заявителя о неправомерном установлении объемов поставляемой продукции, исполнителя разгрузки товара, времени ожидания транспортного средства с момента прибытия до момента разгрузки (приема) товара не принимаются во внимание Комиссией Новосибирского УФАС России в силу тех обстоятельств, что целями регулирования требований Федерального закона от 18.07.2011г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» являются как создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, так и равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (ст. 3 вышеуказанного Закона).

Заказчик самостоятельно формирует тот объем поставляемой продукции, который необходим ему в обозначенном периоде времени (в рамках действия договора). При этом закупаемые ранее объемы той или иной продукции не могут иметь преюдициальное значение в силу тех обстоятельств, что специфика производства может меняться.

Вышеназванные требования закупочной документации установлены в равной степени для всех потенциальных победителей торгов. Любой потенциальный участник закупки, принимая решение об участии в торгах, самостоятельно рассчитывает возможную маржинальность сделки, возникающие риски понесения дополнительных затрат (в том числе затраты на эксплуатацию техники для разгрузки).

Комиссией Новосибирского УФАС России также не принимаются во внимание доводы подателя жалобы о возможных умышленных (недобросовестных) действиях заказчика, направленных на создание дискриминационных условий исполнения договора (умышленное затягивание приемки груза и т.д.) в силу тех обстоятельств, что указанные факты не имеют места быть на момент рассмотрения жалобы и не относятся к процедуре проведения торгов.

Пунктом 4.1 проекта договора поставки (неотъемлемая часть документации) установлен график поставки, еженедельно по понедельникам, средам и пятницам по 5 (пять) тонн Товара, кроме официальных праздничных дней РФ, начиная с даты подписания Договора сторонами. Таким образом довод подателя жалобы об отсутствии сроков поставки по исполняемому договору также не находит своего подтверждения.

Вместе с тем, Комиссия Новосибирского УФАС России не принимает во внимание

довод подателя жалобы о неправомерном установлении размера обеспечения исполнения договора.

Обеспечение исполнения договора может быть предоставлено либо в виде безотзывной независимой банковской гарантии, либо путем перечисления Заказчику денежных средств в качестве обеспечительного платежа указанным в Документации реквизитам.

Давая оценку указанному факту Комиссия Новосибирского УФАС России указывает на пункт 10.11.2 Положения о закупках, согласно которому в случае установления требования об обеспечении исполнения договора его размер должен составлять от 5 до 30% (от пяти до тридцати процентов) начальной (максимальной) цены (далее - НМЦ), но не менее размера аванса в случае, если проектом договора предусмотрена выплата аванса.

В случае если размер аванса превышает 30% НМЦ, требование об обеспечении исполнения договора устанавливается в размере аванса, предусмотренного проектом договора.

Таким образом, исходя из совокупного толкования вышеприведенных норм Положения о закупках, предъявление требования к победителю торгов о выплате обеспечения исполнения договора сверх 30 % от НМЦ может быть предъявлено только в том объеме, в котором участнику торгов выплачен аванс.

Размер обеспечения может быть равен размеру полученного аванса.

Однако, согласно п. 3.1 проекта договора не позднее даты подписания Договора, Поставщик представляет Покупателю обеспечение исполнения Договора в сумме, равной сумме авансового платежа, указанной в п. 2.1. Договора, путем перечисления денежных средств на указанный в Договоре счет Покупателя или в виде банковской гарантии на ту же сумму.

В свою очередь, согласно указанному п. 2.1 общая сумма Договора на момент заключения составляет \_\_\_\_\_ и включает в себя стоимость Товара, доставку, налоги, сборы, другие обязательные платежи, а также иные расходы Поставщика, связанные с исполнением Договора. Оплата производится в рублях Российской Федерации по курсу Банка России на момент оплаты.

Фактически, размер обеспечения исполнения договора составляет стоимость договора. Указанной норма также приведена в пункте 38 информационной карты, согласно которому размер обеспечения составляет 100% от цены договора, НДС не облагается.

Согласно п. 2.2 Договора поставки оплата товара производится до его поставки (в порядке 100% предоплаты) в течении 10 рабочих дней с момента заключения Договора.

Таким образом, сумма обеспечения равняется сумме аванса.

Исходя из вышеизложенного, требования Заказчика, установленные в Документации о закупке не противоречат законодательству Российской Федерации.

Учитывая изложенные обстоятельства, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «ХимСервис» на действия организатора закупки АО «Новосибирский механический завод «Искра» при проведении открытого одноэтапного аукциона в электронном виде на право заключения договора на поставку иономерной смолы SURLYN (номер извещения 31806769281) необоснованной.