

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-11441/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

04.08.2022 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 «...», АО «МОСГАЗ»;

в отсутствие представителей АО «ЕЭТП», уведомленных надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 01.08.2022 № НП/39780/22;

рассмотрев жалобу «...» (далее - Заявитель) на действия АО «МОСГАЗ» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку смесей асфальтобетона для нужд АО «МОСГАЗ» (реестровый № 32211477736, 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.

Жалоба принята к рассмотрению в порядке, предусмотрено статьей 18.1 Закона о защите конкуренции.

При этом в жалобе Заявителя содержатся ссылки на нарушение Заказчиком статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Комиссия разъяснила Заявителю о том, что настоящая жалоба принята к рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Жалоба, содержащая сведения о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается по правилам главы 9 Закона о защите конкуренции.

На вопрос Комиссии Заявитель пояснил, что отказывается от рассмотрения жалобы по правилам главы 9 Закона о защите конкуренции и в качестве способа защиты права выбирает рассмотрение своей жалобы по правилам статьи 18.1. Закона о защите конкуренции.

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.

Заявитель оспаривает неправомерное признание его уклонившимся от заключения договора.

В соответствии с Итоговым протоколом аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку смесей асфальтобетона для нужд АО «МОСГАЗ» от 18.07.2022 Заявитель был признан победителем.

Согласно Протоколу признания участника уклонившимся от заключения договора по результатам проведения аукциона в электронной форме от 26.07.2022, основания для отказа Заказчика от заключения договора:

«В соответствии с пунктом 41.1 Положения о закупках товаров, работ, услуг для нужд АО «МОСГАЗ», утвержденного Советом директоров АО «МОСГАЗ» (Протокол № 145 от 22.04.2022) (далее – Положение о закупках) заключение договора по результатам проведенной конкурентной закупки производится не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в ЕИС итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки.

Руководствуясь пунктом 46.1 Положения о закупках и подпунктом 6.2.1 аукционной документации на поставку смесей асфальтобетона для нужд АО «МОСГАЗ» (далее – Аукционная документация) Заказчик 21.07.2022 разместил на электронной торговой площадке (далее – ЕЭТП) (<https://com.roseltorg.ru/>) проект договора.

В соответствии с подпунктом 6.2.2 Аукционной документации в течение пяти дней с даты размещения Заказчиком на ЭТП проекта договора, победитель аукциона в электронной форме подписывает усиленной электронной цифровой подписью проект договора, размещает на ЭТП подписанный проект договора, документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения договора, а также документы во исполнение требований, предусмотренных разделом 7 Аукционной документации.

22.07.2022 победителем аукциона в электронной форме на ЕЭТП был подписан проект договора и представлено обеспечение исполнения договора в форме Банковской гарантии от 21.07.2022 № 10439049, выданной Акционерным коммерческим банком «Абсолют Банк» (публичное акционерное общество) (далее – Гарантия).

Представленная Гарантия не соответствует положениям Аукционной документации по следующему основанию.

Подпунктом 6.3.6.2 Аукционной документации установлено:

Банковская гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, вид которой предусмотрен Федеральным законом от 05.04.2013 № 44–ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», лица, имеющего право действовать от имени банка, на условиях, определенных гражданским законодательством и статьей 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44–ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Банковская гарантия должна быть подписана лицом, имеющим право, в соответствии с законодательством Российской Федерации, действовать от имени банка без доверенности, что должно быть подтверждено соответствующими документами (приказ, решение, протокол, иные), или надлежащим образом уполномоченным им лицом на основании доверенности. В последнем случае к банковской гарантии прикладывается копия соответствующей доверенности.

К представленной Гарантии не прикреплена копия доверенности на представителя от АКБ «Абсолют Банк» (ПАО) «...».

На основании пункта 2 ст. 368 Гражданского кодекса Российской Федерации независимая гарантия выдается в письменной форме, позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром. Доверенность подтверждает наличие у поверенного прав действовать от имени доверителя, определяет условия и границы реализации этих прав. Она предназначена для предъявления третьим лицам, в отношениях с которыми поверенный выступает от имени доверителя. Таким образом, третьи лица должны иметь возможность убедиться в том, что у поверенного есть необходимые полномочия.

Поскольку банковская гарантия является односторонней сделкой, то следует учитывать, что согласно пункту 2 ст. 154 Гражданского кодекса Российской Федерации односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Если односторонняя сделка совершена, когда законом, иным правовым актом или соглашением сторон ее совершение не предусмотрено или не соблюдены требования к ее совершению, то по общему правилу такая сделка не влечет юридических последствий, на которые она была направлена.

В настоящем случае, поскольку подписантом Гарантии является лицо, действующее на основании доверенности, то невозможно установить волеизъявление гаранта на выдачу указанной банковской гарантии без предъявления доверенности третьим лицам.

