

РЕШЕНИЕ

по делу №К-82/16 о нарушении законодательства
о контрактной системе в сфере закупок
05.07.2016 г. Майкоп

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Адыгея по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия УФАС) в составе: председателя Комиссии УФАС – <...>, врио руководителя Управления, членов Комиссии УФАС: главного специалиста – эксперта Управления <...>; ведущих специалистов-экспертов Управления <...> и <...>, в присутствии представителя Заказчика – Государственного казенного учреждения "Управление автомобильных дорог Республики Адыгея "Адыгеяавтодор" (далее – заказчик) <...> (доверенность №49 от 15.03.2016 года), рассмотрев жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» на действия Заказчика при проведении аукциона в электронной форме на право заключения контракта №01762000055160998 на выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Майкоп - Туапсе 7+900-км 9+900 в границах МО «Майкопский район» Республика Адыгея (далее – Аукцион), проведя внеплановую проверку на основании пункта 1 части 15 статьи 99 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о закупках), руководствуясь Административным регламентом 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 (далее – Административный регламент)

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Адыгея 28.06.2016 года поступила жалоба ООО «СТРОЙИНВЕСТ» на положения документации Аукциона.

В жалобе Заявитель указал, что в Проекте контракта Заказчиком установлено: «12.6. В случае если по каким-либо причинам обеспечение исполнения обязательств по настоящему Контракту перестало быть действительным, закончило свое действие или иным образом перестало обеспечивать исполнение Исполнителем своих обязательств по настоящему Контракту, Исполнитель обязуется в течение 5 дней представить Заказчику иное (новое) надлежащее обеспечение исполнения на тех же условиях и в том же размере, что указаны в настоящем Контракте», при этом из смысла статьи 96 Закона о закупках следует право заказчика на получение обеспечения исполнения контракта на стадии его заключения, а возможность требовать представления нового обеспечения на стадии исполнения контракта Законом не предусмотрена, при этом уменьшение размера обеспечения или изменение способа обеспечения исполнения контракта на стадии исполнения контракта является правом самого поставщика (исполнителя, подрядчика).

Заявитель также отметил в жалобе, что, устанавливая требование о предоставлении нового обеспечения, Заказчик возложил на поставщика

обязанность, не предусмотренную положениями Закона о закупках, а условие «обеспечение исполнения обязательств по настоящему Договору перестало быть действительным, закончилось свое действие или иным образом перестало обеспечивать выполнение Поставщиком своих обязательств» не конкретизировано и имеет широкое толкование, в связи с чем может возникнуть ситуация злоупотребления Заказчиком своим правом при любой потенциальной возможности отсутствия гарантий того, что представленное обеспечение исполнения контракта перестанет обеспечивать исполнение поставщиком своих обязательств.

На основании изложенного, Заявитель считает, что Заказчик нарушил часть 3 статьи 96 Закона о закупках, не предусматривающую обязанность поставщика предоставлять новое обеспечение на стадии исполнения контракта.

2) Заявитель в жалобе указал, что на основании части 4 статьи 34 Закона о закупках в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, в случае просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, заказчик направляет поставщику (подрядчику, исполнителю) требование об уплате неустоек (штрафов, пеней), при этом согласно п. 6.1 статьи 34 Закона о закупках в 2015 и 2016 годах в случаях и в порядке, которые определены Правительством Российской Федерации, заказчик предоставляет отсрочку уплаты неустоек (штрафов, пеней) и (или) осуществляет списание начисленных сумм неустоек (штрафов, пеней).

Заявитель отмечает, что во исполнение указанного пункта Закона о закупках Правительством РФ принято Постановление от 14 марта 2016 г. N 190 "О случаях и порядке предоставления заказчиком в 2016 году отсрочки уплаты неустоек (штрафов, пеней) и (или) осуществления списания начисленных сумм неустоек (штрафов, пеней)" действующее до 01.01.2017, согласно которому заказчики предоставляют отсрочку уплаты неустоек (штрафов, пеней) и (или) осуществляют списание начисленных сумм неустоек (штрафов, пеней) в случае завершения в полном объеме в 2015 или 2016 годах исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) всех обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением гарантийных обязательств, следовательно, действия Заказчика, не установившего условие отсрочки уплаты неустоек (штрафов, пеней) нарушают пункт 6.1 статьи 34 Закона о контрактной системе.

3) Заявитель указал также, что Заказчиком в проекте контракта установлено следующее:

«16.6. Расторжение Контракта допускается по соглашению сторон, по решению суда, в случае одностороннего отказа стороны Контракта от исполнения Контракта в соответствии с гражданским законодательством.

