РЕШЕНИЕ № 07-15/2019-087

Дата оглашения решения: 06 мая 2019 года
город Иваново

Дата изготовления решения: 13 мая 2019 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия Ивановского УФАС России) в составе: <…>,

в присутствии представителей:

ИП <…> (далее – Заявитель, Поставщик, Принципал): <…>;

ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» (далее – Заказчик, Бенефициар): <…>,

в отсутствие представителей Департамента конкурсов и аукционов Ивановской области (далее – Уполномоченный орган) (Уполномоченный орган уведомлен о поступлении жалобы, её содержании, а также о месте и времени ее рассмотрения),

рассмотрев жалобу ИП <…> на действия ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» при заключении контракта на поставку инструментов медицинских (электронный аукцион 0133200001719000481), и в результате осуществления внеплановой проверки в соответствии с п. 1 ч. 15 ст. 99 Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе),

УСТАНОВИЛА:

25.04.2019 в Управление Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области поступила жалоба ИП <…> на действия ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» при заключении контракта на поставку инструментов медицинских (электронный аукцион 0133200001719000481).

В своей жалобе Заявитель указывает, что в качестве обеспечения исполнения контракта при его подписании предоставил банковскую гарантию №303611 от 12.04.2019, выданную Акционерным коммерческим банком «Абсолют Банк» (далее - Гарант). Заказчик в нарушение Закона о контрактной системе отказался от принятия банковской гарантии, и, как следствие, от заключения контракта. ИП <…> считает указанный отказ незаконным по следующим основаниям:

1. Согласно документации о закупке банковская гарантия должна обеспечивать своевременное и надлежащее исполнение всех обязательств поставщика по контракту, включая обязательства по уплате неустоек (штрафов, пени), предусмотренных контрактом, убытков, которые понес заказчик вследствие неисполнения и/или ненадлежащего исполнения поставщиком обязательств по контракту. В соответствии со ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В документации об электронном аукционе Заказчик прямо указал на необходимость включения в банковскую гарантию условий по возмещению именно реального ущерба, а не упущенной выгоды. Кроме того, ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» не является коммерческой организацией и не преследует цель в виде получения прибыли, соответственно, не может иметь упущенной выгоды. Таким образом, основание, указанное в п. 1 протокола отказа от заключения контракта от 19.04.2019, является необоснованным.

2. В документации о закупке не конкретизирован порядок рассмотрения Гарантом требования ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» по обеспечению требования Заказчика на бесспорное списание денежных средств. Согласно п. 8 банковской гарантии Гарант в течение 5 дней со дня получения требования платежа по гарантии обязан удовлетворить требование Заказчика, либо направить мотивированный отзыв. Указанный пункт банковской гарантии соответствует п. 2 ст. 375 Гражданского кодекса Российской Федерации, а именно: Гарант должен рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в течение пяти дней со дня, следующего за днем получения требования со всеми приложенными к нему документами, и, если требование признано им надлежащим, произвести платеж. Условиями независимой гарантии может быть предусмотрен иной срок рассмотрения требования, не превышающий тридцати дней. Согласно ст. 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним. Таким образом,

законодательством определены условия, при которых уведомление считается доставленным. П. 8 банковской гарантии на Заказчика не возлагаются не предусмотренные законом обязанности в виде обеспечения получения требования платежа, так как в силу ст. 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации в наличии обязанности обеспечивать получение требования нет необходимости. Кроме того, п. 8 банковской гарантии регламентирует порядок рассмотрения требования, а не порядок его направления Заказчиком и получения Гарантом. Следовательно, указанное в п. 2 протокола отказа от заключения контракта от 19.04.2019 основание незаконно.

3. Банковская гарантия содержит отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам Принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта, а именно: «Гарантия предоставлена под отлагательным условием, а именно: при условии заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии №НБГК-303611-44ФЗ-Т по обязательствам Принципала, возникшим из контракта, в случае предоставления гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта». Указанное условие банковской гарантии наступает только в случае, если гарантия предоставляется в качестве обеспечения исполнения контракта. Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 370 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них. Таким образом, указанная в п. 14 банковской гарантии формулировка не является нарушением Закона о контрактной системе и не может быть основанием для признания банковской гарантии не соответствующей. Данная позиция находит свое отражение в решении ФАС России по делу №К-1554/17 от 10.11.2017, а также в постановлении Арбитражного суда Центрального округа по делу №А84-2767/2017 от 22.05.2018.

ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» в своих возражениях на жалобу, а также его представители на заседании Комиссии Ивановского УФАС России указали, что банковская гарантия, представленная ИП <…> в качестве обеспечения исполнения контракта, не соответствует ч. 2, 3 ст. 45 Закона о контрактной системе, а также документации о закупке.

Рассмотрев представленные Заявителем, Заказчиком, Уполномоченным органом документы, заслушав представителей лиц, участвующих в

рассмотрении жалобы, проведя внеплановую проверку в соответствии с ч. 15 ст. 99 Закона о контрактной системе, Комиссия Ивановского УФАС России установила следующее.

13.03.2019 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети Интернет было размещено извещение 0133200001719000481 о проведении электронного аукциона на поставку инструментов медицинских, а также соответствующая документация о закупке.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке, протоколами, составленными в ходе проведения электронного аукциона:

1) начальная (максимальная) цена контракта – 2 107 963 руб. 86 коп.;

2) дата и время окончания подачи заявок – 25.03.2019 08:00;

3) дата проведения электронного аукциона – 29.03.2019;

4) согласно протоколу №0133200001719000481-1/571 рассмотрения первых частей заявок на участие в электронном аукционе от 26.03.2019 по окончании срока подачи заявок на участие в электронном аукционе было подано 4 заявки, к участию в электронном аукционе были допущены все участники закупки (идентификационные номера заявок: 10, 114, 132, 90);

5) в протоколе проведения электронного аукциона от 29.03.2019 указано:

Номер заявки	Дата и время подачи предложения	Признак ценового предложения	Предложенная цена, российский рубль
10	29.03.2019 12:27	Понижение	2 076 344,40
132	29.03.2019 13:07	Понижение	1 665 291,42
90	29.03.2019 13:07	Понижение	1 675 831,24

6) согласно протоколу №0133200001719000481-3/571.1 подведения итогов аукциона в электронной форме от 02.04.2019 заявки участников закупки с идентификационными номерами заявок 10 (ООО «Медитех»), 90 (ООО «Урал Мед»), 132 (ИП <…>) были признаны соответствующими требованиям Закона о контрактной системе, документации об электронном аукционе. Победителем был признан ИП <…>.

В соответствии с ч. 1 ст. 96 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 ч. 2 ст. 96 Закона о контрактной системе.

Согласно п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке контракт заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в соответствии с Законом о контрактной системе. Документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта предоставляется Заказчику одновременно с проектом контракта. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. Исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям ст. 45 Закона о контрактной системе, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику…

На основании ч. 4 ст. 96 Закона о контрактной системе контракт заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в соответствии с Законом о контрактной системе.

ИП <…> в качестве обеспечения исполнения контракта на поставку инструментов медицинских была представлена банковская гарантия №303611 от 12.04.2019.

Согласно ч. 5, 7 ст. 45 Закона о контрактной системе заказчик рассматривает поступившую в качестве обеспечения исполнения контракта банковскую гарантию в срок, не превышающий трех рабочих дней со дня ее поступления. В случае отказа в принятии банковской гарантии заказчик в срок, установленный ч. 5 ст. 45 Закона о контрактной системе, информирует в письменной форме или в форме электронного документа об этом лицо, предоставившее банковскую гарантию, с указанием причин, послуживших основанием для отказа.

Заказчик в принятии указанной банковской гарантии отказал, составив 19.04.2019 протокол отказа от заключения контракта.

Относительно **первого довода жалобы** Комиссия Ивановского УФАС России установила следующее.

В протоколе отказа от заключения контракта от 19.04.2019, в том числе указано следующее:

«Согласно п. 3 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 обстоятельствами, при наступлении которых Гарантом выплачивается Бенефициару сумма гарантии или ее часть, являются обстоятельства неисполнения или ненадлежащего исполнения Принципалом своих обязательств по контракту, в результате которых у Принципала возникают следующие обязательства перед Бенефициаром:

3.1. Обязательства уплатить суммы неустоек (штрафов, пеней), предусмотренных контрактом;

3.2. Обязательства уплатить суммы убытков (за исключением упущенной выгоды) в случае расторжения контракта по причине его неисполнения или ненадлежащего исполнения Принципалом;

3.3. Обязательства по возврату аванса (если выплата аванса предусмотрена контрактом, а требование по гарантии предъявлено в случае ненадлежащего исполнения Принципалом обязательств по возврату аванса).

