



Антидемпинговые меры



Введение статьи об антидемпинговых мерах является новеллой отечественного закупочного законодательства и посвящена вопросам противодействия демпингу участников закупок при проведении конкурсов и аукционов.

Как показала практика, такие негативные явления как ценовые сговоры и ценовой демпинг существенно осложняют, а иногда и полностью исключают возможность достижения заказчиком необходимого результата.

Особая опасность ситуации, когда контрагент заказчика определяется вследствие неестественно низкой предложенной им цены, для охраняемых законом публичных интересов осознается многими специалистами в сфере государственных и муниципальных закупок и является предметом их многочисленных обсуждений. В научной литературе она получила название "демпинг поставщика (подрядчика, исполнителя)". При этом на протяжении нескольких лет высказываются суждения о потребности закрепления в законодательстве специального правового механизма, позволяющего устранить данные риски неудовлетворения государственных и муниципальных нужд и получившего название "антидемпинговые меры".

Антидемпинговые меры применяются только при проведении конкурса и аукциона

В каких случаях применяются антидемпинговые меры



Если НМЦК составляет более чем 15 млн. руб. и участником закупки, с которым заключается контракт, предложена цена контракта, которая на 25 и более % ниже НМЦК, либо предложена сумма цен единиц ТРУ, которая на 25 и более % ниже начальной суммы цен указанных единиц, контракт заключается только после предоставления таким участником обеспечения исполнения контракта в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанный в извещении, но не менее чем 10% от НМЦК или от цены заключаемого контракта (если контракт заключается по результатам определения поставщика в соответствии с п. 1 ч.1 статьи 30 закона и не менее размера аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса)).

Два варианта

Если НМЦК составляет 15 млн. руб. и менее и участником закупки, с которым заключается контракт, предложена цена контракта, которая на 25 и более % ниже НМЦК, либо предложена сумма цен единиц ТРУ, которая на 25 и более % ниже начальной суммы цен указанных единиц, контракт заключается только после предоставления таким участником обеспечения исполнения контракта в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения контракта, указанный в извещении, или информации, подтверждающей добросовестность такого участника, с одновременным предоставлением таким участником обеспечения исполнения контракта в размере обеспечения исполнения контракта, указанном в извещении.

Согласно части 13 статьи 37 Закона 44-ФЗ выплата аванса при исполнении контракта, заключенного с участником закупки, снизившим НМЦК на 25 и более%, не допускается.

пример

Например, заказчик проводит электронный аукцион с НМЦК в размере 30 000 000 рублей. При этом заказчик установил требование к обеспечению исполнения контракта в размере 5% НМЦК, т.е. 1 500 000 рублей. Аванса нет.

Участник закупки, признанный победителем, предложил цену контракта 15 000 000 (снижение ровно 50%). Соответственно по условиям ст. 37 Закона № 44-ФЗ он должен предоставить обеспечение контракта в размере 2 250 000 рублей.

Вместе с тем, учитывая требование ч. 1 ст. 37 Закона № 44-ФЗ о том, что обеспечение исполнения контракта должно быть не менее 10% от НМЦК (3 000 000 рублей), обеспечение должно быть предоставлено участником на сумму 3 000 000 руб., а не 2 250 000 рублей.

Любопытным остается тот факт, что с 01.07.2019 выплата аванса (если бы мы его предусмотрели) участнику в рассматриваемом случае не производится (ч. 13 ст. 37 Закона № 44-ФЗ).

Какая информация подтверждает добросовестность сторон?



Информации, подтверждающая добросовестность – это контракты участника:

1. в количестве не менее трех (с учетом правопреемства*);
2. которые включены в реестр контрактов;
3. которые исполнены в течение трех лет до даты подачи заявки на участие в закупке;
4. которые исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней);
5. при этом цена одного из таких контрактов должна составлять не менее чем 20 % начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении об осуществлении закупки.

Если одного из перечисленных условий не будет, то информация не будет подтверждать добросовестность участника закупки.

*Статья 58 Гражданского кодекса РФ правопреемство при реорганизации юридических лиц:

при слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юр.лицу.

