

## РЕШЕНИЕ

по жалобе № 042/07/3-36/2020

«17» января 2020 г.

г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, ведению реестра недобросовестных поставщиков, утверждению порядка рассмотрения жалоб (далее – Комиссия) в составе:

Заместителя председателя комиссии:

Членов комиссии

при ведении аудиозаписи заседания Комиссии,

при участии:

- <...> - представителя ГАУЗ КО «Областная клиническая больница скорой медицинской помощи имени М.А. Подгорбунского» (доверенность <...> от <...>),

рассмотрев в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) жалобу Общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом «ВИАЛ» и материалы жалобы № 042/07/3-36/2020,

### УСТАНОВИЛА:

09.01.2020 г. Кемеровским УФАС России принята к рассмотрению жалоба Общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом «ВИАЛ» (далее – ООО «ТД «ВИАЛ», Заявитель) (вх. № 7 э) на действия заказчика – Государственного автономного учреждения здравоохранения Кемеровской области «Областная клиническая больница скорой медицинской помощи имени М.А. Подгорбунского» (далее – ГАУЗ КО «ОКБСМП», Заказчик) при организации и проведении аукциона в электронной форме на поставку лекарственных средств. Извещение опубликовано на официальном сайте Российской Федерации в сети Интернет Единой информационной системы в сфере закупок: <http://zakupki.gov.ru> (далее – Официальный сайт) и электронной площадке [rts-tender.ru](https://rts-tender.ru) (далее – ООО «РТС-Тендер») 17.12.2019 г. под № 31908674082 (далее – Закупка).

По мнению Заявителя, Заказчик нарушил требования Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а именно: в проекте договора необоснованно установлен неравный размер ответственности сторон договора, установлено заведомо невыгодное для контрагента условие, от которого победитель закупки не может отказаться. Кроме того, условия о сроке оплаты, длительная отсрочка платежа, указанные в проекте договора, сокращают количество потенциальных участников закупки.

Уведомлением Кемеровского УФАС России от 13.01.2020 г. № 05/111 рассмотрение жалобы № 042/07/3-36/2020 было назначено на 17.01.2020 года в 14 часов 30 минут. Данное уведомление было направлено посредством электронной почты в адреса: ООО «ТД «ВИАЛ» и ГАУЗ КО «ОКБСМП».

17.01.2020 г. в адрес Кемеровского УФАС России от заказчика - ГАУЗ КО «ОКБСМП» поступил отзыв на жалобу ООО «ТД «ВИАЛ» с приложенными материалами, документами, касающимися спорных вопросов по данному аукциону в электронной форме.

На заседание Комиссии по рассмотрению жалобы № 042/07/3-36/2020 17.01.2020 г. представитель заявителя не явился. Ходатайство о рассмотрении данной жалобы в отсутствие представителя заявителя в адрес Кемеровского УФАС России не поступало.

Поскольку уведомление о принятии жалобы к рассмотрению было направлено по адресу электронной почты заявителя, указанному в тексте жалобы, Комиссия считает возможным рассмотреть жалобу № 042/07/3-36/2020 в отсутствие представителя заявителя.

На заседании Комиссии по рассмотрению жалобы № 042/07/3-36/2020 17.01.2020 г. представитель Заказчика поддержала доводы, ранее изложенные в отзыве на жалобу ООО «ТД «ВИАЛ» и отметила своё несогласие с доводами жалобы.

Представитель Заказчика на заседании Комиссии отметила, что при определении размера неустойки Заказчик вправе исходить из закрепленного в законодательстве принципа свободы договора, позволяющего сторонам договора определить его условия по своему усмотрению. Наличие условий договора в части меры ответственности поставщика не может свидетельствовать о нарушении прав поставщика. Ни один нормативно-правовой акт действующего законодательства не устанавливает запрета на установление в проекте договора оспариваемых условий ответственности.

Также, представитель Заказчика указала, что кроме случаев ограничения по срокам оплаты в сфере закупок для заказчиков в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 11.12.2014 № 1352 для субъектов малого и среднего предпринимательства, заказчик по своему усмотрению согласно Положению о закупке устанавливает в договоре срок оплаты выполненных работ, поставленного товара. Рассматриваемый проект договора и документация не содержат положений об участии в закупке только субъектов малого и среднего предпринимательства и ограничений на их участие в аукционе.

Подробно доводы Заказчика закупки изложены в отзыве на жалобу ООО «ТД

«ВИАЛ» (вх. № 167 от 17.01.2020).

Изучив имеющиеся материалы жалобы № 042/07/3-1136/2020, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

Проведение аукциона в электронной форме на поставку лекарственных средств, назначено в соответствии с планом закупки товаров, работ, услуг заказчика на 2019 год, утвержденным главным врачом ГАУЗ КО «ОКБСМП» и размещенным на Официальном сайте под № 110.

