ПРАКТИКА УПРАВЛЕНИЯ По ОЦЕНКЕ ДЕЙСТВИЙ УЧАСТНИКОВ ЗАКУПКИ в КОНКУРЕНТНЫХ ПРОЦЕДУРАХ ПРИМЕНЕНИЕ АНТИДЕМПИНГОВЫХ МЕР ПО ФЗ № 44-ФЗ)

Де́мпинг (от [англ.](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%90%D0%BD%D0%B3%D0%BB%D0%B8%D0%B9%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9_%D1%8F%D0%B7%D1%8B%D0%BA) *dumping* — сброс) — продажа товаров и услуг по искусственно заниженным ценам. Демпинговые цены существенно ниже [рыночных цен](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D1%8B%D0%BD%D0%BE%D1%87%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%B0), а иногда даже ниже, чем [себестоимость](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B5%D0%B1%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%BE%D0%B8%D0%BC%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%8C) товара или услуги. Демпинг проводится с различными целями: проникновение или укрепление на новом рынке, вытеснение конкурентов. Демпинг осуществляется государством и/или компаниями в расчёте на возмещение в будущем текущих убытков, когда за счёт демпинга будет достигнуто желаемое положение на рынке. Однако довольно часто и фирмы, и государство прибегают к демпингу как к разовому мероприятию: монетизируют складские запасы, реализуют неликвидную продукцию; при острой и срочной потребности в денежных средствах, когда существует угроза больших убытков, чем потери при демпинге. В некоторых странах демпинг считают негативным явлением и борются с ним, применяя антидемпинговые законы.

Антидемпинговые меры – это продажа товаров по искусственно заниженным ценам. По прежнему, утратившему силу Закону №94-ФЗ, при проведении конкурсов и аукционов выигрывал тот поставщик, который предлагал лучшую цену (более низкую, чем у других).

В ФЗ № 44-ФЗ предусмотрены специальные антидемпинговые меры.

 Нормы закона в этой части носят принципиально новый характер, по сравнению с ФЗ № 94-ФЗ, где соответствующие меры антидемпингового характера отсутствовали.

 Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон N 44-ФЗ) предусмотрен механизм борьбы с недобросовестными участниками закупки, предлагающими необоснованное снижение цены контракта, путем введения антидемпинговых мер.

Так, в соответствии с частью 1 статьи 37 Закона N 44-ФЗ, если при проведении конкурса или аукциона начальная (максимальная) цена контракта составляет более чем пятнадцать миллионов рублей и участником закупки, с которым заключается контракт, предложена цена контракта, которая на двадцать пять и более процентов ниже начальной (максимальной) цены контракта, контракт заключается только после предоставления таким участником обеспечения исполнения контракта в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанный в документации о проведении конкурса или аукциона, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса).

В соответствии с частью 2 статьи 37 Закона N 44-ФЗ, если при проведении конкурса или аукциона начальная (максимальная) цена контракта составляет пятнадцать миллионов рублей и менее и участником закупки, с которым заключается контракт, предложена цена контракта, которая на двадцать пять и более процентов ниже начальной (максимальной) цены контракта, контракт заключается только после предоставления таким участником обеспечения исполнения контракта в размере, указанном в части 1 настоящей статьи, или информации, подтверждающей добросовестность такого участника на дату подачи заявки.

Поскольку само снижение цены на достаточный объем не несет за собой негативные последствия, более того, позволяют направить действия по решению одной из задач ФЗ № 44-ФЗ по экономии средств бюджетной системы страны, законодатель установил такие меры для сдерживания необоснованного снижения цен в виде стимулирования участников закупки не идти в попытке недобросовестной конкуренции на возможные потери от своего поведения.

В аукционе выигрывает участник закупки, предложивший наиболее низкую цену.

В конкурсе ценовой критерий является одним из нескольких критериев, за счет которых происходит оценка заявки участника закупки.

Согласно части 1 статьи 22 Закона N 44-ФЗ начальная (максимальная) цена контракта, цена контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), определяются и обосновываются заказчиком посредством применения метода сопоставимых рыночных цен (анализа рынка), нормативного метода, тарифного метода, проектно-сметного метода, затратного метода.

Приказом Минэкономразвития России от 2 октября 2013 г. N 567 утверждены Методические рекомендации по применению методов определения начальной (максимальной) цены контракта, цены контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) (далее соответственно - Методические рекомендации, НМЦК).

Т.е при формировании НМЦК имеется достаточно проработанная в настоящий момент нормативная база, что полагаем исключает необосноанное завышение цен.

Поскольку ст. 22 ФЗ № 44-ФЗ и Временными методическими указаниями определения начальной максимальной цены достаточно четко прописаны правила, условия, обоснование формирования НМЦК, то предполагается, что снижение 25 % от справедливо сформированной цены – это действительно критический порог, за которым может стоять желание недобросовестного поведения участника закупки, хотя не исключается и сутуация так называемого «заигрывания» участниками закупки в процессе торгов на электронной площадки.