Учитывая изложенное, в нарушение подпункта 6.3.6.2 пункта 6.3 статьи 6 Аукционной документации Индивидуальный предприниматель «...» не представил Заказчику надлежащим образом оформленное обеспечение исполнения договора».

Соответственно, на основании пункта 41.5 Положения о закупках и подпункта 6.3.6.2 Аукционной документации Индивидуальный предприниматель «...» признается уклонившимся от заключения договора.

Вместе с тем, Заявитель отмечает, что возможность подтверждения (проверки) подлинности (действительности) гарантии предусмотрена самой гарантией: присутствует QR-код, по которому отображается информация на информационном ресурсе банка и что полномочия представителя от АКБ «Абсолют Банк» (ПАО) «...» на подписание банковских гарантий подтверждаются доверенностью «...».

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 Положения о закупках товаров, работ, услуг для нужд АО «МОСГАЗ», утвержденного Советом директоров АО «МОСГАЗ» (Протокол № 145 от 22.04.2022) (далее – Положение о закупке).

Комиссией установлено, что 16.06.2022 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок <http://zakupki.gov.ru> размещено извещение № 32211477736 о проведении аукциона в электронной форме на поставку смесей асфальтобетона для нужд АО «МОСГАЗ».

Пунктом 6.3.6 закупочной документации установлены требования к обеспечению исполнения договора, предоставляемому в виде безотзывной банковской гарантии:

6.3.6.1. Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора принимаются банковские гарантии, выданные участнику закупки банком для целей обеспечения исполнения договора, которые должны 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, а также постановлению Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

6.3.6.2. Банковская гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, вид которой предусмотрен Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере 25 закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», лица, имеющего право действовать от имени банка, на условиях, определенных гражданским законодательством и

статьей 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Банковская гарантия должна быть подписана лицом, имеющим право, в соответствии с законодательством Российской Федерации, действовать от имени банка без доверенности, что должно быть подтверждено соответствующими документами (приказ, решение, протокол, иные), или надлежащим образом уполномоченным им лицом на основании доверенности. В последнем случае к банковской гарантии прикладывается копия соответствующей доверенности.

Банковская гарантия должна быть безотзывной и должна, в том числе, содержать обязательства гаранта выплатить бенефициару сумму гарантии или ее часть, а именно:

- обязательство уплатить сумму неустойки (штрафа, пеней) предусмотренных договором;
- обязательство уплатить сумму в размере авансового платежа (если выплата авансового платежа предусмотрена условиями договора), при условии, если бенефициаром предъявлено требование о возврате авансового платежа принципалу и оно им не выполнено;
- обязательство возместить убытки, понесенные Заказчиком в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением принципалом своих обязательств по договору, обеспеченных гарантией;
- обязательство уплатить всю сумму по гарантии в случае расторжения договора по причине неисполнения или ненадлежащего исполнения принципалом обязательств по договору, обеспеченных гарантией.

Также в соответствии с пунктом 6.2.6 закупочной документации победитель аукциона в электронной форме (за исключением участника закупки, предусмотренного пунктом 6.2.7 настоящей части документации) признается, уклонившимся от заключения договора, в случае, если в сроки, предусмотренные пунктом 6.2.2 настоящей части документации, он не направил Заказчику проект договора, подписанный электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени такого победителя, или не предоставил Заказчику обеспечение исполнения договора, или не исполнил требования, предусмотренные разделом 7 настоящей части документации.

Комиссия также отмечает, что требования к банковской гарантии утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Дополнительными требованиями, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 № 1005 установлено, что банковская гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного усиленной неквалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени банка.

Между тем, из представленных материалов следует, что Банковская гарантия от 21.07.2022 № 10439049 подписана «...», при этом присутствует отметка с указанием, что документ подписан усиленной квалифицированной электронной подписью «...». При этом копия доверенности на «...» не представлена Заявителем.

Более того, Заявитель не отрицает тот факт, что копия доверенности выданная банком лицу, подписавшему гарантию, не была приложена. Данное обстоятельство пояснил технической ошибкой.

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 Заказчиком требованиям и требованиям законодательства, а равно у Заказчика имелись основания для признания участника уклонившимся от заключения договора.

Дополнительно Комиссия отмечает, что QR-код, по которому отображается информация на информационном ресурсе банка, подтверждает факт выдачи банковской гарантии, но несет в себе информацию о полномочиях сотрудников, подписавших данную банковскую гарантию.

В связи с вышеизложенным, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отклонении заявки Заявителя на этом основании 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 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, 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 «...» на действия АО «МОСГАЗ» (ИНН: 7709919968; ОГРН: 1127747295686) при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 01.08.2022 № НП/39780/22.

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