при присоединении юридического лица к другому юридическому лицу к последнему переходят права и обязанности присоединенного юридического лица.

при разделении юридического лица его права и обязанности переходят к вновь возникшим юридическим лицам в соответствии с передаточным актом.

при выделении из состава юридического лица одного или нескольких юридических лиц к каждому из них переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом.

при преобразовании юр.лица одной ОПФ в юр.лицо другой ОПФ права и обязанности реорганизованного юр.лица в отношении других лиц не изменяются, за исключением прав и обязанностей в отношении учредителей (участников), изменение которых вызвано реорганизацией.



О подтверждении добросовестности участника закупки.
(Письмо Минфина России от 02.10.2017 N 24-06-08/64068)

По вопросу возможности подтверждения добросовестности участника закупки на основании предоставленной участником закупки информации, включающей номера извещений о проведении закупки, без указания реестровых номеров контрактов и сведений, подтверждающих исполнение таких контрактов

В соответствии с частью 3 ст. 37 Закона 44-ФЗ к информации, подтверждающей добросовестность участника закупки, относится информация, содержащаяся в реестре контрактов, заключенных заказчиками.

Следует отметить, что Закон 44-ФЗ не обязывает участника закупки предоставлять копии подтверждающих документов, указанных в ч. 3 ст. 37 Закона 44-ФЗ, а также не содержит специальных требований к форме и способу указания на наличие информации в реестре контрактов.

Департамент полагает, что при представлении сведений о надлежащем исполнении контрактов, содержащихся в реестре контрактов, участник закупки вправе предоставить информацию, позволяющую определить реестровую (реестровые) запись (записи) из реестра контрактов.

По вопросу представления участником закупки более трех контрактов для подтверждения своей добросовестности Департамент сообщает, что участник закупки для подтверждения своей добросовестности представляет необходимый объем информации, установленный ч. 3 ст. 37 Закона 44-ФЗ. При этом участник закупки самостоятельно выбирает способ подтверждения своей добросовестности среди указанных в настоящей норме Закона 44-ФЗ



О подтверждении добросовестности участника закупки.

(Решение Ульяновского УФАС России от 20 апреля 2020 г. № 1827-03 (закупка 0168200002420001135).

Участник был признан уклонившимся от заключения кон-тракта, поскольку один из представленных контрактов в качестве подтверждения добросовестности в рамках ст. 37 Закона № 44-ФЗ был исполнен с применением к нему неустойки в виде пени. Комиссией УФАС установлено, что согласно сведениям, размещенным в ЕИС, по предоставленному контракту заказчиком на основании платежных поручений произведена оплата выполненных обществом работ.

Кроме того, в ЕИС указано об отсутствии по данному кон-тракту неустоек (штрафов, пеней). При этом норма ч. 2 ст. 37 Закона № 44-ФЗ содержит указание именно на применение к участнику неустоек (штрафов, пеней), соответственно указанные платежи должны быть произведены участником или взысканы заказчиком в добровольном или судебном порядке.

Претензия, размещенная в реестре контрактов в ЕИС относительно нарушения сроков исполнения контракта, никаким образом не подтверждает факт взыскания с участника неустойки (штрафов, пеней), поскольку указанный документ не содержит сведения, подтверждающие, что обществом выставленные заказчиком требования удовлетворены.



Суть заявления ГКУ НСО "Ц" сводится к следующему.

ГКУ НСО "Ц" в ЕИС 29.11.2019 был размещен протокол признания участника закупки уклонившимся от заключения контракта по результатам проведения электронного аукциона N 0351200000319000341.

Данный протокол был составлен и размещен ввиду того, что победитель закупки - ГБУЗ НСО "Г" в качестве информации, подтверждающей добросовестность, прикрепил файл в формате "excel", содержащий различную информацию, и заказчик расценил данный файл как информацию, не соответствующую требованиям ч. 3 ст. 37 ФЗ N 44-ФЗ. Кроме того, победитель закупки 26.11.2019 направил в адрес заказчика письмо, в котором указал, что по техническим причинам не приложил реестр контрактов для подтверждения добросовестности.