При проведении закупочной деятельности Заказчик руководствуется Положением о закупках товаров, работ, услуг для нужд ГАУЗ КО «ОКБСМП», утвержденным решением наблюдательного совета от 21.12.2018 г. № 10 (далее – Положение о закупках), которое разработано в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

Порядок и условия осуществления процедуры закупки продукции посредством аукциона в электронной форме регулируются статьями 22-26 главы 2 Положения о закупках.

Документация о проведении аукциона в электронной форме № С05-013-328-19-ОАЭФ на поставку лекарственных средств разработана в соответствии с Положением о закупках и утверждена главным врачом ГАУЗ КО «ОКБСМП» 17.12.2019 г. (далее – Документация).

17.12.2019 г. заказчиком - ГАУЗ КО «ОКБСМП» на Официальном сайте было размещено извещение № 31908674082 о проведении аукциона в электронной форме на поставку лекарственных средств.

В соответствии с извещением, опубликованным на Официальном сайте:

- дата и время окончания срока подачи заявок на участие в закупке: 09.01.2020 до 10 часов 00 минут (местное время);
- дата рассмотрения заявок на участие в аукционе: 10.01.2020 г.;
- дата и время проведения аукциона: 10 часов 00 минут (местное время) 13.01.2020 г.;
- дата подведения итогов аукциона: 14.01.2020 г.

Согласно извещению начальная (максимальная) цена договора составляла 6 359 085, 00 руб.

В соответствии с протоколом рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе от 10.01.2020 № С05-013-328-19-ОАЭФ на поставку лекарственных средств до окончания срока подачи заявок на участие в закупке (до 10 часов 00 минут 09.01.2020 г.) было подано 2 (две) заявки.

Из вышеуказанного протокола следует, что Закупочная комиссия, рассмотрев заявки участников, приняла решение о недопуске к участию в аукционе Заявки № 1 за несоответствие требованиям Заказчика.

В связи с тем, что к участию в закупке допущена только одна заявка, в соответствии со статьей 25 Положения о закупках, Заказчик вправе заключить договор с единственным участником ООО «ТОРОФАРМ» на условиях, предусмотренных Документацией.

По состоянию на 17.01.2020 г. договор на поставку лекарственных средств между ГАУЗ КО «ОКБСМП» и победителем аукциона не заключен.

1. Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В соответствии с частью 2 статьи 2 Закона о закупках 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.

Пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках определено, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами, в том числе: равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с частью 1 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) граждане и юридические лица свободны в заключение договора.

Согласно части 4 статьи 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

На основании части 1 статьи 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием вещи должника, поручительством, независимой гарантией, задатком, обеспечительным платежом и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Согласно части 1 статьи 330 ГК РФ 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. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Согласно правовой позиции, изложенной в Постановлении Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» при оценке соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства необходимо учитывать, что ни кто не вправе извлекать

преимущества из своего незаконного поведения, а также то, что неправомерное пользование чужими денежными средствами не должно быть более выгодным для должника, чем условия правомерного пользования (пункты 3, 4 статьи 1 ГК РФ).

В соответствии со статьей 333 ГК РФ если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку.

Уменьшение неустойки, определенной договором и подлежащей уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, допускается в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договоре размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.

В пункте 7.2.2 проекта Договора определено, что в случае нарушения сроков поставки или замены товара (партии товара) и (или) нарушения сроков представления документации, предусмотренных Договором, заказчик направляет Поставщику требование об уплате пеней. Пенья начисляется за каждый день просрочки исполнения Поставщиком обязательств, предусмотренных Договором, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного Договором срока исполнения обязательства, и устанавливается в размере не менее одной трехсотой действующей на дату уплаты пени ключевой ставки Центрального банка Российской Федерации от цены Договора, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему обязательств, предусмотренных договором и фактически выполненных Поставщиком.

Согласно пункту 7.2.3 раздела 7 проекта Договора в случае несоответствия товара (партии товара) объему (количеству), предусмотренному настоящим Договором, заказчик направляет Поставщику требование об уплате штрафа. Размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, и составляет 10 процентов цены Договора (сумма составляет \_\_\_руб. \_\_\_коп.).

Следует отметить, что Закон о закупках не содержит специальных требований, правил о начислении неустойки или об оплате штрафов. В ГК РФ императивные предписания относительно условий договора в части размеров штрафов и пеней также отсутствуют. Следовательно, при определении размера неустойки заказчик вправе исходить из закрепленного в ГК РФ принципа свободы договора, позволяющего сторонам договора определить его условия по своему усмотрению. Договором, заключенным по результатам закупки, проведенной согласно Закону о закупках, могут быть предусмотрены любые не противоречащие законодательству положения об ответственности контрагента.

