

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-11551/2022 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**09.08.2022 г. Москва**

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

**Председательствующего Комиссии:**

.....

**при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «ДорТранс», Государственного казённого учреждения города Москвы «Управление капитального строительства»,**

**рассмотрев жалобу ООО «ДорТранс» (далее — Заявитель) на действия Акционерного общества «Управление развития строительных технологий» и Государственного казённого учреждения города Москвы «Управление капитального строительства» (далее — Заказчик) при проведении электронного аукциона на право заключения договора на оказание услуг по вывозу и утилизации грунта и строительного мусора, полученных при устройстве котлованов и контуров заземления на станционных комплексах: «Улица Генерала Тюленева», «Славянский мир», «Мамыри» по объекту: «Троицкая линия метрополитена, станция метро «Новаторов» - станция метро «Бачуринская (реестровый № 32211488646, 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 Московское 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, оператора электронной площадки, закупочной 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» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (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, закупочной 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.

Часть 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам 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.

Согласно доводам жалобы, Заявитель не согласен с основаниями отклонения своей заявки, указав, что в допуске Заявителю было отказано по необоснованным и формальным основаниям, так как предоставленная банковская гарантия соответствует требованиям, указанным в статье 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил 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.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках, при закупке товаров, работ, услуг заказчики 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.

Согласно части 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 следует из материалов дела, 21.06.2022 Заказчик на сайте Единой электронной торговой площадки, а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС) разместил информацию о проведении Закупки.

Согласно Протоколу рассмотрения вторых частей заявок на участие в процедуре размещен 22.07.2022 г., комиссией Заказчика принято решение о несоответствии заявки Заявителя № 2 требованиям закупочной документации 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 аукционной документации в составе заявки участника предоставленная независимая гарантия от 15.07.2022 № 732470 не соответствует требованиям аукционной 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

- в п. 10 Гарантии содержится условие, что принадлежащее Бенефициару по Гарантии право требования к Гаранту может быть передано правопреемнику Бенефициара с предварительным письменным извещением об этом Гаранта, что является нарушением ч.8.2 ст.45 № 44-ФЗ, поскольку в независимой гарантии обязательным закреплением является право заказчика по передаче права требования по независимой гарантии при перемене заказчика в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением об этом гаранта, т.е. использован иной термин –«перемена заказчика», предусматривающий более широкий круг лиц, которым указанное право может быть передано;

- согласно п 13 Гарантии «Настоящая Гарантия вступает в силу с даты выдачи и действует до «30» сентября 2022 года. Оригинал требования Бенефициара об уплате суммы (части суммы) настоящей Гарантии должен быть получен Гарантом до «30» сентября 2022 года включительно, в противном случае Гарантия утрачивает

силу, 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.».

Подпунктом 1 пункта 23 Информационной карты установлено, что обеспечение Заявки может быть оформлено в виде независимой гарантии или внесения денежных средств.

Способ обеспечения Заявки выбирается Участником закупки самостоятельно. Денежные средства в обеспечение Заявки вносятся в соответствии с регламентом работы ЭТП.

При выборе Участником в качестве способа обеспечения Заявки независимой гарантии, независимая гарантия должна отвечать следующим требованиям: независимая гарантия, выданная Участнику закупки для целей обеспечения Заявки на участие в закупке, должна соответствовать требованиям 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 «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», в части наличия независимой гарантии в реестре независимых гарантий. Срок действия независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения Заявки, должен составлять не менее чем 2 (два) месяца с даты окончания срока подачи Заявок.

Согласно части 3 статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в независимую гарантию включается условие о праве заказчика на беспспорное списание денежных средств со счета гаранта при отсутствии оснований для отказа в удовлетворении требования бенефициара, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации, если гарантом в срок не более чем десять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по независимой гарантии, направленное до окончания срока ее действия.

В соответствии с пунктом 2 части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в частях 2 и 3 ст. 45 Закона о контрактной системе.

Из материалов дела следует, что Заявителем в качестве обеспечения заявки представлена банковская гарантия № 732470 от 15.07.2022, выданная Акционерным обществом Коммерческий Банк «Модульбанк» (далее — Банковская гарантия).

Пункт 10 Банковской гарантии содержит следующее условие: «Принадлежащее Бенефициару по Гарантии право требования к Гаранту может быть передано правопреемнику Бенефициара с предварительным письменным извещением об этом Гаранта».

Комиссия установила, что в соответствии с частью 8.2 статьи 45 Закона о

контрактной системе 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, форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Такие требования установлены Постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005 «О независимых гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Постановление № 1005).

Таким образом, независимая гарантия участника закупки должна соответствовать Постановлению № 1005.

Как следует из абзаца четвертого пункта «а» Постановления № 1005, независимая банковская гарантия **оформляется с учетом обязательного требования 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.

Комиссия отмечает, что изменение в независимой гарантии слов «при перемене заказчика», предусмотренных абзацем 4 подпункта «а» Постановления Правительства № 1005, на слова «правопреемнику Бенефициара» ограничивает круг лиц, которым право требования по независимой гарантии может быть передано.

В соответствии с положениями статьи 58, статьи 59 ГК РФ правопреемство юридических лиц осуществляется при их реорганизации (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) с составлением передаточного акта, содержащего положения о правопреемстве по всем обязательствам реорганизованного юридического лица в отношении всех его кредиторов и должников.

Между тем, в Постановлении Правительства № 1005 речь идет о перемене заказчика.