Таким образом, положениями Закона N 44-ФЗ предусмотрен механизм защиты заказчика от действий недобросовестных участников закупки в случае необоснованного снижения цены контракта такими участниками

С одной стороны, эти меры носят разумных конструктивный характер- участнику закупки позволительно продолжить исполнение своих обязательств в рамках исполнения обязательств по сниженной цене, с учетом обеспечительных процедур, прописанных в 37 статье ФЗ № -44-ФЗ.

С другой стороны, соблюдение правил 37 статьи в правоприменительной практике осуществляется исключительно в рамках правовой определенности, которую для себя должен иметь участник закупки, а Заказчик не обязан подсказывать ему механизмы действия указанной нормы,, вплоть до того, что не обязан предупреждать его о том, что «Осторожно», Вы в неблагоприятной зоне, Вам нужно действовать с соблюдением 37 статьи. Таких превентивных действий участника закупки в законе не содержится.

Отсюда является актуальным освещение следующей практики антимонопольной службы

Таковая практика формируется на основании полномочий КемУФАС России

Первая : в рамках РНП имеется практика признания участника закупки уклонившимися от подписания контракта лишь по основанию отсутствия учета необходимости увеличения размера обеспечения исполнения контракта от указанной контракте на 50 % (т.е…..приводится «цифровой» пример). Процедура подписания контракта императивна, применительно к подписанию контракта по результатам аукциона в электронной форме еще и «необратима».

В установленный срок 5 дней необходимо не только подписать контракт, но и с подписанием контракта направить подтверждение обеспечения исполнения контракта в виде платежного поручения с увеличенной на 50% размера обеспечения контракта. Пост-фактум этого не сделать.

В соответствии с частью 4 статьи 104 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"рассматриваются (материалы и информация, свидетельствующие, по об уклонении участника закупки " от заключения контракта.

Имеется протокол подведения итогов электронного аукциона размещен на официальном сайте ЕИС. В нем участник признан победителем с ценой снижения более 25 % от начальной

Согласно части 8 статьи 69 Федерального закона о контрактной системе результаты рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе фиксируются в протоколе подведения итогов такого аукциона, который подписывается всеми участвовавшими в рассмотрении этих заявок членами аукционной комиссии, и не позднее рабочего дня, следующего за датой подписания указанного протокола, размещаются заказчиком на электронной площадке и в единой информационной системе.

Комиссия установила, что в соответствии с требованиями указанной нормы Федерального закона о контрактной системе протокол подведения итогов электронного аукциона размещен на официальном сайте.

Частью 2 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе установлено, что в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона протокола заказчик размещает в единой информационной системе без своей подписи проект контракта, который составляется путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе.

В соответствии с частью 3 указанной статьи в течение пяти дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе проекта контракта победитель электронного аукциона размещает в единой информационной системе проект контракта, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени победителя такого аукциона, а также документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта и подписанный усиленной электронной подписью указанного лица.

Согласно части 3 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе победитель электронного аукциона, с которым заключается контракт, в случае наличия разногласий по проекту контракта, размещенному в соответствии с частью 2 настоящей статьи, размещает в единой информационной системе протокол разногласий, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени победителя такого аукциона. При этом победитель такого аукциона, с которым заключается контракт, указывает в протоколе разногласий замечания к положениям проекта контракта, не соответствующим извещению о проведении такого аукциона, документации о нем и своей заявке на участие в таком аукционе, с указанием соответствующих положений данных документов.

В течение трех рабочих дней с даты размещения победителем электронного аукциона в единой информационной системе в соответствии с частью 4 настоящей статьи протокола разногласий заказчик рассматривает протокол разногласий и без своей подписи размещает в единой информационной системе доработанный проект контракта либо повторно размещает в единой информационной системе проект контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя такого аукциона. При этом размещение в единой информационной системе заказчиком проекта контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя такого аукциона допускается при условии, что победитель такого аукциона разместил в единой информационной системе протокол разногласий в соответствии с частью 4 настоящей статьи не позднее чем в течение тринадцати дней с даты размещения в единой информационной системе протокола, указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона (часть 5 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе).

На основании части 13 статьи 70 Федерального закона о контрактной системе победитель электронного аукциона признается уклонившимся от заключения контракта в случае, если в сроки, предусмотренные настоящей статьей, он не направил заказчику проект контракта, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени победителя такого аукциона, или направил протокол разногласий, предусмотренный частью 4 настоящей статьи, по истечении тринадцати дней с даты размещения в единой информационной системе протокола, указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона, или не исполнил требования, предусмотренные статьей 37 настоящего Федерального закона (в случае снижения при проведении такого аукциона цены контракта на двадцать пять процентов и более от начальной (максимальной) цены контракта).