После размещения протокола участник закупки, признанный уклонившимся, сообщил заказчику, что в прикрепленном файле имеются реестровые записи контрактов, позволяющие оценить, что победитель закупки исполнил требования, предусмотренные ч. 2 ст. 37 ФЗ N 44-ФЗ. Заказчик удостоверился, что в прикрепленном файле имеются реестровые записи, позволяющие оценить, что победитель закупки исполнил требования, предусмотренные ч. 2 ст. 37 ФЗ N 44-ФЗ.

ГКУ НСО "Ц" просит выдать предписание об устранении нарушений законодательства о контрактной системе в сфере закупок.

Изучив информацию, представленную ГКУ НСО "Ц", размещенную в ЕИС, Комиссией Новосибирского У ФАС России установлено, что доводы ГКУ НСО "Ц" нашли свое подтверждение.

В нарушение ч. 13 ст. 83.2 ФЗ N 44-ФЗ ГБУЗ НСО "Г" признано уклонившимся от заключения контракта.

Есть разница в применении антидемпинговых мер при проведении закрытых «бумажных» и электронных процедур (открытых или закрытых)

В случае проведения:

- закрытого конкурса,
- закрытого аукциона



«бумажные»
процедуры

Участник закупки еще **при подаче заявки** должен определиться как он будет обеспечивать контракт



либо на стадии заключения контракта предоставляет обеспечение исполнения контракта, но документы, подтверждающие добросовестность, предоставить уже не сможет

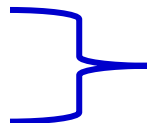
Либо предоставляет информацию, подтверждающую добросовестность, в составе заявке, а на стадии заключения контракта предоставляет обеспечение исполнения контракта



Есть разница в применении антидемпинговых мер при проведении «бумажных» и электронных процедур

В случае проведения

- открытого конкурса в электронной форме,
- аукциона в электронной форме



электронные
процедуры

Участник закупки еще *при подписании контракта* должен определиться как он будет обеспечивать контракт



либо на стадии заключения контракта предоставляет обеспечение исполнения контракта, увеличенное в 1,5 раза, относительно размера, установленного документацией о закупке

Либо предоставляет информацию, подтверждающую добросовестность, обеспечение исполнения контракта, в размере, установленном документацией



В случае признания комиссией по осуществлению закупок информации, подтверждающей добросовестность, недостоверной контракт с таким участником не заключается и он признается уклонившимся от заключения контракта. В этом случае решение комиссии по осуществлению закупок оформляется протоколом, который размещается заказчиком в единой информационной системе не позднее рабочего дня, следующего за днем подписания указанного протокола.



Участник закупки, не выполнивший требования о предоставлении обеспечения исполнения контракта с учетом применения антидемпинговых мер, 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.

ПРОТОКОЛ

признания участника уклонившимся от заключения контракта
по результатам проведения электронного аукциона

г. Краснодар

25.05.2020

Заказчик: федеральное казенное учреждение "Государственное учреждение по закупкам".

Место нахождения: 123456, г. Краснодар, ул. Красная, 10.

Наименование объекта закупки: поставка молока.

Идентификационный код закупки: 123123123...123.

На заседании аукционной комиссии присутствовали:

председатель комиссии

И.И. Иванов,

заместитель председателя комиссии

П.П. Петров,

члены комиссии

С.С. Сидоров,

Согласно протоколу подведения итогов от 15.05.2020 победителем электронного аукциона было признано ООО «Березка», местонахождение: г. Москва, ул. Ленина, д. 2. Цена контракта составляет 500 000 (пятьсот тысяч) руб., что на 30% меньше НМЦК, указанной в извещении, документации об электронном аукционе.

18.05.2020 заказчик, руководствуясь ч. 2 ст. 83.2 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», разместил в ЕИС и на электронной площадке проект контракта.

22.05.2020 победитель электронного аукциона (ООО «Березка») разместил на электронной площадке ЗАО "Сбербанк - АСТ" (www.sberbank-ast.ru) подписанный контракт и банковскую гарантию от 22.05.2020, выданную ПАО "СКБ-банк".

