

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по делу № 2-19-6812/77-18 о проверке сведений необходимости включения в реестр недобросовестных поставщиков

04.06.2018 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия),

в присутствии:

представителя ГАОУ ВО МПГУ — <...> (по доверенности 04.06.2018 № 86/Д),

представителя ООО «М-101» - <...>, <...> (по доверенности от 04.06.2018 № б/н), <...> (на основании приказа от 16.01.2018 № 1-17),

рассмотрев обращение о проведении проверки факта уклонения ООО «М-101» (далее - Общество) от заключения договора с ГАОУ ВО МПГУ (далее - Заказчик), поданное в соответствии со статьей 5 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), постановлением Правительства Российской Федерации от 22.11.2012 № 1211 «О ведении реестра недобросовестных поставщиков, предусмотренного законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Обращение),

УСТАНОВИЛА:

02.04.2018 в Московское УФАС России поступило обращение Заказчика, о проведении проверки факта уклонения Общества от заключения договора при проведении открытого аукциона в электронной форме на выполнение комплекса энергосберегающих мероприятий и проведение ремонтных работ в бассейне Университета (СМП и ССП) (реестровый № 31705971357) (далее — Аукцион).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в обращении, возражениях на них и в выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно представленным материалам и информации 28.12.2017 размещено извещение о проведении Аукциона. Дата подведения итогов — 31.01.2018.

Порядок заключения договора установлен разделом 6 «Аукционной документации на выполнение комплекса энергосберегающих мероприятий и проведение ремонтных работ в бассейне университета (СМП И ССП)» (далее — Документация).

Согласно пункту 6.3 Документации заключение договора по итогам Аукциона осуществляется не ранее 10 и не позднее 20 дней с момента подписания протокола проведения Аукциона.

Итоговый Протокол, определяющий победителя Аукциона, размещен в ЕИС

31.01.2018.

Согласно статье 191 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее —ГК РФ), течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

С учетом изложенного, согласно пункту 6.4 Документации Обществу необходимо было в срок до 19.02.2018 (включительно) направить в адрес Заказчика подписанный договор, а также обеспечение исполнение договора.

Общество было осведомлено о подобном порядке заключения договора.

Однако представителем Общества на заседании Комиссии ошибочно указывается, что документы необходимо было представить 22.02.2018, то есть с момента размещения проекта договора.

Между тем по состоянию на 19.02.2018 Заказчиком не получен ни проект договора, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени участника, ни документ об обеспечении исполнения договора, а только протокол разногласий от 17.02.2018.

Таким образом, в соответствии с пунктом 6.4 Документации участник Аукциона, ООО «М-101» признан Заказчиком уклонившимся от заключения договора в связи с нарушением пункта 6.3 Документации.

Вместе с тем, материалами дела подтверждается, а Обществом в то же время оспаривается то обстоятельство, что им в установленный срок проект контракта подписан не был, обеспечение исполнения контракта также не было представлено.

При этом, ссылки Общества на отсутствие в его действиях признаков недобросовестности в настоящем случае не имеют правового значения, поскольку в контексте аукционной документации неподписание проекта контракта и непредставление обеспечения его исполнения является самостоятельным основанием для признания общества уклонившимся от заключения контракта.

Вместе с тем, гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из действий граждан и юридических лиц (часть 1 статьи 8 ГК РФ).

В этой связи, хозяйствующий субъект, самостоятельно принявший решение участвовать в конкурентной процедуре, по итогам которой будет решен вопрос о заключении договора, принимает на себя все обязанности, связанные с соответствующим участием.

При этом Комиссия учитывает, что все организационно-правовые мероприятия, связанные с участием в Аукционе являются сопутствующими предпринимательской деятельности рисками, которые относятся на лицо, изъявившее желание получить доступ к конкурентной процедуре.

Кроме того, реализуя свое право на участие в Аукционе, ООО «М-101», согласившись на условия проведения процедуры, подало соответствующую заявку, по итогам Аукциона признано победителем.

Приведенные Обществом доводы об отсутствии умысла при ненадлежащем исполнении положений Закона не могут быть приняты во внимание, так как уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, так и в их совершении по неосторожности, когда участник Аукциона по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению соответствующих норм и правил.

В такой конкурентной процедуре заключение договора является уже не правом лица, от которого оно может отказаться, а обязанностью, исходя из положений статьи 5 Закона о закупках.

