

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-14263/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

27.09.2022

г. Москва

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

Председательствующего:

"....."

членов Комиссии:

"....."

"....."

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ".....", ".....";

в отсутствие представителей ".....", уведомленных надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 21.09.2022 № НП/49242/22,

рассмотрев жалобу "....." (далее также — Заявитель) на действия "....." (далее также — Заказчик), ГКУ «УКС» (далее также — Уполномоченное учреждение) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на выполнение комплекса работ по техническому обследованию сетей водоснабжения/водоотведения ТПУ АО «МКЖД» на предмет выявления недостатков и технической готовности к передаче в собственность города Москвы и эксплуатацию АО «Мосводоканал» (реестровый № 32211646885, далее — Закупка) (далее — Жалоба),

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.

Рассмотрение жалобы проводилось в дистанционном режиме посредством видеоконференцсвязи.

Инструкция по подключению и использованию системы TrueConf размещена на официальном сайте Московского УФАС России по ссылке: <https://moscow.fas.gov.ru/page/17962>.

Согласно части 16 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, рассмотрение

жалобы по существу осуществляется комиссией антимонопольного органа. Неявка лиц, надлежащим образом уведомленных (уведомленных посредством направления антимонопольным органом уведомления, предусмотренного частью 11 настоящей статьи) о времени и месте рассмотрения жалобы по существу, не является препятствием для такого рассмотрения.

Заявлений о невозможности подключения к сеансу, а также возражений относительно рассмотрения жалобы посредством видеоконференцсвязи от Заказчика, которому направлялось уведомление о рассмотрении жалобы в Управление не поступало.

Таким образом, учитывая, что указанное лицо надлежащим образом извещено о способе рассмотрения жалобы заблаговременно, Комиссия Московского УФАС считает возможным провести дистанционное рассмотрение жалобы в его отсутствие.

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.

Комиссией установлено, что 25.08.2022 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее также - ЕИС) размещено извещение № 32211646885 о проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на выполнение комплекса работ по техническому обследованию сетей водоснабжения/водоотведения ТПУ АО «МКЖД» на предмет выявления недостатков и технической готовности к передаче в собственность города Москвы и эксплуатацию АО «Мосводоканал».

Начальная (максимальная) цена контракта установлена в размере: 16 158 497 руб. 25 коп.

Дата начала срока подачи заявок: 25.08.2022 00:00 (МСК).

Дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика): 05.09.2022 09:30 (МСК).

Заявитель оспаривает неправомерное отклонение его заявки от дальнейшего участия в закупке.

В обоснование отклонения своей заявки Заявитель отмечает, что действующие положения Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее также - Закон о контрактной системе) при рассмотрении вторых частей заявок на участие в электронной процедуре не устанавливают специальных оснований для отклонения заявки в случае выявления несоответствия банковской гарантии, представленной участником закупки в качестве обеспечения заявки на участие в закупке, требованиям, установленным в соответствии с Законом о контрактной системе.

Более того, Заявитель указывает, что в Федеральном законе от 18.07.2011 № 223-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее также - Закон о закупках), установлены только две причины для отклонения заявок: 1. если предусмотрен этап проведения квалификационного отбора участников, а участник не соответствует квалификационным требованиям; 2. если в первой части заявки, поданной на электронную процедуру, есть сведения об участнике или о ценовом предложении.

В связи с вышеизложенным, Заявитель считает, что Уполномоченное учреждение и Заказчик отклонили заявку незаконно, нарушив нормы законодательства и конкурсной документации.

Заказчик и Уполномоченное учреждение с доводами жалобы не согласились, представили письменные возражения и материалы, запрошенные антимонопольным органом.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими

федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 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 подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

При проведении закупки Заказчик руководствовался нормами Закона о закупках и Положением о закупках товаров, работ, услуг для нужд АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСКОВСКАЯ КОЛЬЦЕВАЯ ЖЕЛЕЗНАЯ ДОРОГА», утвержденным Ликвидационной комиссией Акционерного общества «Московская кольцевая железная дорога» (Протокол от «29» декабря 2021 № 4) (далее – Положение о закупках).

Положение о закупках размещено в ЕИС 20.01.2022 10:08 (МСК).