Штрафные санкции, включая уплату неустойки, в определенных случаях прописываются в договорах, что обеспечивает гарантии заказчику.

Ссылка Заявителя на постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.09.2019 г. по делу № А40-293757/2018 не имеет правового значения для рассмотрения данной жалобы, так как указанный судебный спор передан на новое рассмотрение, а также имеет отличные обстоятельства по делу.

Ссылка ООО «ТД «ВИАЛ» на правовую позицию Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации, указанную в пункте 9 Постановления от 14.03.2014 №

16, ориентирована на ситуации при рассмотрении споров, возникающих из договоров, включая те, исполнение которых связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности. Само по себе установление в проекте договора отличающихся для сторон размеров штрафов, неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по исполнению договора не создает кредиторю преимущественных условий и не противоречит положениям статьи 330 ГК РФ.

Поскольку Поставщик самостоятельно принимает решение о своем участии в закупочных процедурах в соответствии с требованиями Закона о закупках на условиях, предложенных Заказчиком, то ознакомившись с Документацией, проектом договора от должен осознавать все последствия неисполнения договора. Наличие условий договора в части меры ответственности поставщика за его невыполнение не свидетельствует о нарушении прав данного поставщика.

Как следует из сложившейся судебной практики (Постановление арбитражного суда Волго-Вятского округа от 06.02.2018 № Ф01-6524/2017 по делу № А29-4581/2017, Постановление Апелляционного суда Западно-Сибирского округа от 05.09.2017 № Ф04-3039/2017 по делу № А67-34/2017) участник закупки не является слабой стороной при заключении договора, в связи, с чем условие о неустойке, штрафе, установленное в договоре, нельзя признать несправедливым только из-за того, что договор заключен в результате закупочных процедур.

Указанная заявителем предполагаемая сумма штрафной санкции в отношении поставщика в размере 63590,85 руб., будет явно несоразмерна потерям другой стороны - ГАУЗ КО «ОКБСМП», в случае нарушения поставщиком обязательства по поставке товара (поставка некачественного товара, не поставка) либо досрочного прекращения договора. Условия ответственности поставщика, установленные в проекте договора, которые оспариваются ООО «ТД «ВИАЛ», направлены на защиту интересов неограниченного круга лиц – пациентов, за чьи здоровье и жизнь заказчик несет ответственность.

Комиссией выявлено, что требования, установленные пунктами 7.2.2 и 7.2.3 раздела 7 рассматриваемого проекта Договора являются едиными и распространяются равно на всех участников закупки.

Таким образом, меры ответственности поставщика, установленные заказчиком в проекте договора, не являются заведомо невыгодным для контрагента условием договора, не противоречат требованиям Закона о закупках, в связи с чем, довод Заявителя о нарушении принципа равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, являются необоснованными.

2. Закон о закупках не ограничивает право заказчика устанавливать срок отсрочки оплаты по договорам.

Пунктом 2 части 8 статьи 3 Закона о закупках определено, что Правительство Российской Федерации вправе установить особенности участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупке, осуществляемой отдельными заказчиками. Такие особенности могут предусматривать обязанность отдельных заказчиков осуществлять закупки, участниками которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» утверждено Положение об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, годовом объеме таких закупок и порядке расчета указанного объема (далее – Положение о СМСП).

Заказчик в статье 36 главы 3 Положения о закупках установил особенности проведения закупок с участием субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ и услуг отдельными видами юридических лиц, следовательно, требования Положения о СМСП являются обязательными для применения Заказчиком.

Вместе с тем, Положение о закупках не содержит каких-либо ограничений, касающихся сроков оплаты товаров, работ, услуг, являющихся предметом рассматриваемой закупки.

Пунктом 3.5 раздела 3 Проекта договора на поставку лекарственных средств установлено, что оплата товара (партии товара) по настоящему договору производится заказчиком по безналичному расчету перечислением денежных средств на счет Поставщика платежными поручениями в следующем порядке, включая подпункт 3.5.1 Проекта договора: Расчеты с Поставщиком осуществляются в пределах стоимости (цены) поставленного товара (партии товара) с момента представления Поставщиком отчетной документации, указанной в п. 2.1.1 настоящего Договора и в Задании на поставку товара, и после подписания Заказчиком и Поставщиком товарных (транспортных) накладных (и/или акта сдачи-приемки товара) и иной отчетной документации, подтверждающей передачу товара по количеству и качеству в течение 180 (ста восьмидесяти) календарных дней.