Банковская гарантия №303611 от 12.04.2019 в нарушение требований п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке не обеспечивает исполнение всех обязательств Поставщика по контракту. В частности, банковской гарантией установлена возможность возмещения Бенефициару убытков только лишь в случае расторжения контракта, в то время как ст. 15, 393 Гражданского кодекса Российской Федерации право на взыскание убытков не обусловлено действиями сторон по расторжению договорных обязательств. Убытки могут быть взысканы в рамках действующего контракта. Возмещение убытков не препятствует дальнейшему надлежащему исполнению контракта… Банковской гарантией №303611 от 12.04.2019 возможность возмещения убытков в виде упущенной выгоды не обеспечивается».

В соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе банковская гарантия должна содержать обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией.

Согласно п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке банковская гарантия должна обеспечивать своевременное и надлежащее исполнение всех обязательств поставщика по контракту, включая обязательства по уплате неустоек (штрафов, пени), предусмотренных контрактом, убытков, которые понес заказчик вследствие неисполнения и/или ненадлежащего исполнения поставщиком обязательств по контракту.

Комиссия Ивановского УФАС России, изучив положения банковской гарантии

№303611 от 12.04.2019, полагает, что в нарушение требований, изложенных в п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке, банковская гарантия не обеспечивает исполнение всех обязательств Поставщика по контракту, в частности банковской гарантией установлена возможность возмещения Бенефициару убытков только лишь в случае расторжения контракта.

На основании ч. 1 ст. 2 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 ч. 1 ст. 1 Закона о контрактной системе.

Согласно ч. 2 ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Между тем, банковской гарантией №303611 от 12.04.2019 возможность возмещения убытков в виде упущенной выгоды не обеспечивается, что также противоречит п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке.

Комиссия Ивановского УФАС России находит несостоятельным довод Заявителя о том, что в документации об электронном аукционе Заказчик прямо указал на необходимость включения в банковскую гарантию условий по возмещению именно реального ущерба, а не упущенной выгоды, кроме того, ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» не является коммерческой организацией и не преследует цель в виде получения прибыли, ввиду следующего.

Как отражено выше, под убытками понимается, как реальный ущерб, так и упущенная выгода. Кроме того, согласно представленным Заказчиком пояснениям, составляющие объект закупки медицинские инструменты закупались для комплектования ультразвукового хирургического прибора, предназначенного для пересечения и коагуляции тканей. Данный прибор используется в тех случаях, когда необходимо сократить объем кровопотери и уменьшить термическое повреждение тканей. В ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» данный прибор используется в целях проведения хирургических вмешательств на паренхиме печени и на поджелудочной железе. В случае просрочки поставки указанных медицинских инструментов, поставки некачественных инструментов, Заказчик будет вынужден отказать в оказании медицинской помощи пациентам с указанной патологией, и

перенаправить их в другое лечебное учреждение. Учитывая тот факт, что тарифы за подобные случаи хирургического лечения составляют в среднем около 20 тыс. руб. за законченный случай, Заказчик не дополучит эти денежные средства (доходы), что и составит упущенную выгоду лечебного учреждения.

На основании п. 3 ч. 6 ст. 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

На основании указанного выше, первый довод жалобы является необоснованным, банковская гарантия не соответствует требованиям документации о закупке. Указанная позиция Ивановского УФАС России подтверждается судебной практикой по делу №А17-5471/2018.

Второй довод жалобы Комиссия Ивановского УФАС России считает необоснованным ввиду следующего.

В протоколе отказа от заключения контракта от 19.04.2019, в том числе указано следующее: «Согласно п. 8 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 условие о праве Заказчика на бесспорное списание денежных средств со счета Гаранта применяется не в случае направления требования Заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, а в случае его получения Гарантом, что противоречит ч. 3 ст. 45 Закона о контрактной системе. П. 8 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 возлагает на Заказчика не предусмотренную Законом о контрактной системе обязанность: обеспечить получение требования платежа по банковской гарантии Гарантом».