16.7. Заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения Контракта по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств», при этом отмечает, что согласно части 8 статьи 95 Закона о закупках расторжение контракта допускается, в том числе в случае одностороннего отказа стороны контракта от исполнения контракта в соответствии с гражданским законодательством, а частью 9 статьи 95 Закона о закупках предусмотрено, что заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от

исполнения контракта только по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, при условии, если это было предусмотрено контрактом».

Заявитель отмечает, что заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта только в случае, если контракт содержит положение, предусматривающее такую возможность, при этом с целью надлежащей защиты прав и законных интересов заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) в случае установления заказчиком в проекте контракта права на односторонний отказ от исполнения контракта, в проект контракта включается перечень случаев такого отказа от исполнения контракта, являющихся основаниями, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации (далее - ГК РФ) для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, в том числе:

отказ поставщика передать заказчику товар или принадлежности к нему (пункт 1 статьи 463, абзац второй статьи 464 ГК РФ);

существенное нарушение поставщиком требований к качеству товара, а именно обнаружение заказчиком неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков (пункт 2 статьи 475 ГК РФ);

невыполнение поставщиком в разумный срок требования заказчика о доукомплектовании товара (пункт 1 статьи 480 ГК РФ);

неоднократное нарушение поставщиком сроков поставки товаров (пункт 2 статьи 523 ГК РФ);

отступление подрядчика, исполнителя в работе, услуге от условий договора или иные недостатки результата работы, которые не были устранены в установленный заказчиком разумный срок, либо являются существенными и неустранимыми (пункт 3 статьи 723 ГК РФ).

По мнению Заявителя указание Заказчиком в проекте контракта положения о возможности одностороннего расторжения контракта без перечня случаев такого расторжения не соответствуют нормам действующего законодательства.

Изучив материалы дела, выслушав доводы представителя Заказчика, Комиссия УФАС установила следующее.

Заказчик на официальном сайте для размещения информации о закупках в единой информационной системе zakupki.gov.ru (далее – Официальный сайт) 10.06.2016 года размещены извещение и документация Аукциона. Начальная (максимальная) цена контракта – 11 859 553,00 рублей. Источник финансирования - средства республиканского бюджета.

Документация аукциона утверждена заказчиком в лице начальника ГКУ "Управление автомобильных дорог Республики Адыгея "Адыгеяавтодор" <...>

1. Согласно части 6 статьи 96 Закона о закупках в случае, если начальная (максимальная) цена контракта превышает пятьдесят миллионов рублей, заказчик обязан установить требование обеспечения исполнения контракта в размере от десяти до тридцати процентов начальной (максимальной) цены контракта, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса). В соответствии с частью 3 статьи 96 Закона о закупках исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям статьи 45 закона, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со

средствами, поступающими заказчику, при этом способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно.

В соответствии с пунктом 2 части 2 статьи 45 Закона о закупках банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией.

Заказчиком в Проекте контракта установлено, что в случае если по каким-либо причинам обеспечение исполнения Контракта перестало быть действительным, содержит недостоверные сведения, закончилось свое действие или иным образом перестало обеспечивать исполнение Подрядчиком своих обязательств по настоящему Контракту, Подрядчик обязуется в течение 3 (трех) банковских дней представить Заказчику иное (новое) надлежащее обеспечение исполнения настоящего Контракта на тех же условиях и в размере не менее установленного в данном разделе настоящего Контракта.

В соответствии со статьями 309, 310 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями, односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. Исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором (п. 1 ст. 329 ГК РФ).

Согласно п. 2 статьи 374 ГК РФ требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

В подпункте 2 п. 1 статьи 378 ГК РФ обязательство гаранта перед бенефициаром по гарантии прекращается окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана.

В ходе рассмотрения жалобы Заявитель представитель Заказчика пояснила, что при установлении в проекте Контракта условия о предоставлении нового обеспечения исполнения контракта Заказчиком не была нарушена часть 3 статьи 96 Закона о закупках, так как положения вышеуказанной статьи не содержат прямого запрета на включение в проект Контракта указанного условия и Заказчик считает включение такого условия в Контракт возможным в силу принципа свободы договора (п.4 ст. 421 ГК РФ), а установленное условие о предоставлении Исполнителем нового обеспечения исполнения Контракта основано на мнении Заказчика о прекращении обязательств по банковской гарантии при отзыве лицензии у банка, выдавшего такую гарантию, несмотря на то, что перечень оснований прекращения банковской гарантии в ГК РФ является исчерпывающим. Представитель Заказчика отметила, что позиция Заказчика обоснована тем, что с момента отзыва у банка лицензии считается наступившим срок исполнения его обязательств, возникших до дня ее отзыва, при этом пунктом 4 части 9 статьи 20 Федерального закона от 02.12.90 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» запрещается совершение сделок с имуществом банка, в том числе исполнение им обязательств, до даты вступления в силу решения о признании банка банкротом или до его ликвидации, т.е. фактически после отзыва лицензии банк уже не сможет исполнить свое обязательство перед бенефициаром, даже если тот предъявит

свое требование об уплате денежных средств в соответствии с статьей 374 ГК РФ, а если исполнение обязательства невозможно, то в данном случае логично применить положение статьи 416 ГК РФ, которая гласит о том, что обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает.

