

Решение № 04-01/254-2016

по жалобе ООО «СТРОЙИНВЕСТ»

(закупка № 0190200000316007808)

01 августа 2016 года

г. Салехард

Комиссия по контролю в сфере закупок, торгов, иных способов закупок и порядка заключения договоров на территории Ямало-Ненецкого автономного округа, в составе:

<...>,

при участии:

<...> – представитель Заказчика,

<...> – представитель Заказчика,

рассмотрев жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» (г. Уфа) на действия Заказчика - ГКУ «Дирекция дорожного хозяйства Ямало-Ненецкого автономного округа» (ИНН: 8901008916) при осуществлении закупки «Выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Подъезд к с. Аксарка» (закупка № 0190200000316007808),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненеckому автономному округу поступила жалоба ООО «СТРОЙИНВЕСТ» на положения аукционной документации № 0190200000316007808.

Государственный заказчик - Государственное казенное учреждение "Дирекция дорожного хозяйства Ямало-Ненецкого автономного округа".

Начальная (максимальная) цена контракта – контракта 45 457 627,34 рублей.

По мнению Заявителя, положения аукционной документации не соответствуют Закону о контрактной системе, а именно:

1) устанавливая требование о предоставлении нового обеспечения, Заказчик возложил на поставщика обязанность, не предусмотренную положениями Закона;

2) в проекте контракта ненадлежаще прописаны размер пени в случае просрочки исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, размер пени, в случае просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств по контракту, а также размер штрафа за ненадлежащее исполнение сторонами своих обязательств по контракту;

3) часть 9 проекта контракта, в нарушение пункта 13 статьи 34 Закона о контрактной системе, не содержит информацию о сроке приемки выполненных работ.

Рассмотрев материалы дела, возражения на жалобу, проведя, в соответствии с [п. 1 ч. 15 ст. 99](#) Закона о контрактной системе, внеплановую камеральную проверку соблюдения требований Закона о контрактной системе при осуществлении вышеуказанной закупки, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии с ч. 1 ст. 96 Закона заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке и проекте контракта должно быть установлено требование об обеспечении исполнения контракта. При этом в соответствии с ч. 1 ст. 34 Закона контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки и документацией о закупке.

В соответствии с ч. 1 ст. 96 Закона о контрактной системе, условие об обеспечении исполнения контракта включается в проект контракта. Участник закупки, с которым заключается контракт, должен предоставить заказчику обеспечение исполнения контракта (ч. 3,4,5 ст. 96 Закона о контрактной системе).

Как указывает Заказчик, условие, включённое в пункт 4.6 проекта Контракта, не противоречит положениям действующего законодательства, и обеспечивает гарантию надлежащего исполнения договорных обязательств Подрядчиком и страховку риска потери бюджетных средств на случай прекращения деятельности банка, предоставившего обеспечение (по причине отзыва лицензии Банком России, ликвидации банка и т.п.).

В соответствии со ст.ст. 309, 310 ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. При этом Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются.

С момента отзыва у банка лицензии считается наступившим срок исполнения его обязательств, возникших до дня её отзыва. При этом, запрещается совершение сделок с имуществом банка, в том числе исполнение им обязательств (ст. 20 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»). Это означает, что после отзыва лицензии банк уже не сможет исполнить своё обязательство перед Бенефициаром, даже если тот предъявит своё требование. Исполнение обязательства банком при отзыве лицензии невозможно. В силу этого, вследствие невозможности банка исполнить свои обязательства по банковской гарантии, согласно 4.1 ст. 416 ГК РФ, обязательства считаются прекращёнными. Таким образом, выданное обеспечение перестало обеспечивать исполнение Подрядчиком своих обязательств по Контракту, что является основанием для замены обеспечения.

Законом о контрактной системе не установлено прямого запрета о предоставлении нового обеспечения Контракта взамен утратившего силу.

В данной части жалоба признается необоснованной.

Информация о сроке приемки выполненных работ указана в проекте контракта раздел 9 «Сдача и приемка работ», раздел 8. «Сроки выполнения работ», в

«Техническом задании» Приложение №1 к Государственному контракту, а также проектом производства работ, который в силу пункта 1.3 проекта Контракта обязан разработать Подрядчик и согласовать с Заказчиком до начала производства работ. Таким образом в проекте Контракта содержится вся необходимая информация о приемке выполненных работ.