Согласно пункту 4 Положения о СМСП закупки у субъектов малого и среднего предпринимательства осуществляются путем проведения предусмотренных Положением о закупке, утвержденным заказчиком в соответствии с Федеральным законом (далее - положение о закупке), торгов, иных способов закупки:

а) участниками которых являются любые лица, указанные в части 5 статьи 3 Федерального закона, в том числе субъекты малого и среднего предпринимательства;

б) участниками которых являются только субъекты малого и среднего предпринимательства;

в) в отношении участников которых заказчиком устанавливается требование о привлечении к исполнению договора субподрядчиков (соисполнителей) из числа субъектов малого и среднего предпринимательства.

В соответствии с пунктом 14(3) Положения о СМСП при осуществлении закупки в соответствии с подпунктом "а" пункта 4 настоящего Положения срок оплаты поставленных товаров (выполненных работ, оказанных услуг) по договору (отдельному этапу договора), заключенному по результатам закупки с субъектом малого и среднего предпринимательства, должен составлять не более 15 рабочих

дней со дня подписания заказчиком документа о приемке товара (выполнении работы, оказании услуги) по договору (отдельному этапу договора).

Анализ представленных документов позволил Комиссии установить, что данный аукцион в электронной форме не являлся закупкой, участниками которой были только субъекты малого и среднего предпринимательства. Документация и проект договора не содержат соответствующих ограничений для участия в процедуре закупки субъектов малого и среднего предпринимательства. Также в Документации не установлено требование о привлечении к исполнению договора субподрядчиков (соисполнителей) из числа субъектов малого и среднего предпринимательства.

Следует отметить, что при осуществлении закупки в соответствии с подпунктом "а" пункта 4 Положения о СМСП Заказчик не мог знать заранее о принадлежности (или её отсутствии) победителя закупки к субъектам малого и среднего предпринимательства, в связи, с чем Заказчик вправе установить в Документации необходимый ему срок оплаты за поставленный товар, являющийся предметом закупки.

Следовательно, в силу того, что при проведении данной закупки, участниками которой могут быть любые лица, у Заказчика отсутствует обязанность устанавливать в проекте договора срок оплаты не более 15 рабочих дней.

Однако с учетом того, что требование пункта 14(3) Постановления № 1352 является обязательным к применению для ГАУЗ КО «ОКБСМП», то срок оплаты поставленных товаров (выполненных работ, оказанных услуг) по договору, заключенному по результатам закупки с субъектом малого и среднего предпринимательства, должен составлять не более 15 рабочих дней со дня подписания заказчиком документа о приемке товара (выполнении работы, оказании услуги) по договору.

На основании вышеизложенного довод Заявителя о том, что Заказчик при проведении данного аукциона, участниками которого могут быть любые лица, неправоммерно установил в качестве условия срок оплаты поставщику в течение 180 (ста восьмидесяти) календарных дней, Комиссия считает необоснованным, так как в данной закупке все участвуют на равных условиях.

В ходе рассмотрения жалобы № 042/07/3-36/2020 Комиссией выявлено, что на участие в рассматриваемом аукционе было подано две заявки участников, следовательно, довод заявителя об установлении заказчиком в проекте договора положений, ограничивающих количество потенциальных участников закупки, также является необоснованным.

Комиссией установлено, что Заявитель неверно указывает на возможность платежа «не ранее определенной даты», подразумевая оплату по истечению установленного договором срока для взаиморасчётов. Подпунктом 3.5.1 Проекта договора предусмотрена оплата в течение 180 календарных дней со дня исполнения обязательства поставщика по поставке товара, т.е. обязательство по оплате исполняется заказчиком, начиная с первого дня после приёма товара поставщиком, но не позднее 180-го дня после приемки товара.

Таким образом, Документация Заказчика, включая проект договора, в части сроков оплаты за поставленный товар не противоречат требованиям Закона о

закупках, не нарушают законные права и интересы участников закупки, а также не сокращают количество потенциальных участников закупки.

Согласно части 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения жалобы по существу Комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений (нарушений порядка организации и проведения торгов, заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися) принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 настоящего Федерального закона.

На основании вышеизложенного Комиссия, руководствуясь статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

#### Р Е Ш И Л А:

Признать жалобу ООО «ТД «ВИАЛ» на действия заказчика ГАУЗ КО «ОКБСМП» при организации и проведении аукциона в электронной форме на поставку лекарственных средств, (извещение № 31908674082) необоснованной.

Заместитель председателя комиссии:

Члены Комиссии:

Примечание. В соответствии с ч. 23 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции решение и предписание комиссии антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке в течении трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания.