

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-16003/2021 о нарушении

**процедуры торгов и порядка заключения договоров
10.09.2021 г. Москва**

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

при участии представителей посредством видеоконференцсвязи ООО «Служба пожарной безопасности»; ОАО «РЖД»,

рассмотрев жалобу ООО «Служба пожарной безопасности» (далее — Заявитель) на действия ОАО «РЖД» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора выполнения работ по модернизации автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией людей при пожаре в зданиях Оздоровительного комплекса «Рублево», включая выполнение пусконаладочных работ (реестровый № 32110502214) (далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг

отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

26.07.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и закупочная документация.

Заявитель в своей жалобе выражает несогласие решением конкурсной комиссии об отклонении заявки, а также с установленными требованиями в Закупочной документации и порядком размещения итогового протокола.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Комиссия, заслушав позицию сторон, проанализировав материалы, представленные на заседании Комиссии, приходит к решению о признании жалобы необоснованной на основании следующих фактических обстоятельств дела.

Заявитель указывает на то, Заказчиком неправомерно установлено в Закупочной документации требование о наличии электронного документооборота с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ), поскольку законодательством данное требование не установлено как обязательное.

В ходе заседания Комиссии установлено, что Заявитель, приняв участие в Закупке, подал жалобу на действия Заказчика 02.09.2021.

В соответствии с информацией в единой информационной системе в сфере закупок (далее - ЕИС) дата и время окончания подачи заявок 03.08.2021 в 10:30.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что оспариваемые Заявителем положения Документации, по его мнению, ограничивающие конкуренцию, подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок. В противном случае, реализация такого права за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников Закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями Документации.

В свою очередь, действия, совершенные уже на стадии рассмотрения заявок, допустимы к обжалованию исключительно лицами, подавшими заявки на участие в закупке.

Согласно статье 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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).

Не допускается осуществление гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Кроме того, из положений части 10 статьи 3 Закона о закупках следует, что для обжалования подобных действий лицо, обращающееся в антимонопольный орган с жалобой, должно доказать нарушение оспариваемыми действиями своих законных прав и интересов либо прав и законных интересов неопределенного круга лиц – потенциальных участников закупки.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении

от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований. Указанное означает недопустимость применения со стороны антимонопольного органа мер публично-правового принуждения на основании жалобы лица, не посчитавшего необходимым со своей стороны оспорить положения Конкурсной документации до момента подачи своей заявки на участие в этой закупке, а попытавшегося обойти эти требования и впоследствии стремящегося сорвать закупочную процедуру после отказа ее организатора в допуске такому лицу к участию в этой закупке.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (часть 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ).

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что у Заявителя отсутствуют правовые основания для оспаривания положений документации после истечения срока, отведенного на подачу заявок для принятия участия в процедуре.

В связи с чем Комиссия приходит к выводу об оставлении жалобы Заявителя в части обжалования положений Закупочной документации без рассмотрения.

Согласно Протоколу рассмотрения вторых частей заявок Заявителю отказано в допуске на основании пункта 3.16.14 документации о закупке, в связи с представлением документа, предусмотренного пунктом 3.14.7.5 документации о закупке, несоответствующего требованиям:

- подпункта 6 пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно:

в представленной банковской гарантии не указано основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается банковской гарантией;

- подпункта 8 пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно:

в представленной банковской гарантии не указаны основные обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии;

- подпункта 9 пункта 3.16.12 документации о закупке, а именно: в

представленной банковской гарантии отсутствует условие, согласно которому требование бенефициара об уплате указанной в гарантии суммы, реквизиты счета, указанные бенефициаром в требовании платежа по гарантии, могут быть представлены гаранту в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ), содержащего полный текст требования бенефициара, через обслуживающий банк бенефициара, подтверждающего полномочия и подлинность подписи лица, подписавшего требование от имени бенефициара, с соблюдением требований к форме, установленных стандартами этой системы.