«...8.1. Срок начала выполнения работ: с момента заключения Контракта, но не ранее 15августа 2016 года. Срок окончания выполнения работ: по 10октября2016г...»

При этом, согласно п. 1.3. проекта контракта Подрядчик обязуется разработать за свой счет проект производства работ и другую технологическую документацию в соответствии с условиями настоящего Контракта.

До начала производства работ предоставить в адрес Государственного заказчика:

- на утверждение схемы ограждения мест производства работ;
- журналы входного контроля;
- проекты производства работ;
- общие журналы производства работ;
- сертификаты качества на используемые материалы.

Доводы жалобы в данной части не нашли своего подтверждения.

Пунктом 11.2 раздела 11 проекта контракта предусмотрено:

«В случае просрочки исполнения Государственным заказчиком обязательств, предусмотренных Контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения Государственным заказчиком обязательств, предусмотренных Контрактом, Подрядчик вправе потребовать уплаты неустоек (штрафов, пеней). Пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения обязательства, предусмотренного Контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного Контрактом срока исполнения обязательства. Такая пеня устанавливается Контрактом в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ключевой ставки Банка России от не уплаченной в срок суммы. Штрафы начисляются за ненадлежащее исполнение Государственным заказчиком обязательств, предусмотренных Контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных Контрактом.

Размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой как 2% цены Контракта и составляет ____ рублей (согласно Постановлению Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063).

Государственный заказчик освобождается от уплаты неустойки, если докажет, что неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, предусмотренного Контрактом, произошло вследствие непреодолимой силы или по вине другой

Стороны».

Пунктом 11.5 раздела 11 проекта Контракта предусмотрено: «Штрафы начисляются за неисполнение или ненадлежащее исполнение Подрядчиком обязательств, предусмотренных Контрактом, за исключением просрочки исполнения Подрядчиком обязательств (в том числе гарантийного обязательства). Размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой как 5% цены Контракта и составляет _____ рублей (согласно Постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063)».

Пунктом 11.4 раздела 11 проекта Контракта предусмотрено: «В случае просрочки исполнения Подрядчиком обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных Контрактом, а также в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения Подрядчиком обязательств, предусмотренных Контрактом, Государственный заказчик направляет Подрядчику требование об уплате неустоек.

Пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения Подрядчиком обязательства, предусмотренного Контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного Контрактом срока исполнения обязательства, и устанавливается Контрактом в размере, определенном в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, но не менее чем одна трехсотая действующей на дату уплаты пени ключевой ставки Банка России от цены Контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему обязательств, предусмотренных Контрактом и фактически исполненных Подрядчиком.

Размер пени определяется согласно Правилам, установленным Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063».

Заказчик указывает, что поскольку размер пени и штрафов исчисляется в процентном отношении от цены контракта, которая окончательно определяется только по итогам торгов, то в проекте невозможно указать конкретную денежную сумму, подлежащую уплате.

Между тем, Заказчиком не учтено следующее.

В соответствии с [частью 4 статьи 34](#) Закона о контрактной системе в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом. При этом [частями 5, 7, 8 статьи 34](#) Закона о контрактной системе установлено, что заказчик обязан установить в контракте размер пени в случае просрочки исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, размер пени, определенный в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, в случае просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств по контракту, а также размер штрафа в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, за ненадлежащее исполнение сторонами своих обязательств по контракту.

[Правила](#) определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего

исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 N 1063.

Таким образом, учитывая, что [Законом](#) о контрактной системе не предусмотрено изменение заказчиком положений проекта контракта по истечении срока для внесения изменений в извещение, документацию о проведении закупок, размер неустойки (штрафа, пени), а также условие об уменьшении суммы, подлежащей уплате физическому лицу в случае заключения с ним контракта, на размер налоговых платежей, связанных с оплатой контракта, подлежат включению заказчиком непосредственно в проект контракта, прилагаемый к документации о закупке, а при проведении запроса котировок - к извещению о проведении запроса котировок.