В соответствии с протоколом подведения итогов проведения открытого конкурса в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства от 13 сентября 2022 г. № 22-19-К, Заказчиком было принято решение о несоответствии второй части заявки Заявителя (регистрационный № 902947) на основании следующего:

«В соответствии с п. 13.4.3 ст.13 Положения о закупках. В нарушение п. 15.1 ст. 15 Положения о закупках и п. 23 конкурсной документации в составе заявки участника предоставленная независимая гарантия от 31.08.2022 № 48291-22КЭБГ/0015 не соответствует требованиям конкурсной документации (ст.45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (за исключением требования, установленного ч.8 ст.45 Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ, в части наличия независимой гарантии в реестре независимых гарантий), а именно:

- отсутствует условие, что требование по независимой Гарантии может быть предъявлено БЕНЕФИЦИАРОМ ГАРАНТУ в форме электронного документа, что является нарушением ч.8.2 ст.45 № 44-ФЗ;

- в п. 4 Гарантии содержится условие, что к Требованию по Гарантии должны быть приложены следующие документы: а) если Требование подписано руководителем Бенефициара, то Гаранту предоставляются: - заверенные печатью Бенефициара или нотариально копии учредительных документов Бенефициара; -заверенная печатью Бенефициара или нотариально копия документа, на основании которого руководитель Бенефициара осуществляет свои полномочия (Приказ о назначении, Протокол об избрании, либо иной документ в соответствии с законодательством и

учредительными документами Бенефициара); б) если Требование подписано представителем Бенефициара по доверенности, то Гаранту предоставляется: - заверенные печатью Бенефициара или нотариально копии учредительных документов Бенефициара; - нотариально заверенная копия доверенности, выданной руководителем Бенефициара, на лицо, подписавшее Требование; - заверенная печатью Бенефициара или нотариально копия документа, на основании которого руководитель Бенефициара, выдавший доверенность, осуществляет свои полномочия, на дату выдачи доверенности (Приказ о назначении, Протокол об избрании, либо иной документ в соответствии с законодательством и учредительными документами Бенефициара), что является нарушением ч.8.2 ст.45 № 44-ФЗ, поскольку недопустимо включение в независимую гарантию требований о предоставлении заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии документов, не включенных в перечень документов, представляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии, утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации от 8 ноября 2013 г. N 1005 "О независимых гарантиях, используемых для целей Федерального закона "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд";

- согласно п. 4 Гарантии Требование Бенефициара и указанные в Гарантии документы должны быть получены Гарантом до истечения срока действия настоящей Гарантии по адресу: 117648, г. Москва, мкр. Чертаново Северное, д.1А, корп.1, что является нарушением ст.165.1, 194 и п.2 ст.374 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которым Заказчик вправе направить требование до двадцати четырех часов последнего дня срока действия банковской гарантии. Срок направления Требования по банковской гарантии ограничен; - отсутствует условие о праве заказчика по передаче права требования по независимой гарантии при перемене заказчика в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением об этом гаранта, что является нарушением ч.8.2 ст.45 № 44-ФЗ;

- отсутствует условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по Гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику, что является нарушением п.4 ч.2 ст.45 № 44-ФЗ;

- отсутствует условие о том, что расходы, возникающие в связи с перечислением денежных средств гарантом по независимой гарантии, несет гарант, что является нарушением п. 3 ч. 2 ст. 45 № 44-ФЗ».

Комиссия отмечает, что в соответствии с пунктом 13.4.3 статьи 13 Положения о закупках участник процедуры закупки, подавший заявку, не допускается Закупочной комиссией к участию в закупке в случае непредставления документа или копии документа, подтверждающего внесение денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям настоящего Положения.

Пунктом 15.1 Положения о закупках предусмотрено, что в случае, если начальная (максимальная) цена договора превышает 5 млн. рублей, заказчик вправе установить в документации о закупке требование к обеспечению заявок на участие в закупке в размере не более пяти процентов начальной (максимальной) цены договора.

Обеспечение заявки может быть оформлено в виде независимой гарантии или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения заявки выбирается участником закупки самостоятельно.

Безотзывная банковская гарантия, выданная участнику закупки банком для целей обеспечения заявки на участие в закупке, должна соответствовать требованиям статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», за исключением требования, установленного частью 8 статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», в части наличия банковской гарантии в реестре банковских гарантий. Срок действия банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, должен составлять не менее чем два месяца с даты окончания срока подачи заявок.

Согласно пункту 22 документации о закупке, обеспечение заявки на участие в конкурсе требуется и составляет 2% от начальной (максимальной) цены договора, что составляет: 323 169 (триста двадцать три тысячи сто шестьдесят девять) рублей 95 копеек.