Согласно ч. 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок определения и обоснования начальной (максимальной) цены договора, цены договора, заключаемого с единственным поставщиком (исполнителем, подрядчиком), включая порядок определения формулы цены, устанавливающей правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора (далее - формула цены), определения и обоснования цены единицы товара, работы, услуги, определения максимального значения цены договора, порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 настоящего Федерального закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В соответствии с ч. 6 статьи 3 Закона о закупках Заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Так, пунктом 3.16.9 Закупочной документации установлено, что обеспечение заявки в виде банковской гарантии оформляется в соответствии с требованиями § 6 главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации и настоящей аукционной документации.

Согласно пункту 3.16.14 закупочной документации основанием для отказа в допуске к участию в аукционе является несоответствие банковской гарантии условиям, изложенным в аукционной документации.

Заявителем в составе заявки был представлена банковская гарантия от 03.08.2021 № 490673.

В соответствии с подпунктом 6 п. 3.16.10 Закупочной документации в банковской гарантии должно быть указано основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается банковской гарантией, а именно:

а) обязательство принципала, в случае если он будет признан победителем аукциона (либо представит предпоследнее предложение о цене, при условии, что победитель аукциона уклонился от подписания договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), либо единственным участником, допущенным к участию в аукционе (при условии, что будет принято решение о заключении договора с таким участником), представить заказчику подписанный со своей стороны договор, иные документы, если требование их предоставления предусмотрено условиями аукционной документации в течение 5 (пяти) календарных дней с даты получения проекта договора от заказчика;

б) обязательство принципала не совершать действий, направленных на отзыв или изменение своей аукционной заявки после окончания срока подачи заявок;

При этом в банковской гарантии представленной Заявителем указанная информация отсутствует.

В п. 1 банковской гарантии от 03.08.2021 № 490673, на который ссылается Заявитель, указано, что АО Коммерческий Банк «Модульбанк», именуемое в дальнейшем «Гарант», настоящим гарантирует, что выплатит ОАО «РЖД», далее именуемое «Бенефициар», денежную сумму в пределах 354 490,48 руб., в случае, если ООО «Служба пожарной безопасности», именуемое в дальнейшем «Принципал», не исполнит свои обязательства по участию в закупке на право заключения контракта на открытый аукцион среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 3708/ОАЭ-АХУ/21 на право заключения договора выполнения работ по модернизации автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией людей при пожаре в зданиях Оздоровительного комплекса «Рублево», включая выполнение пусконаладочных работ (извещение № 32110502214) в соответствии с условиями поданной Принципалом заявки на участие в закупке.

Данный пункт банковской гарантии не может свидетельствовать о наличии ссылки на основное обязательство, поскольку он не соответствует подпункту 6 пункта 3.16.10 закупочной документации, который раскрывает информацию о том, что является основным обязательством.

На основании подпункта 8 пункта 3.16.10 Закупочной документации в банковской гарантии должны быть указаны обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии, а именно:

а) изменение или отзыв принципалом поданной заявки на участие в аукционе, если такой отзыв (изменение) проведены после окончания срока подачи заявок на участие в аукционе;

б) отказ принципала подписать договор в порядке, установленном аукционной документацией;

в) непредставление принципалом договора в срок, установленный аукционной документацией;

г) непредставление принципалом обеспечения исполнения договора (в случае если обеспечение исполнения договора предусмотрено аукционной документацией);

д) представление принципалом обеспечения исполнения договора не в соответствии с требованиями аукционной документации (в случае если обеспечение исполнения договора предусмотрено аукционной документацией);

е) непредставление сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных).

Вместе с тем, согласно п. 2 Банковской гарантии, представленной Заявителем указано, что Гарант берет на себя безусловное обязательство выплатить Бенефициару по его первому письменному требованию сумму в пределах 354 490,48 руб. в случае, если Принципал:

1). уклонился или отказался от заключения Контракта;

2) . не предоставил или предоставил с нарушением условий, установленных Законом о закупках, до заключения Контракта заказчику обеспечения исполнения Контракта (в случае, если в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке установлены требования обеспечения исполнения Контракта и срок его предоставления до заключения Контракта).

Таким образом, банковская гарантия, представленная Заявителем в

составе заявки, содержит обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии, указанные в подпунктах 8 «б», 8 «г», 8 «д» пункта 3.16.10 закупочной документации. При этом обстоятельства, указанные в подпунктах 8 «а», 8 «в», 8 «е» пункта 3.16.10 закупочной документации в банковской гарантии отсутствуют.

