

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-4711/2024 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.04.2024

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 лице генерального директора общества «.....», действующего на основании Решения единственного учредителя «.....» от 19.02.2024 № 3, «.....» и «.....» в лице «.....», действующей на основании доверенности от 10.01.2024 № ДТЗ-04-01-01-03/24, «.....» в лице «.....», действующей на основании доверенности от 06.02.2024 № 77-13-1/24-19,

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 текущему и кузовному ремонту автобусов (реестровый № 32413322383, 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.

Комиссией установлено, что 26.02.2024 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (адрес в сети «Интернет» - <http://zakurki.gov.ru>) размещено извещение о проведении Закупки.

Начальная (максимальная) цена договора установлена в размере 105 000 000,00 рублей.

Дата начала срока подачи заявок: 26.02.2024.

Дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика): 13.03.2024 10:00.

В соответствии с протоколом подведения итогов процедуры от 20.03.2024 № 32413322383 Заявитель (участник № 5445415) признан победителем Закупки.

Согласно протоколу от 03.04.2024 № 32413322383, Заявитель признан уклонившимся от заключения договора на основании пункта 41.5 Положения о закупках товаров, работ, услуг для нужд ГУП «Мосгортранс» по причине непредставления участником закупки, с которым заключается договор, надлежащего обеспечения исполнения договора в срок, установленный для заключения договора.

Не согласившись с принятым Заказчиком решением, Заявитель обратился с жалобой в антимонопольный орган.

В обоснование неправомочности принятого Заказчиком решения о признании

уклонившимся от заключения договора Заявитель указывает, что представленная независимая гарантия в качестве обеспечения исполнения договора от 29.03.2024 № М00-24-05360/EG, выданная Банком ВТБ (публичное акционерное общество) (далее также – Гарантия) соответствует требованиям документации, поскольку пункт 1 Гарантии, по его мнению, охватывает все формы ответственности, предусмотренные договором, включая обязательство по возмещению убытков.

Таким образом, Заявитель считает, что е г о представленная Гарантия соответствует всем установленным требованиям, а также подтверждает возможность предъявления Заказчиком требований о возмещении убытков.

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.

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).

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 ГУП «МОСГОРТРАНС», утвержденного Приложением к приказу ГУП «Мосгортранс» от 07.03.2024 № 161 (в ред. Приказа от 06.04.2024 № 280)(далее – Положение о закупке).

Согласно части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках предусмотрено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Комиссия отмечает, что статьей 3.4 Закона о закупках определены особенности

проведения закупок товаров, работ и услуг среди субъектов малого и среднего предпринимательства (далее — субъекты МСП).

В соответствии с частью 31 статьи 3.4 Закона о закупках в отношении независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, применяются положения пунктов 1 - 3, подпунктов «а» и «б» пункта 4 части 14.1, частей 14.2 и 14.3 настоящей статьи.

При этом такая независимая гарантия:

1) должна содержать указание на срок ее действия, который не может составлять менее одного месяца с даты окончания предусмотренного извещением об осуществлении конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, документацией о такой закупке срока исполнения основного обязательства;

2) не должна содержать условие о представлении заказчиком гаранту судебных актов, подтверждающих неисполнение участником закупки обязательств, обеспечиваемых независимой гарантией.

В свою очередь, частью 14.1 статьи 3.4 Закона о закупках определено, что независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов МСП, должна соответствовать следующим требованиям:

1. независимая гарантия должна быть выдана гарантом, предусмотренным частью 1 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»;

2. информация о независимой гарантии должна быть включена в реестр независимых гарантий, предусмотренный 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» (вступает в силу 01.04.2023);

3) независимая гарантия не может быть отозвана выдавшим ее гарантом;

4) независимая гарантия должна содержать :

а) условие об обязанности гаранта уплатить заказчику (бенефициару) денежную сумму по независимой гарантии не позднее десяти рабочих дней со дня, следующего за днем получения гарантом требования заказчика (бенефициара), соответствующего условиям такой независимой гарантии, при отсутствии предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации оснований для отказа в удовлетворении этого требования;

б) перечень документов, подлежащих представлению заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, в случае установления такого перечня Правительством Российской Федерации в соответствии с пунктом 4 части 32 настоящей статьи;

в) указание на срок действия независимой гарантии, который не может составлять менее одного месяца с даты окончания срока подачи заявок на участие в такой закупке.