Частью 14 указанной статьи предусмотрено, что в случае, если победитель электронного аукциона признан уклонившимся от заключения контракта, заказчик вправе обратиться в суд с требованием о возмещении убытков, причиненных уклонением от заключения контракта в части, не покрытой суммой обеспечения заявки на участие в электронном аукционе, и заключить контракт с участником такого аукциона, который предложил такую же, как и победитель такого аукциона, цену контракта или предложение о цене контракта которого содержит лучшие условия по цене контракта, следующие после условий, предложенных победителем такого аукциона. В случае согласия этого участника заключить контракт этот участник признается победителем такого аукциона и проект контракта, прилагаемый к документации об аукционе, составляется заказчиком путем включения в проект контракта условий его исполнения, предложенных этим участником. Проект контракта должен быть направлен заказчиком этому участнику в срок, не превышающий десяти дней с даты признания победителя такого аукциона уклонившимся от заключения контракта.

Частью 2 статьи 37 Федерального закона о контрактной системе установлено, что если при проведении конкурса или аукциона начальная (максимальная) цена контракта составляет пятнадцать миллионов рублей и менее и участником закупки, с которым заключается контракт, предложена цена контракта, которая на двадцать пять и более процентов ниже начальной (максимальной) цены контракта, контракт заключается только после предоставления таким участником обеспечения исполнения контракта в размере, указанном в части 1 настоящей статьи, или информации, подтверждающей добросовестность такого участника на дату подачи заявки в соответствии с частью 3 настоящей статьи.

К информации, подтверждающей добросовестность участника закупки, относится информация, содержащаяся в реестре контрактов, заключенных заказчиками, и подтверждающая исполнение таким участником в течение одного года до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе трех и более контрактов (при этом все контракты должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней), либо в течение двух лет до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе четырех и более контрактов (при этом не менее чем семьдесят пять процентов контрактов должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней), либо в течение трех лет до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе трех и более контрактов (при этом все контракты должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней). В этих случаях цена одного из контрактов должна составлять не менее чем двадцать процентов цены, по которой участником закупки предложено заключить контракт в соответствии с частью 2 настоящей статьи (часть 3 статьи 37 Федерального закона о контрактной системе).

В соответствии с частью 6 статьи 37 Федерального закона о контрактной системе обеспечение, указанное в частях 1 и 2 настоящей статьи, предоставляется участником закупки, с которым заключается контракт, до его заключения. Участник закупки, не выполнивший данного требования, признается уклонившимся от заключения контракта. В этом случае уклонение участника закупки от заключения контракта оформляется протоколом, который размещается в единой информационной системе и доводится до сведения всех участников закупки не позднее рабочего дня, следующего за днем подписания указанного протокола.

На основании части 4 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе контракт заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в соответствии с настоящим Федеральным законом.

**В случае непредставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта, такой участник считается уклонившимся от заключения контракта (****часть 5 статьи 96** **Федерального закона о контрактной системе).**

Согласно части 3 статьи 96 Федерального закона о контрактной системе исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям статьи 45 настоящего Федерального закона, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно.

Исполнение договора может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям статьи 45 Федерального закона и настоящего раздела, или внесением денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения исполнения договора определяется участником электронного аукциона, с которым заключается договор, самостоятельно. Внесение денежных средств подтверждается предоставлением в соответствии со статьей 70 Федерального закона платежного поручения, подтверждающего перечисление денежных средств в качестве обеспечения исполнения договора. Денежные средства должны поступить на счет, указанный в настоящем разделе, не позднее даты подписания договора Заказчиком с учетом положений и сроков, предусмотренных статьей 70 Федерального закона".

Из представленной заказчиком хронологи действий следует, что оператором электронной площадки участником с учетом 5-ти дневного срока после итогового протокола заказчиком проект контракта размещен на официальном сайте ЕИС.

Учитывая тот факт, что в ходе проведения электронного аукциона участником снижена цена договора более чем на двадцать пять процентов, то в срок по дату до истчения 5-ти дневного срока включительно победитель аукциона обязан был подписать проект контракта и предоставить обеспечение исполнения контракта в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанный в документации об электронном аукционе, или информацию, подтверждающую добросовестность такого участника в соответствии со статьей 37 Федерального закона о контрактной системе на дату подачи заявки.

Вместе с тем, проект контракта подписан Обществом и прикреплен файл "Обеспечение исполнения ", из которого усматривается, что обеспечение внесено в однократном размере , а не вразмере в полтора раза превышающего первоначально заявленный в аукционной документации.

