

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-17495/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

30.11.2022

г. Москва

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

Председательствующего Комиссии,

"....."

членов Комиссии:

"....."

"....."

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

рассмотрев жалобу "....." (далее также - Заявитель) на действия "....." (далее также - Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание услуг по созданию видеороликов о ирбисе для ГАУ «Московский зоопарк» (реестровый № 32211755349, 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.

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, 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.

Согласно доводам жалобы, Заявитель обжалует неправомерное признание его уклонившимся от заключения договора по результатам Закупки.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, на заседании Комиссии представил письменные возражения, а также иные истребованные антимонопольным органом документы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Согласно части 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).

Из смысла требований части 1 статьи 2 Закона о закупках следует, что при установлении требований в документации заказчики руководствуются собственным Положением о закупках и самостоятельно устанавливают требования к участникам, которые не должны противоречить требованиям Конституции Российской Федерации, Гражданского кодекса Российской Федерации, Закону о закупках, других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации.

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.

Исходя из положений части 10 статьи 4 Закона о закупках, потребности Заказчика являются определяющим фактором при установлении им соответствующих требований.

Порядок предоставления обеспечения исполнения договора установлен пунктом 25 информационной карты закупочной документации.

Обеспечение исполнения договора

Требуется

Вид обеспечения исполнения договора (по усмотрению участника закупки, которым заключается договор)

Обеспечение исполнения договора может быть представлено в виде:

(по - независимой гарантии, по ЧАСТИ VII «ФОРМА НЕЗАВИСИМОЙ ГАРАНТИИ»;

С - обеспечительного платежа.

- возврат авансового платежа по Договору, если выплата авансового платежа предусмотрена Договором;

- своевременность исполнения обязательства Поставщика (Исполнителя, Подрядчика) по Договору;

Обязательства

по договору, - качественное исполнение обязательства Поставщиком которые должны (Исполнителем, Подрядчиком) по Договору;

быть

обеспечены:

- исполнения обязательства в объеме, предусмотренном Договором и приложениями к нему;

- выплату неустойки (пени) и штрафов, предусмотренных Договором;

- возмещение убытков, причиненных ненадлежащим исполнением обязательств по Договору.

Сумма обеспечения исполнения договора предусмотрена в размере 5 % от начальной (максимальной) цены договора – 182 000 (Сто восемьдесят две тысячи) рублей 00 копеек., НДС не облагается.

Порядок предоставления: В качестве обеспечения исполнения договора принимает независимые гарантии, выданные Гарантами, соответствующими требованиям п. 6.3.4.1 Общих положений настоящей Документации о закупке.

Размер

обеспечения исполнения договора, срок

Независимая гарантия должна соответствовать условиям, изложенным в п. 6.3.4.4.1 – п. 6.3.4.4.17 Общих положений настоящей Документации о закупке.

и порядок его Независимая гарантия, выданная на бумажном носителе, предоставления созданная посредством сканирования, должна быть (по лотам): подписана усиленной квалифицированной электронной подписью полномочного сотрудника Гаранта. В случае представления документа в виде файла, полученного посредством электронного сервиса Гаранта – независимая гарантия должна быть подписана усиленной квалифицированной электронной подписью полномочного сотрудника Гаранта.

Срок предоставления: до момента заключения договора.

Согласно Протоколу подведения итогов процедуры от 27.10.2022 № 32211755349-3 победителем аукциона было признано ОБЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ «СНАБЖЕНЕЦ-2» (Заявитель).

В соответствии с частью 15 статьи 3.2 Закона о закупках договор по результатам конкурентной закупки заключается не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в единой информационной системе итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки.

Частью 41 и 46 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ГАУ «МОСКОВСКИЙ ЗООПАРК», утвержденного Приказом Департамента культуры города Москвы от 01.11.2018 № 823/ОД (редакция от 01.08.2022 Приказ № 607/ОД) (далее - Положение о закупке) предусмотрен порядок заключения договора. Указанная информация отражена в разделе 6 аукционной документации.