Согласно подпункту 9 пункта 3.16.12 Закупочной документации банковская гарантия также должна содержать условие, согласно которому требование бенефициара об уплате указанной в гарантии суммы, реквизиты счета, указанные бенефициаром в требовании платежа по гарантии, могут быть представлены гаранту в письменной форме по адресу места нахождения гаранта либо в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ), содержащего полный текст требования бенефициара, через обслуживающий банк бенефициара, подтверждающего полномочия и подлинность подписи лица, подписавшего требование от имени бенефициара, с соблюдением требований к форме, установленных стандартами этой системы.

Между тем, в представленной Заявителем банковской гарантии отсутствует условие о возможности направления требования об уплате указанной в гарантии суммы в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ).

Пункт 3 банковской гарантии содержит условие о возможности направления требования об уплате денежной суммы по гарантии либо на бумажном носителе, либо в форме электронного документа.

Таким образом, банковская гарантия в данном случае не соответствует требованию подпункта 9 пункта 3.16.12 закупочной документации.

Также Комиссия отмечает, что SWIFT - это международная межбанковская система передачи информации и совершения платежей. SWIFT представляет собой глобальную телекоммуникационную инфраструктуру, позволяющую ее пользователям осуществлять обмен электронными сообщениями финансового характера с минимальным риском и максимальной эффективностью.

Исходя из жалобы следует, что Заказчиком нарушен порядок проведения итогов закупки, а именно:

Рассмотрение вторых частей заявок осуществляется 25.08.2021.

Подведение итогов закупки осуществляется 25.08.2021.

В соответствии с п. 3.8.6 Закупочной документации протокол рассмотрения вторых частей аукционных заявок размещается на сайтах

не позднее 3 (трех) дней с даты подписания протокола. Таким образом, протокол подведения итогов закупки должен быть размещен 28.08.2021. Однако, подведение итогов Заказчиком было осуществлено 30.08.2021.

Комиссия отмечает, что в соответствии с частью 12 статьи 4 Закона о закупках протоколы, составляемые в ходе закупки, размещаются заказчиком в единой информационной системе не позднее чем через три дня со дня подписания таких протоколов.

Аналогичные требования содержатся в пункте 3.8.6 закупочной документации.

В соответствии с пунктом 237 Положения о закупке ОАО «РЖД» срок подписания протоколов, итоговых протоколов не может превышать 30 календарных дней, если иное не предусмотрено в документации о конкурентной закупке.

Итоговый протокол подписан 30.08.2021. Соответствующая информация указана в данном протоколе.

В единой информационной системе в сфере закупок итоговый протокол размещен 30.08.2021, то есть в день его подписания.

Таким образом, со стороны Заказчика не нарушены требования Закона о закупках и закупочной документации.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что фактически заявка Заявителя не соответствует требованиям Закупочной документации, а равно у Заказчика имелись правовые основания для отклонения заявки Заявителя.

В связи с вышеизложенным, Комиссия считает решение Закупочной комиссии Заказчика об отклонении заявки Заявителя правомерным, принятым в соответствии с требованиями Закупочной документации и требований Закона о закупках.

Комиссия также отмечает, что Заявитель конклюдентно согласился (п. 1 ст. 8 ГК РФ) на все условия документации в момент подачи им заявки на участие в Закупке, а равно принял на себя риски по отклонению заявки в случае несоблюдения таких условий. В этой связи у Комиссии отсутствуют правовые основания к выявлению в действиях Заказчика нарушения требований действующего законодательства о закупках, поскольку последний действовал в соответствии с требованиями собственной документации, которая не была оспорена Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо,

участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, заявителем такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях заказчика нарушений, помимо субъективной оценки таких действий, не представлено.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

На основании изложенного, Комиссия приняла решение признать жалобу заявителя необоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Служба пожарной безопасности» (ИНН: 7731343006; ОГРН: 1177746038293) на действия ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727; ОГРН: 1037739877295) при проведении Закупки необоснованной, в части обжалования Закупочной документации оставить жалобу без рассмотрения.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 07.09.2021 № ЕО/54639/21.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в

течение трех месяцев со дня его выдачи.