По смыслу указанной нормы Федерального закона о контрактной системе основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков является такое уклонение лица от заключения контракта, которое предполагает недобросовестное поведение.

При этом антимонопольный орган, рассматривающий вопрос о включении сведений в реестр, не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта установления заказчиком уклонения подрядчика от заключения контракта, не выявляя иные связанные с ним обстоятельства, в том числе наличие или отсутствие вины данного субъекта.

В силу части 1 статьи 2 Федерального закона о контрактной системе законодательство Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (далее - законодательство Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок) 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 части 1 статьи 1 настоящего Федерального закона. Нормы права, содержащиеся в других федеральных законах и регулирующие указанные отношения, должны соответствовать настоящему Федеральному закону.

В соответствии со статьей 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность.

Согласно пункту 1 статьи 401 Гражданского кодекса Российской Федерации лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

Согласно пункту 3 статьи 401 Гражданского кодекса Российской Федерации, если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

Сложившаяся правоприменительная практика относит к непреодолимой силе такие чрезвычайные события, как землетрясение, извержение вулкана, наводнение, засуха, ураган, цунами, сель, а также военные действия, эпидемии, крупномасштабные забастовки, техногенные аварии и другие обстоятельства, при наличии которых нормальный ход развития экономических и правовых отношений невозможен.

Они характеризуются внезапностью (непредсказуемостью или неопределенностью во времени наступления) и неоднозначностью последствий, могут вызвать человеческие жертвы и нанести материальный ущерб.

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 электронного аукциона по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения договора, то есть создает условия, влекущие невозможность его подписания.

Действуя в рамках заключения контракта, участник закупки должен осознавать то обстоятельство, что он вступает в правоотношения по расходованию публичных финансов (в данном случае расходованию средств субсидий, выделенных на финансовое обеспечение выполнения государственного задания), что требует от него большей заботливости и осмотрительности при исполнении своих обязанностей.

Соответственно, принимая решение об участии в процедуре осуществления закупки и подавая заявку, участник должен осознавать возможность наступления для него неблагоприятных последствий в случае признания его победителем и уклонения от заключения контракта в дальнейшем.

Хронология заключения контракта наглядно свидетельствует о том, что в установленные статьей 70 Федерального закона о контрактной системе процессуальные сроки Обществом в адрес заказчика не было направлено подтверждение внесения денежных средств или предоставлена банковская гарантия с суммой в полуторном размере от размера обеспечения контракта, указанной в документации

Негативное последствие по включению сведений об организации в РНП наступают вне зависимости от наличия добровольных усилий организации по заключению контракта, порой по неосторожности или правовой неграмотности.

ЕСЛИ НАЙДУ СУДЕБНУЮ ПРАКТИКУ, ТО ПРИВЕДУ ЕЕ В ЭТОМ МЕСТЕ,

Также имеется практика при снижении цены контракта на 25 и более %% при рассмотрении соответствующих жалоб участников закупки на действия заказчиков по отказу подписания контракта. Практика УФАС носит аналогичный характер.

Например,

 Согласно документации электронного аукциона начальная (максимальная) цена контракта составляет была снижена более чем на 25%), при цене контракта до 15 млн руб.

При подписании контракта со стороны участника избран такой способ информирования о своей добросовестности (что позволяет сделать частью 2 статьи 37 ФЗ № 44-ФЗ).

Согласно информационному письму , прикрепленному к файлу при подписании контракта представлена информация, подтверждающая исполнение таким участником в течение одного года до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе вместо и более контрактов о двух контрактах, исполнение которых завершено на дату подачи заявки и одном реестр контрактов по которому не содержит информацию, что он исполнен.

Частью 3 статьи 37 ФЗ № 44-ФЗ предусматривается, что В соответствии с ч. 3 ст. 37 Закона о контрактной системе к информации, подтверждающей добросовестность участника закупки, относится информация, содержащаяся в реестре контрактов, заключенных заказчиками, и подтверждающая исполнение таким участником в течение одного года до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе трех и более контрактов (при этом все контракты должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней), либо в течение двух лет до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе четырех и более контрактов (при этом не менее чем семьдесят пять процентов контрактов должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней), либо в течение трех лет до даты подачи заявки на участие в конкурсе или аукционе трех и более контрактов (при этом все контракты должны быть исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней). В этих случаях цена одного из контрактов должна составлять не менее чем двадцать процентов цены, по которой участником закупки предложено заключить контракт в соответствии с частью 2 ст. 37 Закона о контрактной системе.

Таким образов, поскольку обществом не представлена информация, отвечающая требованиям ч. 3 ст. 37 Закона о контрактной системе, действия аукционной комиссии уполномоченного органа по признанию участника закупки уклонившимся от заключения контракта, действующему законодательству о контрактной системе не противоречат и жалоба не подлежит удовлетворению.