Р Е Ш Е Н И Е РНП - №37 - 139

по делу №037/06/104-447/2019 (07-02/2019-139) об отказе во включении сведений о недобросовестном исполнителе в Реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей)

Дата принятия решения: 12 ноября 2019 года
город Иваново

Дата изготовления решения: 15 ноября 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:

ООО «Открытие» (далее – Общество, Принципал): <…>,

ОБУЗ «1-я городская клиническая больница» (далее – Заказчик, Бенефициар): <…>,

у с т а н о в и л а:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области 05.11.2019 от ОБУЗ «1-я городская клиническая больница» поступили материалы, свидетельствующие о признании ООО «Открытие» (ИНН: 5263137950; 603003, Нижегородская область, г. Нижний Новгород, ул. Культуры, д. 6, помещение П5, оф. 2) уклонившимся от заключения контракта на оказание услуг по монтажу локально-вычислительной сети ОБУЗ 1 ГКБ (электронный аукцион 0133200001719002824) в соответствии с Федеральным законом 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).

Ивановским УФАС России на основании ст. 104 Закона о контрактной системе и Постановления Правительства РФ от 25.11.2013 №1062 «О ведении реестра недобросовестных поставщиков (исполнителей, подрядчиков)» было решено провести проверку факта уклонения Общества от заключения контракта.

Рассмотрев представленные ООО «Открытие», ОБУЗ «1-я городская

клиническая больница», ЗАО «Сбербанк-АСТ» документы, заслушав представителей лиц, участвующих в заседании Комиссии Ивановского УФАС России, было установлено следующее.

30.09.2019 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети Интернет (www.zakupki.gov.ru) (далее – официальный сайт) было размещено извещение 0133200001719002824 о проведении электронного аукциона на оказание услуг по монтажу локально-вычислительной сети ОБУЗ 1 ГКБ, а также соответствующая документация о закупке.

Победителем электронного аукциона было признано ООО «Открытие».

Ч. 1 ст. 83.2 Закона о контрактной системе предусмотрено, что по результатам электронной процедуры контракт заключается с победителем электронной процедуры, а в случаях, предусмотренных Законом о контрактной системе, с иным участником этой процедуры, заявка которого на участие в этой процедуре признана соответствующей требованиям, установленным документацией и (или) извещением о закупке.

На основании ч. 2 ст. 83.2 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанных в ч. 12 ст. 54.7, ч. 8 ст. 69, ч. 8 ст. 82.4, ч. 23 ст. 83.1 Закона о контрактной системе протоколов заказчик размещает в единой информационной системе и на электронной площадке с использованием единой информационной системы без своей подписи проект контракта, который составляется путем включения с использованием единой информационной системы в проект контракта, прилагаемый к документации или извещению о закупке, цены контракта (за исключением ч. 2.1 ст. 83.2 Закона о контрактной системе), предложенной участником закупки, с которым заключается контракт, либо предложения о цене за право заключения контракта в случае, предусмотренном ч. 23 ст. 68 Закона о контрактной системе, а также включения информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), информации, предусмотренной п. 2 ч. 4 ст. 54.4, п. 7 ч. 9 ст. 83.1 Закона о контрактной системе, указанных в заявке, окончательном предложении участника электронной процедуры.

Как следует из представленных документов, а также информации, размещенной на официальном сайте, 21.10.2019 ОБУЗ «1-я городская клиническая больница» своевременно была исполнена обязанность по размещению проекта контракта.

В соответствии с ч. 3 ст. 83.2 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе проекта контракта победитель электронной процедуры подписывает усиленной электронной подписью указанный проект контракта, размещает на электронной площадке подписанный проект контракта и документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта, если

данное требование установлено в извещении и (или) документации о закупке, либо размещает протокол разногласий, предусмотренный ч. 4 ст. 83.2 Закона о контрактной системе.

Как было установлено, Обществом был размещен протокол разногласий, предусмотренный ч. 4 ст. 83.2 Закона о контрактной системе.

На основании ч. 5 ст. 83.2 Закона о контрактной системе в течение трех рабочих дней с даты размещения победителем электронной процедуры на электронной площадке в соответствии с ч. 4 ст. 83.2 Закона о контрактной системе протокола разногласий заказчик рассматривает протокол разногласий и без своей подписи размещает в единой информационной системе и на электронной площадке с использованием единой информационной системы доработанный проект контракта либо повторно размещает в единой информационной системе и на электронной площадке проект контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя электронной процедуры.

24.10.2019 Заказчиком был размещен доработанный проект контракта.

Ч. 6 ст. 83.2 Закона о контрактной системе предусмотрено, что в течение трех рабочих дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе и на электронной площадке документов, предусмотренных ч. 5 ст. 83.2 Закона о контрактной системе, победитель электронной процедуры размещает на электронной площадке проект контракта, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени такого победителя, а также документ и (или) информацию в соответствии с ч. 3 ст. 83.2 Закона о контрактной системе, подтверждающие предоставление обеспечения исполнения контракта и подписанные усиленной электронной подписью указанного лица.

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.

Общество 28.10.2019 разместило подписанный проект контракта, в качестве обеспечения исполнения контракта на оказание услуг по монтажу локально-вычислительной сети ОБУЗ 1 ГКБ ООО «Открытие» была представлена банковская гарантия №508765 от 25.10.2019, выданная Акционерным коммерческим банком «Абсолют Банк» (далее - Гарант).

Согласно ч. 5, 7 ст. 45 Закона о контрактной системе заказчик рассматривает поступившую 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 31.10.2019 соответствующий протокол.

В протоколе от 31.10.2019, в том числе указано следующее:

«В соответствии с п. 43 Информационной карты аукциона в электронной форме на оказание услуг по монтажу локально-вычислительной сети ОБУЗ 1 ГКБ (извещение № 0133200001719002824), банковская гарантия должна обеспечивать своевременное и надлежащее исполнение всех обязательств Исполнителя по контракту, включая обязательства по уплате неустоек (штрафов, пени), предусмотренных контрактом, убытков, которые понес Заказчик вследствие неисполнения и/или ненадлежащего исполнения исполнителем обязательств по контракту.

Представленная банковская гарантия не содержит указания на то, что она обеспечивает все обязательства ПРИНЦИПАЛА по контракту, а ограничивается лишь перечнем из трех обязательств, самостоятельно установленных ГАРАНТОМ.

Кроме того, в представленной банковской гарантии в подп. 2.2 указано, что обстоятельствами, при наступлении которых ГАРАНТОМ выплачивается БЕНЕФИЦИРУ 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: обязательства уплатить суммы убытков (за исключением упущенной выгоды) в случае расторжения КОНТРАКТА по причине его неисполнения или ненадлежащего исполнения ПРИНЦИПАЛОМ.

Таким образом, банковская гарантия вопреки требованиям аукционной документации не обеспечивает исполнение обязательств по контракту в полном объеме, установленном аукционной документацией, так как банковской гарантией не обеспечивается в числе прочих даже возможность возмещения убытков в виде упущенной выгоды, и более того, по условиям гарантии ГАРАНТ поставил возможность возмещения БЕНЕФИЦИАРУ убытков лишь только в случае расторжения контракта (т.е. в рамках действующего контракта у ГАРАНТА отсутствует обязанность возмещать БЕНЕФИЦИАРУ какие-либо убытки)».

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.

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 Общества по контракту, в частности банковской гарантией установлена возможность возмещения Бенефициару убытков только лишь в случае расторжения контракта. Кроме того, банковской гарантией не обеспечивается возможность возмещения убытков в виде упущенной выгоды.

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 №508765 от 25.10.2019 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.

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, банковская гарантия не соответствует требованиям документации о закупке.

Также в протоколе от 31.10.2019, в том числе указано следующее:

«В соответствии с подп. 6 п. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе,

банковская гарантия 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.

В представленной банковской гарантии в п. 14 указывается, что гарантия предоставлена под отлагательным условием, а именно: при условии заключения между ГАРАНТОМ и ПРИНЦИПАЛОМ Договора о предоставлении банковской гарантии №508765-44ФЗ-Т.

Таким образом, п. 14 представленной банковской гарантии не соответствует требованиям подп. 6 п. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе, т.к. представленная банковская гарантия не содержит отлагательного условия, поименованного в законе, а отлагательное условие, содержащееся в представленной Банковской гарантии, обусловлено и поставлено ГАРАНТОМ в зависимость от факта заключения между ГАРАНТОМ и ПРИНЦИПАЛОМ неизвестного (в том числе по содержанию) Договора о предоставлении банковской гарантии №508765-44ФЗ-Т.

Заключение какого-то договора банковской гарантии между ГАРАНТОМ и ПРИНЦИПАЛОМ не может расцениваться, как отлагательное условие, в том понимании как оно дано в ст.157 ГК РФ и в подп. 6 п. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе, так как сама возможность заключения данного договора зависит лишь от воли сторон, намеренных подписать договор, и БЕНИФИЦИАР, приняв выданную банком банковскую гарантию под таким отлагательным условием фактически остается без обеспечения исполнения контракта, так как никоим образом не может повлиять на процесс и действия ГАРАНТА и ПРИНЦИПАЛА по заключению ими договора банковской гарантии.

В соответствии с п. 1 ст. 157 ГК РФ 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.

В соответствии с п. 3 ст. 373 ГК РФ независимая гарантия вступает в силу с момента ее отправки (передачи) гарантом, если в гарантии не предусмотрено иное.

Из системного толкования вышеизложенных норм права следует, что отлагательное условие о заключении договора банковской гарантии может быть поставлено в зависимость лишь от заключения контракта, т.е. отлагательное условие, как для действия банковской гарантии, так и для действия договора банковской гарантии - это заключение контракта, а не заключение как такового договора 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 №508765 от 25.10.2019 предусмотрено, что гарантия предоставлена под отлагательным условием, а именно: при условии заключения между Гарантом и Принципалом договора о предоставлении банковской гарантии №НБГК-508765-44ФЗ-Т по обязательствам Принципала, возникшим из контракта, в случае предоставления гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта.

П. 14 банковской гарантии №508765 от 25.10.2019 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.

Следовательно, Заказчиком правомерно отказано в принятии банковской гарантии.

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 ст. 45 Закона о контрактной системе, документации о

закупке.

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

При этом согласно п. 25 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28.06.2017, представление банковской гарантии, не соответствующей требованиям Закона о контрактной системе, является основанием для признания победителя торгов уклонившимся от заключения контракта.

Согласно ч. 5 ст. 96 Закона о контрактной системе в случае непредоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта, такой участник считается уклонившимся от заключения контракта.

Общество надлежащее обеспечение исполнения контракта не представило, следовательно, на основании ч. 5 ст. 96 Закона о контрактной системе, считается уклонившимся от заключения контракта.

Ч. 4 ст. 104 Закона о контрактной системе предусмотрено: в случае, если победитель определения поставщика (подрядчика, исполнителя) признан уклонившимся от заключения контракта, заказчик в течение трех рабочих дней с даты признания победителя уклонившимся от заключения контракта направляет в контрольный орган в сфере закупок информацию, предусмотренную п. 1 - 3 ч. 3 ст. 104 Закона о контрактной системе, а также документы, свидетельствующие об уклонении победителя от заключения контракта.

На основании указанной нормы, ОБУЗ «1-я городская клиническая больница» 05.11.2019 представило в Ивановское УФАС России документы, предусмотренные ч. 4 ст. 104 Закона о контрактной системе.

11.11.2019 в Управление Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области поступили пояснения ООО «Открытие». Согласно указанным пояснениям, а также пояснениям представителя Общества, данным на заседании Комиссии Ивановского УФАС России, Общество не имело умысла уклоняться от заключения контракта. В установленный срок Обществом была приобретена банковская гарантия, подписан контракт. Неоднократно с Заказчиком велись переговоры по заключению контракта, составлялся протокол разногласий. Обществом были закуплены материалы и оборудование, необходимые для оказания услуг по контракту. ООО «Открытие» предпринимало все действия для заключения контракта с Заказчиком.

Представители ОБУЗ «1-я городская клиническая больница» на заседании Комиссии Ивановского УФАС России сообщили, что Заказчик не настаивает на включении ООО «Открытие» в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с ч. 2 ст. 104 Закона о контрактной системе, информация об участниках закупок, уклонившихся от заключения контрактов, включается в реестр недобросовестных поставщиков.

Анализ вышеприведенного положения Закона о контрактной системе свидетельствует о том, что включение сведений о лице в реестр недобросовестных поставщиков по существу является санкцией за недобросовестное поведение данного лица, выразившееся в уклонении от заключения контракта. Уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, осуществленных с указанной целью, так и в их совершении по неосторожности, когда участник закупки не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, то есть создает условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Основанием для включения сведений в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) является такое уклонение лица от заключения контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им действий (бездействий) в противоречие требованиям Закона о контрактной системе, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с этим лицом как с признанным победителем закупки, и, как следствие, нарушающих права заказчика относительно условий и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием бюджетных средств, что приводит к нарушению обеспечения публичных интересов в указанных правоотношениях.

Одним из последствий такого включения (в качестве санкции за допущенное нарушение) является ограничение прав такого лица на участие в течение установленного срока в государственных и муниципальных закупках.

По смыслу ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния.

С учетом изложенного, Комиссия Ивановского УФАС России, при рассмотрении вопроса о включении сведений о лице в реестр недобросовестных поставщиков, не может ограничиваться только формальной констатацией ненадлежащего исполнения победителем тех или иных нормативных требований без выяснения всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи.

При указанных выше обстоятельствах, Комиссия Ивановского УФАС России полагает, что включение сведений об ООО «Открытие» в реестр недобросовестных поставщиков нецелесообразно, так как не отвечает принципам и целям применения рассматриваемой санкции.

Учитывая изложенное, руководствуясь ст. 99, 104 Закона о контрактной системе, Комиссия Ивановского УФАС России

Р Е Ш И Л А:

Сведения, представленные ОБУЗ «1-я городская клиническая больница», в отношении ООО «Открытие» (ИНН: 5263137950; 603003, Нижегородская область, г. Нижний Новгород, ул. Культуры, д. 6, помещение П5, оф. 2), учредителя, директора – <…>, в связи с уклонением от заключения контракта на оказание услуг по монтажу локально-вычислительной сети ОБУЗ 1 ГКБ (электронный аукцион 0133200001719002824) в реестр недобросовестных поставщиков не включать.

Настоящее решение может быть обжаловано в порядке и сроки, предусмотренные законом.

Подписи членов Комиссии