В силу части 1 статьи 10 ГК РФ, 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).

Согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения.

Как отмечено в определении Верховного Суда от 07.08.2015 № 305-КГ15-9489 и вопреки утверждению Заявителя об обратном, уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, так и в их совершении по неосторожности, когда участник Закупки по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению соответствующих норм и правил.

Кроме того, исходя из позиции Арбитражного суда Московского округа, изложенной в постановлении от 13.05.2016 по делу № 204155/2015, включение участника закупки в реестр недобросовестных поставщиков возможно только при наличии в действиях такого поставщика (подрядчика, исполнителя) недобросовестного поведения. При этом недобросовестность юридического лица должна определяться не его виной, то есть субъективным отношением к содеянному, а исключительно той степенью заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота.

Таким образом, основанием для включения сведений в реестр недобросовестных поставщиков является такое уклонение лица от заключения контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им действий (бездействия) в противоречие требованиям действующего законодательства Российской Федерации о закупках, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с этим лицом как с признанным победителем Аукциона и нарушающих права Заказчика относительно условий и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием денежных средств, что приводит к нарушению обеспечения публичных интересов в

указанных правоотношениях.

Необходимо отметить, что ни действующим законодательством Российской Федерации о закупках, ни аукционной документацией в рамках в проведенной процедуры не запрещено подписание проект контракта в последний отведенный для этого день.

В то же время, необходимо принимать во внимание, что в контексте части 1 статьи 8 ГК РФ победитель закупки, откладывая подписание контракта на последние отведенные для этого дни, принимает на себя и все риски, связанные с совершением таких действий и последующей оценкой его действий контролирующим органом в ходе разрешения вопроса о необходимости включения сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков.

В свою очередь, применительно к упомянутой ранее судебной практике затягивание процедуры подписания контракта до последнего отведенного на это дня само по себе свидетельствует о неосмотрительности и ненадлежащей степени заботливости хозяйствующего субъекта, которая от него требовалась при вступлении в рассматриваемые правоотношения.

Также, в обоснование собственной добросовестности и наличия истинной заинтересованности в заключении контракта Общество ссылается на получение банковской гарантии для обеспечения договора.

Банковская гарантия является факультативным обязательством, которое тесно связано с исполнением сторонами обеспечиваемых по договору основных обязательств.

Так, реализация выданной банковской гарантии зависит от предусмотренных основным обязательством прав и обязанностей сторон. Необходимо обратить внимание, что институт обеспечения исполнения обязательств служит защитой от недобросовестных поставщиков и является для заказчика гарантией качественного и своевременного исполнения победителем своих обязательств по контракту. Все условия, которые устанавливает Заказчик, направлены на защиту и поддержание его интересов и являются для него гарантией предоставленных ему прав.

Необходимо отметить, что подписание проекта контракта и представление обеспечения его исполнения являются взаимосвязанными действиями, но могут не являться одновременными ввиду отсутствия в аукционной документации указания обратного. Таким образом, обеспечение исполнения контракта могло быть представлено Заказчику до момента заключения контракта, чего, однако, Обществом, как следует из материалов дела, обеспечение исполнения контракта до 19.02.2018 представлено не было.

Иного периода для предоставления банковской гарантии ни Законом, ни документацией Заказчика не предусмотрено. Соответственно, все действия добросовестного участника закупки, направленные на заключение договора, должны быть исполнены до 19.02.2018.

При этом, у Заказчика отсутствует обязанность по принятию исправленной банковской гарантии, тогда как Заказчику требовалось надлежащее обеспечение

в соответствующей его требованиям форме в установленный срок. Соответственно, когда возможность его получения была не реализована. Заказчик действовал согласно требованиям Положения о закупках. Кроме того, доводы Общества сводятся к тому, что Комиссия должна была признать его добросовестным ввиду того, что Обществом была представлена исправленная версия банковской гарантии.

Вместе с тем, подобный подход к оценке действий Заявителя не мог способствовать всестороннему и объективному исследованию и оценке обстоятельств дела, а также защите прав и законных интересов Заказчика, что не соответствовало бы балансу частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П.

Комиссией отмечается, что в случае несогласия с положениями документации общество также имело право обжалования порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, поскольку проект договора является неотъемлемой частью аукционной документации, чего Обществом не было сделано.

Ссылка Общества о надлежащей заботливости и осмотрительности ввиду направления протокола разногласий по поводу изменения сроков работ по графику представляет собой лишь попытку изменения договора, заключенного по правилам Закона о закупках, которое повлияет на его условия по сравнению с условиями документации о закупке, имевшими существенное значение для формирования заявок, определения победителя, определения цены договора. Согласно Обзору судебной практики от 16.05.2018 по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ, такое изменение не допускается.

Такое изменение является произвольным, направлено на нивелирование условий проведенного аукциона (в частности, договор содержал условие о неизменности цены договора), не соответствует принципам осуществления закупок (эффективности, обеспечения конкуренции, недопущения злоупотреблений, в том числе коррупции), нарушает требования пункта 8 статьи 448 ГК РФ (в редакции, действовавшей на момент рассмотрения спора, до 01.06.2018) о недопущении изменения договора, которое влияет на его условия, имевшие существенное значение для определения цены

Принимая решение об участии в процедуре и подавая соответствующую заявку, участник должен сознавать возможность наступления для него неблагоприятных последствий в случае признания его победителем и уклонения от заключения договора в дальнейшем.

Таким образом, довод Общества отклоняется, как не соответствующий материалам дела.

Оценивая действия Общества в указанной части, следует признать, что названные действия направлены не на подтверждение собственной добросовестности и заинтересованности в заключении контракта, а исключительно на изыскание всевозможных способов избежания мер публично-правовой ответственности с приданием своим действиям видимости законности.

Кроме того, как следует из материалов дела, контракт по итогам проведенной процедуры обществом так и не был подписан.

Доказательств невозможности соблюдения заявителем положений действующего законодательства по причинам, не зависящим от него, не представлено, а Комиссией не установлено.

В действиях ООО «М-101» на этапе заключения договора наличествовало явное отклонение от правил и обычаев делового оборота, а также, по сути, от требований публичного правопорядка, учитывая статус Заказчика и проведенную процедуру.

Более того, приведенные заявителем ссылки на свою добросовестность при заключении контракта не соответствуют действительности.

В соответствии с частью 2 статьи 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

В настоящем случае недобросовестность Общества выразилась в халатном, непредусмотрительном, ненадлежащем исполнении своих обязанностей, возникающих из требований закона к процедуре заключения контракта по результатам проведенной процедуры.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в определении от 11.05.2012 № ВАС-5621/12 об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, включение общества в реестр недобросовестных поставщиков не подавляет экономическую самостоятельность и инициативу общества, не ограничивает чрезмерно его право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также право частной собственности и в данном случае не препятствует осуществлению хозяйственной деятельности общества.

Комиссия считает, что ООО «М-101» не проявило должной степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру обязательств, что, в итоге, привело к незаключению договора, а следовательно, к нарушению нормального (обычного) режима функционирования Заказчика.

Подобные действия участника нарушают нормальный ход Аукциона, поскольку завершение процедуры каким-либо иным образом, кроме как заключением договора, является неприемлемым, что влечет за собой необходимость обращения Заказчика к административному органу.

Комиссия, оценив фактические обстоятельства в их совокупности и взаимосвязи, приходит к выводу, что факт уклонения ООО «М-101» от заключения договора, а равно наличие в действиях последнего признаков недобросовестности, подтверждены.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 5 Закона о закупках, Комиссия

ЗАКЛЮЧИЛА:

1. В действиях ООО «М-101» установлен факт уклонения от заключения договора с ГАОУ ВО МПГУ.

2. Рекомендовать включить ООО «М-101» (ИНН: 5032268313 адрес местонахождения: Россия, 143050, Московская обл., Одинцовский р-н, Можайское ш., Большие Вяземы Рабочий п., д. 6-2) в реестр недобросовестных поставщиков, предусмотренный Законом о закупках.

Примечание: в соответствии с частью 6 статьи 5 Закона о закупках включение сведений (но не заключение территориального органа о наличии оснований для включения в реестр) об участнике закупки, уклонившемся от заключения договора, о поставщике (исполнителе, подрядчике), с которым договор расторгнут в связи с существенным нарушением им договора, в реестр недобросовестных поставщиков или содержание таких сведений в реестре недобросовестных поставщиков может быть обжаловано заинтересованным лицом в судебном порядке.