

Решение № 03-10.1/204-2016

о признании жалобы необоснованной

09 августа 2016 г.

г. Омск

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

<...>- начальника отдела контроля закупок, заместителя Председателя Комиссии;

<...> - главного специалиста-эксперта отдела контроля закупок, члена Комиссии;

<...> - специалиста-эксперта отдела защиты конкуренции, члена Комиссии,

рассмотрев жалобу общества с ограниченной ответственностью «Стройинвест» (далее также заявитель, Общество, ООО «Стройинвест») на действия уполномоченного органа – Главного управления контрактной системы Омской области и заказчика – казенного учреждения Омской области «Управление дорожного хозяйства Омской области» при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Тюкалинск - Большие Уки, участок км 128+450 - км 129+800 в Большеуковском муниципальном районе Омской области (извещение № 0152200004716000322) (далее также электронный аукцион, закупка),

в отсутствии представителей заявителя и заказчика, извещенных о дате, времени и месте рассмотрения жалобы;

в присутствии представителя уполномоченного органа - <...>,

УСТАНОВИЛА:

1. В Омское УФАС России до окончания срока подачи заявок на участие в закупке поступила (вх. № 5830э от 02.08.2016) жалоба заявителя на положения документации об электронном аукционе.

По мнению заявителя, при проведении закупки заказчиком, уполномоченным органом нарушены 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. № 5291э от 03.08.2016) уполномоченным органом были представлены (вх. № 5917 от 04.08.2016) материалы электронного аукциона, а также возражения на доводы жалобы заявителя.

Из представленных материалов следует, что 18.07.2016 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (далее – официальный сайт) были размещены извещение и документация об электронном аукционе с начальной (максимальной) ценой контракта 10100000 руб.

На момент окончания срока подачи заявок на участие в закупке (03.08.2016 в 09:00)

поступила одна заявка.

Согласно протоколу рассмотрения единственной заявки на участие в электронном аукционе от 05.08.2016 единой комиссией уполномоченного органа принято решение о соответствии заявки (Государственное предприятие Омской области «Большеуковское дорожное ремонтно-строительное управление») требованиям, установленным документацией об электронном аукционе.

3. В результате рассмотрения жалобы, представленных материалов, пояснений представителя уполномоченного органа и осуществления в соответствии с частью 15 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе внеплановой проверки Комиссия установила следующее:

3.1. В соответствии с частью 1 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе **заказчики обязаны осуществлять закупки у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций** в объеме не менее чем пятнадцать процентов совокупного годового объема закупок, рассчитанного с учетом части 1.1 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе, **путем:**

1) **проведения** открытых конкурсов, конкурсов с ограниченным участием, двухэтапных конкурсов, **электронных аукционов**, запросов котировок, запросов предложений, в которых участниками закупок являются **только** субъекты малого предпринимательства, социально ориентированные некоммерческие организации. При этом начальная (максимальная) цена контракта не должна превышать двадцать миллионов рублей;

2) **осуществления закупок с учетом положений части 5 статьи 30** Федерального закона о контрактной системе.

Частью 5 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе предусмотрено право заказчика при определении поставщика (подрядчика, исполнителя) установить в извещении об осуществлении закупки требование к поставщику (подрядчику, исполнителю), не являющемуся субъектом малого предпринимательства или социально ориентированной некоммерческой организацией, о привлечении к исполнению контракта субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций.

Согласно части 6 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе **условие о привлечении** к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в случае, предусмотренном частью 5 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе, включается в контракты с указанием объема такого привлечения, установленного в виде процента от цены контракта. Указанный объем учитывается в объеме закупок, осуществленных заказчиками у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в соответствии с частью 1 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе, и включается в отчет, указанный в части 4 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе. В контракты также должно быть включено обязательное условие о гражданско-правовой ответственности

поставщиков (подрядчиков, исполнителей) за неисполнение условия о привлечении к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций.