Кроме того, Комиссия отмечает, что с 01.10.2022 в силу вступило постановление Правительства Российской Федерации от 09.08.2022 № 1397 (далее — Постановление № 1397), в котором установлены дополнительные требования к независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке товаров, работ, услуг в электронной форме с участием субъектов МСП, и к независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого при осуществлении закупки, а также утверждена типовая форма независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов МСП, типовая форма независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого при осуществлении закупки, перечень документов, представляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, форму такого требования, а также особенности порядка ведения реестра независимых гарантий, предусмотренного 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», для целей Закона о закупках.

Согласно пункту 6 Постановления № 1397 независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, должна быть составлена по типовой форме согласно приложению № 3 на условиях, определенных гражданским законодательством и Законом о закупках, и содержать дополнительные требования.

Таким образом, независимая гарантия участника закупки должна соответствовать также Постановлению 1397.

При этом в соответствии с пунктом 17 типовой формы независимой гарантии, утвержденной Постановлением 1397, в типовой форме гарантии могут быть установлены дополнительные условия, **не противоречащие положениям извещения об осуществлении конкурентной закупки, документации о конкурентной закупке и Положения о закупке бенефициара**, а также требованиям к условиям независимой гарантии, установленным Постановлением 1397.

Между тем, пунктом 23 Информационной карты установлен размер обеспечения исполнения договора, порядок и срок его предоставления, а также основное обязательство, исполнение которого обеспечивается.

Так, пунктом 23 Информационной карты установлено, что обеспечение исполнения договора предусмотрено в размере 5% от максимального значения цены договора.

Срок предоставления обеспечения - до момента заключения договора.

Обеспечение исполнения договора может быть представлено в виде независимой гарантии или внесения денежных средств.

Независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, должна быть составлена по типовой форме согласно Приложению № 3 к Положению о независимых гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке товаров, работ, услуг в электронной форме с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, и независимых гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам такой закупки, утвержденному постановлением Правительства Российской Федерации от 09.08.2022 № 1397, на условиях, определенных гражданским законодательством и Законом № 223-ФЗ.

Независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, должна соответствовать требованиям, предусмотренным частями 31 и 32 статьи 3.4 Закона № 223-ФЗ.

Срок действия независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, должен превышать предусмотренный договором срок исполнения основного обязательства, которое должно быть обеспечено такой независимой гарантией, не менее чем на один месяц, в том числе в случае его изменения.

Независимая гарантия, предоставленная в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, не должна содержать условие о предоставлении Заказчиком гаранту судебных актов, подтверждающих неисполнение участником закупки обязательств, обеспечиваемых независимой гарантией.

Независимая **гарантия должна включать условие о праве заказчика на взыскание** за счет предоставленного обеспечения исполнения договора предусмотренных договором штрафных санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору и **понесенных заказчиком убытков**.

Независимая гарантия должна включать сведения о бенефициаре:

Независимая гарантия должна включать указание на то, что все споры по гарантии подлежат рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы.

Информация о независимой гарантии должна быть включена в реестр независимых гарантий, предусмотренный частью 8 статьи 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ.

**Несоответствие независимой гарантии, предоставленной участником закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, требованиям, предусмотренным настоящей документацией, является основанием для отказа в принятии ее Заказчиком.**

Внесение денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством РФ учитываются операции со средствами,

поступающими заказчику. В случае, если участником закупки, с которым заключается договор, является казенное учреждение, положения об обеспечении исполнения договора к такому участнику не применяются. Договор заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается договор, обеспечения исполнения договора.