На основании изложенного, надлежащим исполнением обязанности заказчика по установлению размеров неустойки целесообразно считать включение в проект контракта:

- пени за каждый день просрочки исполнения заказчиком обязательства, предусмотренного контрактом, в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не уплаченной в срок суммы;

- штрафа за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом, в размере процента цены контракта, указанного в [подпунктах "а" - "г" пункта 5](#) Правил;

- пени за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, путем указания формул и порядка расчета пени, указанных в [пунктах 6 - 8](#) Правил;

- штрафа за ненадлежащее исполнение поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом, в размере процента цены контракта, указанного в [подпунктах "а" - "г" пункта 4](#) Правил.

При этом [подпункты "а" - "г" пунктов 4 и 5](#) Правил содержат различные размеры штрафа в зависимости от цены контракта. Учитывая, что контракт заключается по цене, предлагаемой участником закупки, но не превышающей начальную (максимальную) цену контракта, заказчиком целесообразно устанавливать в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, предусмотренные [Правилами](#) для каждого порогового значения цены контракта, за исключением пороговых значений, превышающих начальную (максимальную) цену контракта.

Согласно позиции ФАС России, включение в проект контракта ссылки на [Правила](#) вместо установления вышеуказанных размеров штрафа, пени не является

надлежащим исполнением обязанности заказчика по установлению размеров неустойки.

Согласно позиции, изложенной в решении Арбитражного суда города Москвы от 11.02.2015 по делу А40-211095/14, в дальнейшем оставленного в силе постановлениями апелляционной и кассационной инстанций, проект контракта, входящий в состав документации об Аукционе, уже должен содержать условия об ответственности заказчика и подрядчика за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, об ответственности поставщика за просрочку исполнения своих обязательств по контракту, а именно положения о размерах штрафов и пеней, формуле расчета пеней, соответствующих *Правилам, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 N 1063*, поскольку внесение изменений в части данных условий в проект контракта на стадии его заключения не допускается.

В проекте контракта по рассматриваемой закупке формула расчета пеней отсутствует.

Таким образом, Заказчиком в проекте контракта документации об Аукционе не прописана, в соответствии с требованиями [Правил](#) формула размера пени за каждый день просрочки исполнения поставщиком обязательства, предусмотренного контрактом.

Вышеуказанные действия Заказчика нарушают часть 7 статьи 34 Закона о контрактной системе и содержат признаки состава административного правонарушения, предусмотренного [частью 4.2 статьи 7.30](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Между тем, данное нарушение не влияет на определение поставщика (исполнителя) и Комиссия считает достаточным, без внесения изменений в документацию, выдать Заказчику Предписание о корректировке проекта контракта в данной части при его направлении лицу, с которым предполагается заключить контракт.

В данной части доводы жалобы обоснованы.

Руководствуясь [пунктом 2 части 22 статьи 99](#), [частью 8 статьи 106](#) Закона о контрактной системе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «СТРОЙИНВЕСТ» (г. Уфа) на действия Заказчика - ГКУ «Дирекция дорожного хозяйства Ямало-Ненецкого автономного округа» (ИНН: 8901008916) при осуществлении закупки «Выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Подъезд к с. Аксарка» (закупка № 0190200000316007808) частично обоснованной, в части отсутствия в проекте контракта документации об Аукционе формулы размера пени за каждый день просрочки исполнения поставщиком обязательства, предусмотренного контрактом.
2. Признать Заказчика ГКУ «Дирекция дорожного хозяйства Ямало-Ненецкого автономного округа» нарушившим часть 7 статьи 34 Закона о контрактной системе.

3. Выдать Заказчику ГКУ «Дирекция дорожного хозяйства Ямало-Ненецкого автономного округа» Предписание об устранении нарушений.

4. Передать материалы настоящего дела должностному лицу Ямало-Ненецкого УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении административного производства по части 4.2 статьи 7.30 КоАП РФ в отношении должностного лица Заказчика, утвердившего аукционную документацию «Выполнение работ по ремонту автомобильной дороги Подъезд к с. Аксарка» (закупка № 0190200000316007808).

В соответствии с ч. 9 ст. 106 Закон о контрактной системе, решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы по существу, может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с даты его принятия.