В жалобе заявителем указано: «В соответствии с [частью 5 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ заказчик при определении поставщика (подрядчика, исполнителя) вправе установить в извещении об осуществлении закупки требование к поставщику (подрядчику, исполнителю), не являющемуся субъектом малого предпринимательства или социально ориентированной некоммерческой организацией, о привлечении к исполнению контракта субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций.

Согласно [части 6 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ условие о привлечении к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в случае, предусмотренном [частью 5 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ, включается в контракты с указанием объема такого привлечения, установленного в виде процента от цены контракта. Указанный объем учитывается в объеме закупок, осуществленных заказчиками у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в соответствии с [частью 1 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ, и включается в отчет, указанный в [части 4 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ.

Таким образом, в случае, если в извещении об осуществлении закупки установлено указанное требование о привлечении к исполнению контракта субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций, но победителем данной закупки становится субъект малого предпринимательства или социально ориентированная некоммерческая организация, требование, предусмотренное [частью 5 статьи 30](#) Закона N 44-ФЗ, к нему не предъявляется.

При этом при подготовке проектов контрактов Заказчик должен формулировать условие о привлечении к исполнению контракта субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций с указанием на то, что данное условие не применяется в случае, если контракт заключается с поставщиком (подрядчиком, исполнителем), являющимся субъектом малого предпринимательства или социально ориентированной некоммерческой организацией.

Заказчиком в Проекте контракта вышеуказанная информация не предусмотрена».

В письменных возражениях уполномоченным органом указано на соответствие документации об электронном аукционе и проекта контракта положениям Федерального закона о контрактной системе.

В разделе 19 «Ограничение участия в определении исполнителя (участниками электронного аукциона могут быть только субъекты малого предпринимательства, социально ориентированные некоммерческие организации)» документации об электронном аукционе уполномоченным органом установлено положение,

предусмотренное пунктом 2 части 1 и частью 5 статьи 30 Федерального закона о контрактной системе, а именно: **«Не установлено. Подрядчик обязан привлечь к исполнению контракта субподрядчиков из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в объеме 30% от цены контракта».**

Аналогичное положение содержится в пункте 6.1.16 проекта контракта, а именно: *«Привлечь к исполнению настоящего контракта субподрядчиков из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций в объеме 30% от цены настоящего контракта и предоставить Муниципальному заказчику в течение 10 (десяти) дней с даты заключения с субподрядчиком договора копию такого договора. За несоблюдение данного условия Исполнитель несет ответственность в соответствии с пунктом 11.9 настоящего контракта».*

Комиссия отмечает, что в Федеральном законе о контрактной системе отсутствует правовое регулирование порядка исполнения вышеуказанного условия в случае, если победитель аукциона будет сам являться субъектом малого предпринимательства, социально ориентированной некоммерческой организацией, соответственно, привлечение к исполнению контракта субподрядчиков из числа субъектов малого предпринимательства или социально ориентированных некоммерческих организаций, если такое условие установлено в документации об аукционе, **осуществляется подрядчиком на общих основаниях** и вне зависимости от того, является он или нет субъектом малого предпринимательства или социально ориентированной некоммерческой организацией.

Учитывая изложенное, Комиссия признала данный довод жалобы заявителя **необоснованным**.

Кроме того, следует отметить следующее.

В силу 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.

Согласно пункту 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации 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).

Комиссия считает, что в данном случае **заявителем допущено злоупотребление правом**, поскольку указанный довод неоднократно являлся предметом рассмотрения жалоб заявителя (Решение Омского УФАС России № 03-10.1/176-2016, № 03-10.1/180-2016).

3.2. В жалобе заявителем указано на нарушение заказчиком, уполномоченным органом положений Федерального закона о контрактной системе, Постановления Правительства Российской Федерации от 11 марта 2016 года № 182 «О случаях и об условиях, при которых в 2016 году заказчик вправе не устанавливать требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) проекте контракта» (далее – Постановление Правительства РФ от 11.03.2016 № 182) не установивших в документации об аукционе условия о том, что «если участник закупки является бюджетным учреждением или автономным учреждением и им предложена цена контракта, сниженная не более чем на 25 процентов начальной (максимальной) цены контракта, то к таким участникам не устанавливается требование обеспечения исполнения контракта».