В случае непредоставления участником закупки, с которым заключается договор, обеспечения исполнения договора в срок, установленный для заключения договора, такой участник считается уклонившимся от заключения договора.

Как следует из представленных материалов, Заявитель в качестве обеспечения исполнения договора представил независимую гарантию от 29.03.2024 № М00-24-05360/EG, выданную Банком ВТБ (публичное акционерное общество).

Комиссия, проанализировав представленную Гарантию, отмечает, что пунктом 1 установлено: *«1. Настоящая независимая гарантия обеспечивает исполнение принципалом его обязательств, предусмотренных договором, заключенным (заключаемым) с бенефициаром, включающих в том числе обязательства принципала по уплате неустоек (штрафов, пеней)».*

При этом в рассматриваемом случае закупочной документацией установлено требование, что независимая гарантия должна включать условие о праве заказчика на взыскание за счет предоставленного обеспечения исполнения договора предусмотренных договором штрафных санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору и понесенных заказчиком убытков.

На заседании Комиссии Заявитель подтвердил, что представленная Гарантия не содержит однозначного требования, предъявляемого Заказчиком. Однако, как было указано Комиссией ранее, по мнению Заявителя, первый пункт Гарантии охватывает все формы ответственности, предусмотренные договором, включая обязательство по возмещению убытков.

В свою очередь, Комиссия считает необходимым отметить, что в соответствии с пунктом 1 статьи 307 ГК РФ в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

То есть, в силу пункта 1 статьи 307 ГК РФ возмещение убытков не является обязательствами по договору.

В соответствии с пунктом 1 статьи 330 ГК РФ неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Таким образом, в силу пункта 1 статьи 330 ГК РФ возмещение убытков так же не может быть отнесено к обязательствам по уплате неустоек.

При этом статьей 15 ГК РФ предусмотрено возмещение убытков, а именно возмещение реального ущерба и упущенной выгоды.

Так, частью 2 статьи 15 ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

То есть, Комиссия обращает внимание, что понятие «убытки» включает в себя и реальный ущерб и упущенную выгоду.

В представленной Заявителем Гарантии отсутствует обязательство возместить убытки в полном объеме, что противоречит требованиям Документации о закупке.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что пункт 1 Гарантии не соответствует требованиям пункта 23 Информационной карты закупочной документации.

Соответственно, Комиссия приходит к выводу, что Заказчик правомерно признал участника уклонившимся от заключения договора.

Комиссия отмечает, что несоответствие участника закупки хотя бы одному обязательному требованию, установленному в Документации о закупке, влечет за собой отклонение заявки такого участника.

При этом Комиссия считает необходимым отметить, что в случае несогласия Заявителя с положениями документации, последний не был лишен возможности обжалования в установленном порядке в срок до окончания подачи заявок на участие.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что независимая гарантия, представленная Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора в полной мере не отвечала установленным Заказчиком требованиям, а равно у Заказчика имелись основания для отказа победителю аукциона в заключении договора по результатам Закупки.

Таким образом, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отказе Заявителю в заключении договора по результатам Закупки правомерным, принятым в соответствии с требованиями Закупочной документации и требований Закона о закупках.

Подача заявки является для общества принятием (акцептом) всех условий Заказчика, в том числе согласием исполнять обязанности участника Закупки, заключить и исполнить договор на предусмотренных извещением, документацией условиях, для чего Заявителем была представлена в том числе и независимая гарантия.

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 наступлению неблагоприятных последствий 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 признанию его уклонившимся в случае, если банковская гарантия не соответствовала требованиям аукционной 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 действующего законодательства о Закупках, 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.

Вместе с тем 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.

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, наложенные письмом Московского УФАС России от 08.04.2024 № НП/14034/24.

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