В соответствии с пунктом 41.1 Положения о закупке, в течение трех рабочих дней с даты размещения в ЕИС, на официальном сайте, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Положением, протокола, составленного по итогам проведения конкурентной закупки в электронной форме или протокола, составленного в ходе проведения конкурентной закупки в электронной форме в случае признания закупки несостоявшейся по причине признания только одной заявки участника соответствующей требованиям извещения и (или) документации о конкурентной закупке, Заказчик размещает на ЭТП без своей подписи проект договора, который составляется путем включения в проект договора, прилагаемый к документации о конкурентной закупке или извещению о закупке, цены договора, предложенной участником закупки, с которым заключается договор, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), предложения участника конкурентной закупки о качественных, функциональных и об экологических характеристиках объекта закупки. При заключении договора его цена не может превышать начальную (максимальную) цену договора, указанную в извещении о проведении конкурентной процедуры в электронном виде.

Согласно пункту 46.2. Положения о закупке, в течение пяти дней с даты размещения Заказчиком на ЭТП проекта договора победитель конкурентной процедуры в электронной форме подписывает усиленной электронной подписью указанный договор, размещает на ЭТП подписанный проект договора, документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения договора, если данное требование установлено в извещении и (или) документации о конкурентной закупке, а также документы во исполнение требований, предусмотренных разделом 42 настоящего Положения (при соответствии указанным условиям), либо

в случае наличия разногласий по проекту договора, размещенного Заказчиком, победитель конкурентной процедуры в электронной форме составляет протокол разногласий с указанием замечаний к положениям проекта договора, не соответствующим извещению, документации о конкурентной закупке в электронной форме и своей заявке, с указанием соответствующих положений данных документов. Протокол разногласий направляется победителем конкурентной процедуры в электронной форме Заказчику с использованием программно-аппаратных средств ЭТП не более чем один раз.

Пунктом 46.3. Положения о закупке установлено, что в течение трех рабочих дней с даты направления победителем конкурентной процедуры в электронной форме протокола разногласий Заказчик рассматривает протокол разногласий и направляет участнику процедуры закупки, доработанный проект договора либо повторно направляет проект договора с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания.

Согласно пункту 46.4. Положения о закупке, в течение трех рабочих дней с даты направления заказчиком документов, предусмотренных пунктом 46.3 настоящего Положения, победитель закупки в электронной форме на ЭТП подписывает усиленной электронной подписью договор, а также размещает на ЭТП подписанный договор и документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения договора, если данное требование установлено в извещении и (или) документации о закупке, а также документы во исполнение требований, предусмотренных разделом 42 настоящего Положения (при соответствии указанным условиям).

В соответствии с пунктом 46.5. Положения о закупке, в течение трех рабочих дней с даты размещения на ЭТП победителем закупки в электронной форме подписанного им договора и документа, подтверждающего предоставление обеспечения исполнения договора, если данное требование установлено в извещении и (или) документации о закупке, а также документов во исполнение требований, предусмотренных разделом 42 настоящего Положения (при соответствии указанным условиям), Заказчик подписывает усиленной электронной подписью договор на ЭТП.

Комиссией установлена следующая хронологическая последовательность действий со стороны Заказчика и Заявителя:

27 октября 2022 года Заказчиком на электронной торговой площадке (далее - ЭТП) и в ЕИС опубликован Протокол подведения итогов на участие в процедуре от 27 октября 2022 года № 32211755349 (далее также - Итоговый протокол). В соответствии с Итоговым протоколом по итогам аукциона победителем признан ООО «СНАБЖЕНЕЦ-2».

02 ноября 2022 года Заказчиком на ЭТП размещен проект договора.

07 ноября 2022 года Победителем аукциона на ЭТП размещен протокол разногласий.