Не соглашаясь с данным доводом жалобы заявителя, уполномоченным органом в возражениях указано: «Положения части 8 статьи 96 Федерального закона об обеспечении исполнения контракта не применяются, если участником закупки является государственное или муниципальное казенное учреждение.

Постановлением Правительства Российской Федерации № 182 от 11 марта 2016 года «О случаях и об условиях, при которых в 2016 году заказчик вправе не устанавливать требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) проекте контракта» (далее - Постановление) установлено право, а не обязанность заказчика не устанавливать требование обеспечения исполнения контракта на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд, в случаях предусмотренных Постановлением. Если заказчик не планирует воспользоваться вышеуказанным правом, то у него не возникает обязанности по включению в проект контракта пунктов, обеспечивающих возможность не устанавливать обеспечение исполнения контракта в случаях, предусмотренных Постановлением».

Изучив содержание документации об аукционе, возражения уполномоченного органа, а также заслушав пояснения представителя уполномоченного органа, Комиссия признала довод жалобы Общества **необоснованным**, исходя из следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке, проекте контракта, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) закрытым способом должно быть установлено требование обеспечения исполнения контракта, за исключением случаев, предусмотренных [частью 2](#) настоящей статьи.

Согласно части 2 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе заказчик вправе установить требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) в проекте контракта при осуществлении закупки в случаях, предусмотренных [параграфом 3 главы 3](#) (если начальная (максимальная) цена контракта не превышает пятьсот тысяч рублей), [пунктами 2, 3, 7, 9, 10 части 2 статьи 83](#), [пунктами 1, 2](#) (если правовыми актами, предусмотренными указанным пунктом, не предусмотрена обязанность заказчика установить требование обеспечения исполнения контракта), [4 - 11, 13 - 15, 17, 20 - 23, 26, 28 - 34, 40 - 42, 44, 45](#),

[46 части 1 статьи 93](#) настоящего Федерального закона.

Частью 8 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе установлено, что положения об обеспечении исполнения контракта не применяются в случае:

- 1) заключения контракта с участником закупки, который является государственным или муниципальным казенным учреждением;
- 2) осуществления закупки услуги по предоставлению кредита;
- 3) заключения бюджетным учреждением контракта, предметом которого является выдача банковской гарантии.

Комиссия установила, что во исполнение вышеуказанных норм Федерального закона о контрактной системе в разделе 10 «Обеспечение исполнения контракта» проекта контракта указано условие о том, что *«в случае, если участником аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, является государственное или муниципальное казенное учреждение, обеспечение исполнения контракта к такому участнику не применяется и указанный раздел исключается из проекта контракта»*.

В силу части 2.1 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе наряду с предусмотренными [частью 2](#) настоящей статьи случаями, при которых заказчик **вправе** установить требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) проекте контракта, Правительство Российской Федерации вправе определить [случаи и условия](#), при которых в 2015 и 2016 годах заказчик вправе не устанавливать данное требование.

Постановлением Правительства РФ от 11.03.2016 № 182 установлены случаи и условия, при которых в 2016 году заказчик **вправе** не устанавливать требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) проекте контракта.

К данному случаю, в том числе относится тот случай, когда участник закупки является бюджетным учреждением или автономным учреждением и им предложена цена контракта, сниженная не более чем на 25 процентов начальной (максимальной) цены контракта.

Комиссия отмечает, что Постановление Правительства РФ от 11.03.2016 № 182 **устанавливает право, а не обязанность заказчика** не устанавливать требование обеспечения исполнения контракта в извещении об осуществлении закупки и (или) проекте контракта.

Таким образом, если заказчик не планирует воспользоваться вышеуказанным правом, соответственно у него и не возникает обязанности по включению в проект контракта пунктов, обеспечивающих возможность не устанавливать обеспечение исполнения контракта в случаях, предусмотренных Постановлением Правительства РФ от 11.03.2016 № 182.