По состоянию на 22.05.2020 победитель не исполнил следующие требования:

- не предоставил информацию, подтверждающую добросовестность участника закупки согласно части 3 ст. 37 Закона 44-ФЗ;

- предоставил банковскую гарантию на сумму, не соответствующую требованиям ч. 2 ст. 37 Закона 44-ФЗ.

На основании ч. 5 и ч. 6 ст. 37, ч. 13 ст. 83.2 Закона 44-ФЗ ООО «Березка» признается уклонившимся от заключения контракта.

Настоящий протокол подлежит хранению в течение пяти лет.

председатель комиссии

И.И. Иванов,

заместитель председателя комиссии

П.П. Петров,

члены комиссии

С.С. Сидоров

Дополнительные антидемпинговые меры



Дополнительные антидемпинговые меры применяются дополнительно к общим, а не взамен их.

Так, если предметом закупки является поставка товара, необходимого для нормального жизнеобеспечения, участник в составе своей заявки должен представить обоснование предложенной им цены.

С учетом того, что на практике невозможно различить стандартные закупки указанных товаров от закупок этих же товаров с целью обеспечения нормального жизнеобеспечения, то дополнительные антидемпинговые меры должны применяться заказчикам во всех случаях закупки названных товаров (Письмо Минэкономразвития России от 05.09.2016 N Д28и-2299).

Например, если заказчик закупает продукты питания для проведения банкета и участник закупки снизился по цене на 25 и более процентов, то дополнительные антидемпинговые меры применяются точно также, если бы заказчик закупал продукты питания для обеспечения поставок гуманитарной помощи.

Закон № 44-ФЗ не устанавливает каких-либо специальных требований к обоснованию предложенной участником цены. Также Закон № 44-ФЗ не содержит оснований, по которым комиссия заказчика может отклонить предложенное участником обоснование. Ввиду этого обоснование предоставляется участником в свободной форме и факт его наличия является достаточным аргументом для признания участника исполнившим дополнительные антидемпинговые меры.

Дополнительные антидемпинговые меры



Отстранение участника в данном случае может быть только по одной причине: отсутствие обоснования предложенной цены.

Вторым случаем, когда заказчик может применить дополнительные антидемпинговые меры, является случай закупки исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, оказание консультационных услуг путем проведения конкурса. Согласно ч. 7 ст. 37 Закона № 44-ФЗ заказчик в названном случае вправе предусмотреть различные величины значимости для заявок участников, снизившихся по цене на 25 и более процентов, и предложивших цену в пределах 25% снижения. Однако, если заказчик не предусмотрел иной порядок оценки заявок для демпингующих заявок, их заявки должны оцениваться на общих основаниях с применением к соответствующему участнику общих антидемпинговых мер.

Дополнительные антидемпинговые меры



Обратите внимание, что в ч.9 статьи 37 четко прописано, что гарантийное письмо должно быть именно от производителя и органы по контролю расширительного толкования данной нормы не допускают.

Так, в Решении Хабаровского УФАС России сделан вывод, что поскольку гарантийное письмо, " исходило не от производителя, а от самого участника закупки, данное письмо правомерно не принято в качестве документа, подтверждающего обоснование предложенной им цены, поскольку противоречит ч. 9 ст. 37 Закона о контрактной системе.

Указанный вывод находит подтверждение в сложившейся судебной практике (решение Арбитражного суда Хабаровского края от 29.12.2014 дело NoA73-14706/2014, решение от 28.02.2018 NoA73-686/2018, решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.10.2014 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.04.2015 по делу NoA40-113615/2014 и т.д.)

Гарантийное письмо от производителя с указанием цены и количества поставляемого товара может быть получено участником у производителя после проведения закупки, но до заключения контракта по результатам такой закупки (Письмо Минэкономразвития России от 17.03.2015 No Д28и-725).

В соответствии с принятым в делопроизводстве определением, гарантийное письмо

Дополнительные антидемпинговые меры



В соответствии с принятым в делопроизводстве определением, гарантийное письмо – это служебное письмо, содержащее обязательство или подтверждение.