10 ноября 2022 года Заказчиком на ЭТП, в ответ на протокол разногласий размещен новый проект договора.

15 ноября 2022 года проект договора был подписан Победителем аукциона усиленной электронной подписью, размещен на ЭТП, а также приложен документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения договора (добросовестность ООО «Снабженец-2», Банковская гарантия, Доверенность).

16 ноября 2022 года Заказчиком в ЕИС размещен Протокол признания победителя аукциона в электронной форме уклонившимся от заключения договора на оказание услуг по созданию видеороликов о ирбисе для ГАУ «Московский зоопарк».

Как следует из материалов дела, Заявителем в установленный срок 15.11.2022 проект договора был подписан и предоставлено обеспечение исполнения договора в виде независимой гарантии от 15.11.2022 № 813796, выданной банком Акционерным обществом Коммерческий Банк «Модульбанк» (далее – независимая гарантия).

Вместе с тем 16.11.2022 Заказчиком при рассмотрении представленных документов было установлено несоответствие независимой гарантии требованиям, указанным в документации (извещении) о закупке, а именно не соответствуют размеры убытков, которые должна покрывать гарантия.

Комиссия вновь отмечает, что пунктами 6.3.4.4.1. – 6.3.4.4.17 документации о закупке установлен исчерпывающий перечень требований к обеспечению исполнения обязательств по договору, если такое обеспечение будет представлено в виде независимой банковской гарантии.

Как было указано Комиссией ранее, пунктом 25 информационной карты закупочной документации установлены обязательства по договору, которые должны быть обеспечены.

Аналогичные требования установлены пунктом 6.3.4.2 документации, согласно которым обеспечиваются следующие обязательства Поставщика (Исполнителя, Подрядчика) по Договору:

- возврат авансового платежа по Договору, если выплата авансового платежа предусмотрена Договором;
- своевременность исполнения обязательства Поставщика (Исполнителя, Подрядчика) по Договору;
- качественное исполнение обязательства Поставщиком (Исполнителем, Подрядчиком) по Договору;
- исполнения обязательства в объеме, предусмотренном Договором и приложениями к нему;
- выплату неустойки (пени) и штрафов, предусмотренных Договором;
- **возмещение убытков, причиненных ненадлежащим исполнением обязательств по Договору.**

В свою очередь, у Заявителя в пункте 1 проекта независимой гарантии, обязательства по договору, которые должны быть обеспечены определены

следующим образом:

«1. Настоящая независимая гарантия обеспечивает исполнение принципалом его обязательств, предусмотренных договором, заключенным (заключаемым) с бенефициаром, включающих в том числе:

- обязательство уплатить сумму в размере авансового платежа (если выплата авансового платежа предусмотрена условиями контракта) при условии если бенефициаром предъявлено требование о возврате авансового платежа принципалу и оно им не выполнено. - своевременность исполнения обязательства принципала по Договору;

- качественное исполнение обязательства принципалом по Договору;

- исполнения обязательства в объеме, предусмотренном Договором и приложениями к нему; - выплату неустойки (пени) и штрафов, предусмотренных Договором;

- возмещение убытков (за исключением упущенной выгоды), возникших в связи с неисполнением/ненадлежащим исполнением или просрочкой Принципалом обязательств по Контракту».

Стоит отметить, что Заявитель не отрицал факт несоответствия банковской гарантии установленным требованиям в закупочной документации.

Однако вышеуказанное обстоятельство явилось основанием признания Заявителя уклонившимся от заключения договора в соответствии с пунктом 6.3.4.5 Документации о закупке и составления протокола о признании победителя аукциона в электронной форме уклонившимся от заключения договора в соответствии с пунктом 41.5 Положения о закупке.

Согласно пункту 6.3.4.5. документации, Заказчик рассматривает поступившую в качестве обеспечения исполнения Договора независимую гарантию в срок, не превышающий трех рабочих дней со дня ее поступления.