Таким образом, перемена заказчика в обязательственных отношениях объективно может быть обусловлена различными причинами, а не только исключительно причинами, связанными с правопреемством.

Таким образом, содержащееся в независимой гарантии условие, что принадлежащее Бенефициару по Гарантии право требования к Гаранту может быть передано исключительно правопреемнику Бенефициара, является нарушением ч.8.2 ст.45 № 44-ФЗ, поскольку термин –«перемена заказчика» предусматривает более широкий круг лиц, которым указанное право может быть передано.

В настоящем случае, при оформлении банковской гарантии Заявителем допущена подмена понятия, указанного в абзаце 4 подпункта «а» Постановления Правительства № 1005, на понятие правопреемства, что ограничивает (сужает)

круг лиц, которым указанное право может быть передано и напрямую противоречит установленному законом требованию.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о необоснованности довода Заявителя о неправомерном отклонении своей заявки по основанию несоответствия пункта 10 Банковской гарантии требованиям закупочной документации.

Относительно отклонения заявки Заявителя на основании несоответствия пункта 13 Банковской гарантии требованиям закупочной документации

Пунктом 13 Банковской гарантии урегулирован вопрос о порядке направления Бенефициаром требования об уплате денежной суммы по гарантии: «Настоящая Гарантия вступает в силу с даты выдачи и действует до «30» сентября 2022 года. Оригинал требования Бенефициара об уплате суммы (части суммы) настоящей Гарантии **должен быть получен** Гарантом до «30» сентября 2022 года включительно, в противном случае Гарантия утрачивает силу.».

Комиссия отмечает, что включение в банковскую гарантию условия о получении Гарантом Требования по Гарантии дает Гаранту право отказывать в удовлетворении требования Бенефициара, направленного им до истечения срока действия гарантии, в случае его получения Гарантом после истечения такого срока, что фактически лишает Заказчика законного права на получение денежных выплат (особенно в тех случаях, когда такие требования заявляются на границе срока действия гарантии), ведет к сокращению времени на подготовку Заказчиком такого требования и ставит последнего в зависимость от третьих лиц.

Таким образом, на Заказчика возлагается не предусмотренная законодательством Российской Федерации обязанность – обеспечить получение требования Гарантом не позднее последнего дня срока действия банковской гарантии. При этом Заказчик никоим образом не может объективно повлиять на волю Гаранта по получению указанного требования. В случае уклонения последнего от получения требования с учетом анализа положений банковской гарантии у Заказчика не возникнет права на получение денежных выплат.

Вместе с тем, право Заказчика на получение предусмотренных гарантией выплат должно носить абсолютный характер и действовать до установленного банковской гарантией срока, а не зависеть от действий (бездействий) третьих лиц. Риски представления надлежащей по содержанию банковской гарантии возлагаются на представившее ее лицо.

Согласно пункту 2 статьи 374 ГК РФ требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания срока действия независимой гарантии.

В силу пункта 2 статьи 194 ГК РФ письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок.

Таким образом отправленные бенефициаром требования по банковской гарантии посредством организации связи в срок действия банковской гарантии, должны быть приняты и рассмотрены Гарантом, даже если получены им за пределами срока действия такой гарантии.

Верховным судом Российской Федерации в определениях от 12.10.2015 по делу № А40-104358/2014 и от 22.06.2015 по делу № А40-15701/2014 дается оценка содержащейся в пункте 1 статьи 374 ГК РФ и вменяемой бенефициару обязанности «представления» банковской гарантии до окончания срока, на который она выдана. В данных определениях Верховный суд указывает на неоднозначность толкования глагола «представить», которое можно трактовать и как обязанность «направить» требование по гарантии до указанного срока и как обязанность «обеспечить получение» его бенефициаром в указанный срок.

Вместе с тем, в рассматриваемой банковской гарантии, приложенной Заявителем, содержится именно обязанность ее получения Гарантом в течение срока ее действия, а не представления ее Бенефициаром в указанный срок.

Исходя из совокупности применения пункта 2 статьи 194 и пункта 2 статьи 374 ГК РФ отправленные Бенефициаром требования по банковской гарантии посредством организации связи в срок действия гарантии должны быть приняты и рассмотрены Гарантом даже, если получены им за пределами срока действия гарантии.

При этом установление в банковских гарантиях положений, что требование платежа по гарантии должно быть получено Гарантом до истечения срока действия банковской гарантии, ведет к сокращению времени на подготовку Заказчиком такого требования и направления его банку-гаранту, поскольку в данном случае также необходимо учитывать сроки на получение такого требования банком.

Таким образом, в представленной Заявителем Банковской гарантии содержатся условия, которые противоречат положениям Закона о контрактной системе, поскольку предполагают получение гарантом требования платежа по гарантии до истечения срока действия такой гарантии и ведут к искусственному сокращению срока действия банковской гарантии.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу, что у Заказчика имелись основания для признания Банковской гарантии, представленной Заявителем, не соответствующей требованиям Закупочной документации, а равно имелись основания для отклонения заявки.

При таких обстоятельствах, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отклонении заявки Заявителя обоснованным, принятым в соответствии с требованиями 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.

В свою очередь 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 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 **ООО «ДорТранс» (ИНН 7704698218, ОГРН 5087746026836) на действия Акционерного общества «Управление развития строительных технологий» (ИНН 7703800010, ОГРН 5137746040372) и Государственного казённого учреждения города Москвы «Управление капитального строительства» (ИНН 7710707911, ОГРН 1087746247467)** при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 03.08.2022 № НП/40227/22.

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