Гарантийное письмо оформляется на бланке организации с указанием соответствующих реквизитов организации, а также даты и регистрационного (исходящего) номера. Из текста гарантийного письма должно четко и однозначно прослеживаться, кому оно выдано (т.е. в качестве адресата или в тексте письма должно быть указано наименование участника закупки или заказчика), для каких целей (указывается № извещения о закупке), объем (количество и стоимость товара (работы, услуги) и срок действия гарантийных обязательств. Гарантийное письмо должно быть скреплено печатью (при наличии) и подписью руководителя (с расшифровкой) и второго должностного лица, в чьем непосредственном ведении находится вопрос, указанный в письме, чаще всего главного бухгалтера. Форма гарантийного письма нормативными актами не установлена. Заказчик может самостоятельно разработать образец гарантийного письма и включить его в документацию о закупке, но с обязательной оговоркой, что это рекомендуемая форма (пример).

Кроме гарантийных писем производителя формулировка вышеуказанной нормы позволяет участнику представить любые другие документы и расчеты, подтверждающие возможность поставки товара по предлагаемой цене. При этом в соответствии с разъяснениями Минфина России, если в случае, предусмотренном частью 9 статьи 37 Закона о контрактной системе, победитель электронного аукциона не представил обоснование предлагаемой цены контракта, предусмотренное данной нормой, то такой участник признается уклонившимся от заключения контракта «Письмо Минфина России от 05.02.2018 № 24-02-07/6552)



Особенности применения антидемпинговых мер при осуществлении закупок лекарственных средств

Закон № 44-ФЗ предусматривает, что при осуществлении закупок лекарственных средств, включенных в перечень ЖНВЛП, заказчик применяет антидемпинговые меры к участнику (общие и дополнительные) только в случае, если участник снизился на 25 и более процентов относительно зарегистрированной предельной отпускной цены производителя, а не НМЦк. Так, например, если участник снизится на 50 и более процентов от НМЦк, но предложенная им цена не ниже 25% предельной отпускной цены производителя лекарственного препарата, предложенного к поставке, антидемпинговые меры к участнику не применяются.

При закупке лекарственных средств, не включенных в перечень ЖНВЛП, антидемпинговые меры применяются в общем порядке. Закупка в одном лоте лекарственных препаратов, включенных и не включенных в перечень ЖНВЛП не допускается (в том числе в случае, если НМЦк не превышает 1 млн. рублей и закупаемые препараты функционально связаны между собой), т.к. такое объединение приведет к невозможности применения заказчиком ст. 37 Закона № 44-ФЗ ввиду разности подходов в расчете 25% снижения.



В соответствии с частью 8.1 статьи 96 Закона 44-ФЗ участник закупки, с которым заключается контракт освобождается от предоставления обеспечения исполнения контракта, в том числе с учетом положений статьи 37 Закона 44-ФЗ, от обеспечения гарантийных обязательств, в случае предоставления таким участником закупки информации, подтверждающей его добросовестность – это контракты участника:

1. в количестве не менее трех (с учетом правопреемства*);
2. которые включены в реестр контрактов;
3. которые исполнены в течение трех лет до даты подачи заявки на участие в закупке;
4. которые исполнены без применения к такому участнику неустоек (штрафов, пеней);
5. при этом сумма цен таких контрактов должна составлять не менее начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении об осуществлении закупки и документации о закупке.



Об условиях заключения контракта с участником электронного аукциона, если при проведении аукциона цена контракта снижена до половины процента начальной (максимальной) цены контракта или ниже.

(Письмо Минэкономразвития России от 08.04.2015 N Д28и-962)

При проведении электронного аукциона может возникнуть ситуация когда цена контракта снижена до половины процента начальной (максимальной) цены контракта или ниже.

В соответствии с ч.23 статьи 68 Закона о контрактной системе в этом случае аукцион проводится на право заключить контракт. При этом такой аукцион проводится путем повышения цены контракта.

Антидемпинговые меры к таким аукционам применяются на общих основаниях.