

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-8040/2022 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**01.06.2022 г. Москва**

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

**при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Диалектика», ГКУ города Москвы «Дирекция транспортных закупок»,**

**рассмотрев жалобу ООО «Диалектика» (далее — Заявитель) на действия ГУП «Московский метрополитен», ГКУ города Москвы «Дирекция транспортных закупок» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на поставку материалов для ликвидации напорных течей (реестровый № 32211341106, далее — Закупка),**

### **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, поскольку, по мнению Заявителя, ему было отказано в допуске к участию в закупке по необоснованным и формальным основаниям, так как предоставленная банковская гарантия соответствовала 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, 25.04.2022 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 32211341106 от 23.05.2022 Заказчиком было принято решение об отказе в допуске к участию в процедуре участнику с номером 839687 (Заявителю) по следующему основанию:

«Основание отклонения: п.23 Аукционной документации, п.3 ч.2 ст.45 44-ФЗ, а именно: в независимой Гарантии, представленной участником указано: «... подлежащей уплате за каждый календарный день просрочки...».

Комиссия установила, что пунктом 23 Информационной карты аукциона предусмотрен размер обеспечения заявки, срок и порядок его предоставления.

Сумма обеспечения заявки на участие в электронном аукционе предусмотрена в размере 1 % от начальной (максимальной) цены договора.

Обеспечение заявки может предоставляться в виде денежных средств или независимой гарантии. Выбор способа обеспечения заявки осуществляется участником закупки самостоятельно. Обеспечение заявки в виде независимой гарантии предоставляется в соответствии со 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 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 независимой гарантии в реестре независимых гарантий.

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 независимая гарантия от 13.05.2022 № 682401, выданная Акционерным обществом коммерческим банком «Модульбанк» (далее – Гарантия), в пункте 6 которой содержится следующее условие:

«В случае неисполнения требования об уплате по настоящей Гарантии в установленный срок Гарант обязуется уплатить неустойку Бенефициару в размере 0,1 (Ноль целых одна десятая) процента от суммы, подлежащей уплате за каждый календарный день просрочки, начиная со дня истечения срока, установленного в настоящем пункте».

Согласно пункту 3 части 2 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» (далее — Закон о контрактной системе) независимая гарантия должна быть безотзывной и должна содержать обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки.

При сравнении формулировок, содержащихся в Законе о контрактной системе в части ответственности гаранта перед заказчиком, и тех формулировок, которые содержатся в банковской гарантии, представленной Заявителем, устанавливается различие в отсутствии запятой после причастного оборота «подлежащей уплате».

Уточнение, выделенное знаками препинания «запятая» в этом предложении, определяет, от какой суммы рассчитывается неустойка, а именно: от суммы «..., подлежащей уплате, ...».

Комиссия отмечает, что отсутствие такого уточнения в банковской гарантии приводит к изменению смысла формулировки таким образом, что по условиям банковской гарантии размер неустойки рассчитывается от неопределенной суммы, подлежащей уплате за каждый день просрочки.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что представленная Заявителем банковская гарантия не соответствует требованиям, установленным в пункте 3 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе, в части формулировки о подлежащей уплате неустойке и о том, от какой суммы следует исходить при ее расчете.

Кроме того, именно на Заказчике лежит риск несения негативных последствий от несоответствия условий гарантии положениям закона, поскольку именно Заказчик выступает бенефициаром по гарантии.

Отказ в принятии гарантии, условия которой формально не соответствуют требованиям закона, является правомерным решением Заказчика, направленным на избежание возникновения возможного ущерба и предотвращение связанных с указанными обстоятельствами дела последствий.

При таких обстоятельствах, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отклонении заявки Заявителя правомерным, принятым в соответствии с требованиями документации и требованиями 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 «Диалектика» (ИНН 7713729511, ОГРН 1117746441284) на действия ГУП «Московский метрополитен» (ИНН 7702038150, ОГРН 1027700096280), ГКУ города Москвы «Дирекция транспортных закупок» (ИНН 7709501828, ОГРН 1037739833493) при проведении Закупки необоснованной.**
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 27.05.2022 № НП/28200/22.

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