При вышеуказанных обстоятельствах, Комиссия не усматривает в действиях заказчика, уполномоченного органа нарушения норм Федерального закона о контрактной системе, а также Постановления Правительства РФ от 11.03.2016 № 182

при установлении в извещении, документации об аукционе, проекте контракта обеспечения исполнения контракта.

3.3. В жалобе заявителем приведен следующий довод: «В Проекте контракта содержится следующее:

«2.8. Государственный заказчик вправе произвести оплату выполненных работ за вычетом неустойки за неисполнение, ненадлежащее исполнение обязательств Подрядчиком, рассчитанной в соответствии с настоящим контрактом».

Данные условия недопустимы в Проекте контракта, т.к. они нарушают как права Генподрядчика, так и ряд положений Налогового Кодекса РФ, Гражданского Кодекса РФ, положения ст. 34 Закона № 44-ФЗ, принципов внесения и использования обеспечения исполнения контракта».

В письменных возражениях уполномоченным органом указано, что обжалуемое заявителем условие не противоречит нормам действующего законодательства.

При этом, уполномоченным органом указано на то, что его позиция также подтверждается письмом ФАС России № АЦ/70978/15 от 10 декабря 2015 года.

Проанализировав положения документации об электронном аукционе, в том числе проект контракт, Комиссия отмечает следующее.

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

В соответствии со [статьей 432](#) Гражданского кодекса Российской Федерации договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Пунктом 1 статьи 407 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства прекращаются полностью или частично по основаниям, предусмотренным [Кодексом](#), другими законами, иными правовыми актами или договором.

В силу [пункта 2 статьи 154](#) Гражданского кодекса Российской Федерации односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны.

Статьей 410 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что обязательство прекращается полностью или частично зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил либо срок которого не указан или определен моментом востребования. В случаях, предусмотренных законом, допускается зачет встречного однородного требования, срок которого не наступил. Для зачета достаточно заявления одной стороны.

Таким образом, зачет как способ прекращения обязательства является односторонней сделкой, для совершения которой необходимы определенные условия: требования должны быть встречными, однородными, с наступившими

сроками исполнения. Кроме того для зачета достаточно заявления одной стороны.

Комиссией было установлено, что в пункте 2.8 проекта контракта указано: *«Государственный заказчик вправе произвести **оплату выполненных работ за вычетом неустойки** за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств Подрядчиком, рассчитанной в соответствии с настоящим контрактом».*

Из указанного следует, что в проекте контракта заказчиком предусмотрено право на удержание им суммы санкций, начисленных подрядчику за неисполнение, ненадлежащее исполнение обязательств при осуществлении окончательных расчетов.

Согласно положению пункта 1 статьи 330 Гражданского кодекса Российской Федерации неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник **обязан** уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Таким образом, встречные требования об уплате неустойки и о взыскании задолженности являются, по существу, денежными, то есть однородными, и при наступлении срока исполнения могут быть прекращены зачетом по правилам статьи 410 Гражданского кодекса Российской Федерации.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о том, что установленное заказчиком в проекте контракта условие об оплате *«выполненных работ за вычетом неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств Подрядчиком, рассчитанной в соответствии с настоящим контрактом»* не противоречит требованиям гражданского законодательства, в связи, с чем считает указанный довод жалобы **необоснованным**.

При этом Комиссия отмечает, что в данном случае **заявителем допущено злоупотребление правом**, поскольку указанный довод также неоднократно являлся предметом рассмотрения жалоб заявителя (Решение Омского УФАС России № 03-10.1/180-2016, № 03-10.1/199-2016).

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

РЕШИЛА:

Признать **необоснованной** жалобу общества с ограниченной ответственностью «Стройинвест» на действия уполномоченного органа – Главного управления контрактной системы Омской области и заказчика – казенного учреждения Омской области «Управление дорожного хозяйства Омской области» при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Тюкалинск - Большие Уки, участок км 128+450 - км 129+800 в Большеуковском муниципальном районе Омской области (извещение № 0152200004716000322).

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех

месяцев со дня его принятия.

Заместитель Председателя Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>