На основании п. 1, 8 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 гарантия вступает в силу с 12 апреля 2019 года и действует по 31 июля 2019 года включительно. Гарант в течение 5 (Пяти) рабочих дней со дня получения требования платежа по гарантии и указанных в гарантии документов от Бенефициара обязан удовлетворить требование Бенефициара, либо направить Бенефициару мотивированный отказ. Гарант отказывает Бенефициару в удовлетворении его требования платежа по гарантии, если это требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо получены Гарантом по окончании срока действия гарантии.

В силу ч. 3 ст. 45 Закона о контрактной системе в случае, предусмотренном извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке, проектом

контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), в банковскую гарантию включается условие о праве заказчика на бесспорное списание денежных средств со счета гаранта, если гарантом в срок не более чем пять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, направленное до окончания срока действия банковской гарантии. Указанное условие содержится в п. 43 раздела II «Информационная карта аукциона в электронной форме» документации о закупке.

Из п. 8 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 следует, что на Заказчика возлагается не предусмотренная Законом о контрактной системе обязанность – обеспечить получение требования Гарантом не позднее последнего дня срока действия гарантии. В случае уклонения Гаранта от получения требования, с учетом положений банковской гарантии №303611 от 12.04.2019, у Заказчика никогда не возникнет права на получение денежных выплат.

Статьей 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. **Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним**. Правила п. 1 ст. 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации применяются, если иное не предусмотрено законом или условиями сделки либо не следует из обычая или из практики, установившейся во взаимоотношениях сторон.

В рассматриваемом случае банковская гарантия устанавливает иные условия: не с момента доставки требования, а с момента его получения, что противоречит ч. 3 ст. 45 Закона о контрактной системе.

Третий довод жалобы Комиссия Ивановского УФАС России считает необоснованным ввиду следующего.

В протоколе отказа от заключения контракта от 19.04.2019, в том числе указано следующее:

«П. 14 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 предусмотрено, что гарантия предоставлена под отлагательным условием, а именно: при условии заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии №НБГК-303611-44ФЗ-Т по обязательствам Принципала, возникшим из контракта, в случае предоставления гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта. То

есть п. 14 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 не соответствует требованиям п. 6 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе, так как в силу данной нормы отлагательное условие по банковской гарантии может быть поставлено в зависимость лишь от действий Заказчика и Поставщика по заключению контракта, в то время как предусмотренное банковской гарантией отлагательное условие обусловлено и поставлено в зависимость от факта заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии».

Согласно п. 6 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта.

Согласно ч. 1 ст. 157 Гражданского кодекса Российской Федерации сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит.

П. 14 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 предусмотрено, что гарантия предоставлена под отлагательным условием, а именно: при условии заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии №НБГК-303611-44ФЗ-Т по обязательствам Принципала, возникшим из контракта, в случае предоставления гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта.

П. 14 банковской гарантии №303611 от 12.04.2019 не соответствует требованиям п. 6 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе, т.к. в силу данной нормы отлагательное условие по банковской гарантии может быть поставлено в зависимость лишь от действий Заказчика и Общества по заключению государственного контракта, в то время как предусмотренное банковской гарантией отлагательное условие обусловлено и поставлено в зависимость от факта заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии. Указанная позиция Ивановского УФАС России подтверждается судебной практикой по делу №А17-5471/2018. Ссылка Заявителя на акты по другим делам является несостоятельной, поскольку они приняты при других фактических обстоятельствах.

Следовательно, Заказчиком правомерно отказано в принятии банковской гарантии по третьему основанию, указанному в протоколе отказа от заключения контракта от 19.04.2019.

На основании ч. 6 ст. 45 Закона о контрактной системе основанием для

отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является:

1) отсутствие информации о банковской гарантии в предусмотренных ст. 45 Закона о контрактной системе реестрах банковских гарантий;

2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в ч. 2 и 3 ст. 45 Закона о контрактной системе;

3) несоответствие банковской гарантии требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

В рассматриваемом случае положения банковской гарантии не соответствуют ч. 2, 3 ст. 45 Закона о контрактной системе, документации о закупке.

Учитывая изложенное, Заказчиком правомерно принято решение об отказе в принятии банковской гарантии.

Руководствуясь ст. 99, 106 Закона о контрактной системе, Комиссия Ивановского УФАС России

Р Е Ш И Л А:

Признать жалобу ИП <…> на действия ОБУЗ «Городская клиническая больница №4» при заключении контракта на поставку инструментов медицинских (электронный аукцион 0133200001719000481) необоснованной.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с даты его принятия.

Подписи членов Комиссии