Основанием для отказа в принятии независимой гарантии Заказчиком является несоответствие независимой гарантии требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, Документации о закупке (п. 6.3.4.1, п. 6.3.4.2, п. 6.3.4.3, 6.3.4.4), проекту договора, который заключается с Поставщиком (Подрядчиком, Исполнителем).

Таким образом, пункт 1 проекта независимой гарантии не соответствовал пункту 6.3.4.4, пункту 6.3.4.2 документации о закупке и пункту 25 информационной карты документации о закупке.

В свою очередь, Заявитель на заседании Комиссии пояснил, что после объявления его победителем он неоднократно высылал представителю Заказчика макет банковской гарантии для согласования, чтобы при необходимости Заказчик внес все свои изменения и указал на неточности. Как указывает Заявитель, поскольку Заказчик вступил в преддоговорные переговоры с Победителем закупки по вопросу обеспечения исполнения договора, Заказчик не пояснил конкретно что должно быть скорректировано в тексте банковской гарантии, чем по мнению Заявителя, ввел его в заблуждение, не предъявив конкретики, а ограничиваясь

общими замечаниями.

Заявитель полагает, что Заказчик отказался принять банковскую гарантию, где возмещению подлежал реальный ущерб, но не упущенная выгода. По мнению Заявителя, упущенная выгода по данному виду оказываемых услуг (создание видеороликов) фактически невозможна к взысканию, в связи с чем, Заказчик неправомерно признал его уклонившимся от заключения договора.

Также Заявитель отметил, что позднее банком 18.11.2022 было предоставлено дополнение к независимой гарантии от 15.11.2022 № 813796, которое исправляет замечание, выданное Заказчиком.

Так, 20.11.2022 Заявитель направил дополнение к независимой гарантии от 15.11.2022 № 813796 Заказчику с учетом всех его замечаний.

Комиссия отклоняет изложенную позицию Заявителя ввиду следующего.

В силу статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации участник закупки при подаче заявки конклюдентно соглашается с ее условиями, в связи с чем презюмируется позиция участника о признании таких условий соответствующими положениям антимонопольного законодательства.

Комиссия отмечает, что Заказчик должен действовать согласно порядку, установленному в закупочной документации.

Комиссия отмечает, что положениями документации не предусмотрена процедура согласования участниками закупок проектов банковских гарантий с Заказчиками.

При этом обеспечение исполнения контракта является бременем победителя закупочной процедуры и корректность такого обеспечения находится в поле ответственности победителя закупки.

В силу части 29 статьи 3.4 Закона о закупках договор по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства заключается на условиях, которые предусмотрены проектом договора, документацией о конкурентной закупке, извещением об осуществлении конкурентной закупки и заявкой участника такой закупки, с которым заключается договор.

Вместе с тем дополнение от 18.11.2022 выданное Акционерным обществом Коммерческий Банк «Модульбанк» к независимой гарантии, представленной на момент заключения Договора, было изготовлено и направлено после того, как Победителем был подписан договор, а Заказчиком был составлен и размещен протокол отказа от заключения Договора (16 ноября 2022 года).

Кроме того, закупочная документация не предусматривает возможность корректировки или изменения представленного победителем аукциона обеспечения исполнения договора в виде независимой гарантии.

Комиссия приходит к выводу об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства со стороны Заказчика, так как при признании Заявителя уклонившимся от заключения договора, Заказчик действовал в соответствии с собственной документацией, которая не была оспорена участником конкурентной

процедуры в установленном законом 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 нарушений действующего законодательства Российской Федерации в сфере закупок, 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 жалобы Заявителя.

Дополнительно Комиссия считает необходимым отметить, что настоящее решение не является преюдициальным для дальнейших решений в рамках рассмотрения вопроса о внесении сведений о Заявителе в реестр недобросовестных поставщиков.

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, наложенные письмом Московского УФАС России от 23.11.2022 № НП/59436/22.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.