Также представитель Заказчика отметила, что в связи вступлением в силу с 1 января 2014 г. Закона о закупках и утратой силы Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», указанная Заявителем в 1 пункте жалобы судебная практика является не актуальной и не может применяться при рассмотрении данной жалобы, при этом в судебной практике по спорам, возникшим из отношений по Закону о закупках есть пример признания правомерным условия об обязанности Исполнителя предоставить Заказчику надлежащее обеспечение исполнения контракта, если оно перестало быть действительным, закончилось свое действие или иным образом перестало обеспечивать исполнение Исполнителем своих обязательств по Контракту (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.12.2015 N Ф04-27449/2015).

По мнению Комиссия УФАС Закон о закупках не запрещает установление Заказчиком в Проекте контракта требования о замене банковской гарантии в случае прекращения ее действия и указанное заказчиком в п. 12.6 проекта контракта не противоречит положениям Закона о закупках, следовательно, в данной части жалоба является необоснованной.

3. Заказчиком в Проекте контракта в т.ч. установлено следующее:

«16.6. Расторжение Контракта допускается по соглашению сторон, по решению суда, в случае одностороннего отказа стороны Контракта от исполнения Контракта в соответствии с гражданским законодательством.

16.7. Заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения Контракта по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств».

Согласно части 8 статьи 95 Закона о закупках расторжение контракта допускается, в том числе в случае одностороннего отказа стороны контракта от исполнения контракта в соответствии с гражданским законодательством, а частью 9 статьи 95 Закона о закупках предусмотрено, что заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта только по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, при условии, если это было предусмотрено контрактом.

Проект контракта содержит положение, предусматривающее возможность одностороннего отказа от исполнения Контракта по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, при этом положения Закона о закупках не содержат обязательного требования об обязательном включении перечня случаев такого отказа от исполнения контракта, являющихся основаниями, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств.

Минэкономразвития России и ФАС России в совместном письме от 18.02.2016 года №№324-ЕЕ/Д28и, АЦ/9777/16 указали, что с целью надлежащей защиты прав и законных интересов заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) в случае

установления заказчиком в проекте контракта права на односторонний отказ от исполнения контракта, в проект контракта целесообразно включить перечень случаев такого отказа от исполнения контракта, являющихся основаниями, предусмотренными Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, в том числе: отказ поставщика передать заказчику товар или принадлежности к нему (пункт 1 статьи 463, абзац второй статьи 464 ГК РФ);

существенное нарушение поставщиком требований к качеству товара, а именно обнаружение заказчиком неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков (пункт 2 статьи 475 ГК РФ);

невыполнение поставщиком в разумный срок требования заказчика о доукомплектовании товара (пункт 1 статьи 480 ГК РФ);

неоднократное нарушение поставщиком сроков поставки товаров (пункт 2 статьи 523 ГК РФ);

отступление подрядчика, исполнителя в работе, услуге от условий договора или иные недостатки результата работы, которые не были устранены в установленный заказчиком разумный срок, либо являются существенными и неустранимыми (пункт 3 статьи 723 ГК РФ).

Представитель Заказчика в ходе рассмотрения жалобы Заявителя отметила, что согласно части 14 статьи 34 Закона о закупках включение условия о возможности одностороннего отказа от исполнения контракта в соответствии с положениями частей 8-26 статьи 95 Закона о закупках не является обязательным, также законом не предусмотрено обязательное включение перечня случаев, предусмотренных ГК РФ, являющихся основанием для принятия решения об одностороннем отказе от исполнения контракта, при этом позиция Заказчика по данному вопросу подтверждается решением Комиссии УФАС по Волгоградской области от 03.03.2016 №5-2/23-16.

По мнению Комиссии УФАС указание в контракте перечня случаев одностороннего отказа от исполнения контракта, являющихся основаниями, предусмотренными ГК РФ для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств не является обязательным, но при этом это не означает освобождение заказчика от исполнения указанных норм, а также указанное не оказывает влияния на результат определения поставщика.

Таким образом, Заказчиком не нарушены положения Закона о закупках, в связи с чем по мнению Комиссии УФАС доводы жалобы Заявителя не обоснованы.

Руководствуясь статьями 99, 106 Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд», Административным регламентом, Комиссия УФАС РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» не обоснованной.

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