Пунктом 23 документации о закупке предусмотрен порядок предоставления обеспечения заявки на участие в конкурсе, содержащий, в том числе, аналогичное описание пункта 15.1 Положения о закупках со ссылкой на соответствие независимой гарантии, выданной участнику закупки банком для целей обеспечения заявки на участие в закупке, требованиям статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Частью 2 статьи 45 Закона о контрактной системе предусмотрено, что банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- 1) сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в установленных частью 15 статьи 44 настоящего Федерального закона случаях, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со статьей 96 настоящего Федерального закона;
- 2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;
- 3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 4) условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в

соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;

5) срок действия банковской гарантии с учетом требований статей 44 и 96 настоящего Федерального закона;

6) 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;

7) установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

При этом в соответствии с частью 8.2 статьи 45 Закона о контрактной системе установлено, что дополнительные требования к независимой гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра независимых гарантий, порядок формирования и ведения закрытого реестра независимых гарантий, в том числе включения в него информации, порядок и сроки предоставления выписок из него, типовая форма независимой гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, форма требования об уплате денежной суммы по независимой гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации.

При этом требования к банковской гарантии утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 г. № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Постановление № 1005), где в частности указано, что Банковская гарантия оформляется на условиях, определенных гражданским законодательством.

Таким образом, независимая гарантия участника закупки должна соответствовать также требованиям Постановления № 1005.

Комиссия отмечает, что жалоба Заявителя не содержит доводов о несогласии с несоответствием представленной банковской гарантии № 48291-22КЭБГ/0015 от 31 августа 2022 года, выданной АО «КИВИ банк», установленным в Закупочной документации требованиям, а оспаривание сводится лишь к несогласию с отклонением заявки, поскольку несоответствие обеспечения заявки не предусмотрено в качестве основания для отклонения заявок согласно Закону о закупках.

Комиссия отмечает, что выводы Заявителя, что Законом о закупках предусмотрено только два основания для отклонения заявок, основаны на неверном толковании норм Закона о закупках, поскольку статьей 3.4. Закона о закупках предусмотрены особенности осуществления конкурентной закупки в электронной форме и функционирования электронной площадки для целей осуществления конкурентной закупки, участниками которой могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.

Вместе с тем, несмотря на то, что статья 3.4 Закона о закупках содержит специальные нормы, подлежащие применению при проведении закупок, участниками которых могут являться только субъекты малого и среднего предпринимательства, специальные нормы применяются в той части, которая не противоречит общим положениям, связанным с проведением конкурентных процедур, что указано в части 1 статьи 3.4 Закона о закупках.

Так согласно части 1 статьи 3.4 Закона о закупках установлено, что конкурентная закупка в электронной форме, участниками которой с учетом особенностей, установленных Правительством Российской Федерации в соответствии с пунктом 2 части 8 статьи 3 настоящего Федерального закона, могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, осуществляется в соответствии со статьями 3.2 и 3.3 настоящего Федерального закона и с учетом требований, предусмотренных настоящей статьей.

В соответствии с частью 10 статьи 3.2 Закона о закупках заявки на участие в конкурентной закупке представляются согласно требованиям к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с настоящим Федеральным законом и положением о закупке заказчика.

Как было отмечено Комиссией ранее, в соответствии с пунктом 13.4.3 статьи 13 Положения о закупках участник процедуры закупки, подавший заявку, не допускается Закупочной комиссией к участию в закупке в случае непредставления документа или копии документа, подтверждающего внесение денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям настоящего Положения или документации о закупке.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что банковская гарантия, представленная Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора в полной мере не отвечала установленным требованиям Заказчика и требованиям законодательства, а равно у Заказчика имелись основания для признания заявки не соответствующей.

При этом Комиссия отмечает, что обеспечение заявки на участие в конкурсе является бременем участника закупочной процедуры и корректность такого обеспечения находится в поле ответственности участника закупки.

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

При этом Комиссия 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.

Тем самым, Заявитель возложил на себя риски по отклонению его заявки в случае, если банковская гарантия, представленная в качестве обеспечения заявки, не соответствовала требованиям Документации.

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).

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о необоснованности доводов жалобы.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу "....." (ИНН: "....."; ОГРН: ".....") на действия "....." (ИНН: "....."; ОГРН: ".....") при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 21.09.2022 № НП/49242/22.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.