

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-9733/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.06.2022

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 АО «НТСС», АО «Мосгаз»,

рассмотрев жалобу АО «НТСС» (далее также - Заявитель) на действия АО «Мосгаз» (далее также - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по обследованию технического состояния строительных конструкций зданий, сооружений, инженерных коммуникаций, на выполнение геотехнического прогноза (оценки) влияния строительных работ на существующие здания, сооружения, инженерные коммуникации окружающей застройки, на разработку программы мониторинга за состоянием строительных конструкций существующих зданий, сооружений, инженерных коммуникаций, попадающих в зону производства работ на объектах реконструкции, капитального ремонта, технического перевооружения газопроводов, технического перевооружения камер, ГРП, ликвидации ГРП, выноса и восстановления (перекладка) газопроводов, технологического присоединения к сетям газоснабжения, реконструкции и капитального ремонта электротехнических установок на территории г. Москвы и Московской области и сопровождение при прохождении экспертизы технического отчета, научно-технического заключения (отчета) и программы мониторинга (реестровый № 3221 1378863, 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, мотивированная несогласием с отклонением заявки Заявителя от дальнейшего участия в Закупке.

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.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Как следует из материалов дела, Заказчиком 12.05.2022 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 конкурса в электронной форме (далее – конкурс, процедура).

Начальная цена контракта: 49 000 000,00 руб.

Дата и время окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе в электронной форме: «30» мая 2022 года в 08:00:00 (время московское).

Согласно протоколу рассмотрения заявок на участие в конкурсе в электронной форме от «06» июня 2022 года заявка Заявителя (порядковый номер 2) была отклонена от дальнейшего участия в процедуре в связи с ее несоответствием требованиям пунктов 1.10.1.2, 1.10.1.3 конкурсной документации, а также пунктов 13.4.2, 13.4.3 Положения о закупках Заказчика, ввиду несоответствия заявки

Заявителя требованиям, установленным в пункте 9.9 части III «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА КОНКУРСНОЙ ДОКУМЕНТАЦИИ» конкурсной документации, а также несоответствия обеспечения заявки Заявителя требованиям, установленным в конкурсной документации.

В обоснование своей позиции относительно отклонения заявки за отсутствие сформированного в соответствии с положениями Градостроительного кодекса Российской Федерации компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, заключенному с использованием конкурентных способов заключения договора, в силу чего участник закупки не соответствует требованиям конкурсной документации, Заявитель отмечает, что не согласен с данной причиной отклонения, так как в их заявке указана цена договора менее 25 000 000 и составляет 24 990 000 (двадцать четыре миллиона девятьсот девяносто тысяч) рублей 00 копеек, что не противоречит их выписки из реестра членов саморегулируемой организации.

Относительно отклонения заявки Заявителя по причине не соответствия приложенной банковской гарантии, Заявитель в обоснование своей позиции прокомментировал, что не согласен с данным основанием отклонения, так как пунктом 7 банковской гарантии предусмотрено, что требование Гаранту может быть предоставлено посредством отправки на электронную почту. По мнению Заявителя, Заказчик всегда может проконтролировать получение письма, запросив уведомление о прочтении, а также Заявитель полагает, что работа интернета на территории Заказчика - это зона ответственности Заказчика, таким образом, Заказчик ссылается на работу почты неправомерно и гарантия, выданная Заявителю соответствует всем требованиям.

С учетом изложенной позиции Заказчика, проанализировав и исследовав представленные на рассмотрение документы и сведения, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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.

Законом о закупках при закупке товаров, работ, услуг также предусмотрено, что заказчики руководствуются, в том числе принципами информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о закупке должны быть указаны требования к участникам закупки и перечень документов, предоставляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Относительно первого основания отклонения заявки Заявителя, Комиссией установлено, что Пунктом 9.9 (подпункт 1) части III «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА КОНКУРСНОЙ ДОКУМЕНТАЦИИ» установлено требование к участникам закупки о наличии членства в саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, имеющей компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств, сформированный в порядке, установленном Градостроительным кодексом Российской Федерации.

Пунктом 9.6 части III «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА КОНКУРСНОЙ ДОКУМЕНТАЦИИ» установлено максимальное значение цены договора (лимит выделенных средств): 49 000 000,00 руб. (Сорок девять миллионов рублей 00 копеек), в том числе НДС 20%.

Вместе с тем, Заявителем в составе заявки на участие в конкурсе в электронной форме представлена выписка из реестра членов саморегулируемой организации Ассоциации «Межрегиональное объединение изыскателей «ГЕО» от 11.05.2022 № 156/02 АМ, согласно которой уровень ответственности участника закупки по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, заключенных с использованием конкурентных способов заключения договоров первый (предельный (совокупный) размер обязательств по договорам строительного подряда не превышает 25 000 000,00 рублей).

Частью 3 статьи 55.8 Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее – ГрК РФ) предусмотрено, что член СРО имеет право выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, при соблюдении в совокупности следующих условий:

1) наличие у СРО, членом которой является такое лицо, компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств, сформированного в соответствии со статьями 55.4 и 55.16 ГрК РФ;

2) если совокупный размер обязательств по указанным в абзаце первом настоящей части договорам не превышает предельный размер обязательств, исходя из которого таким лицом был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 11 или 13 статьи 55.16 ГрК РФ.

Частями 11 и 13 статьи 55.16 ГрК РФ установлены минимальные размеры взносов в указанный компенсационный фонд на одного члена СРО, выразившего намерение принимать участие в заключении договоров с использованием конкурентных способов в зависимости от уровня ответственности.

Соответственно, в силу положений статьи 55.6, частей 5, 6, 8 статьи 55.8, части 3 статьи 55.16 ГрК РФ, член СРО, не уплативший взнос (дополнительный взнос) в

компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств, не вправе заключать договоры подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, договоров строительного подряда (новые договоры) с использованием конкурентных процедур, а в случае установления недостоверности информации, представленной участником открытого конкурса в электронной форме, конкурсная комиссия обязана отстранить такого участника от участия в этом конкурсе на любом этапе его проведения (ч. 5 ст. 54.7 ГрК РФ).

Как следует из части 11 статьи 55.16 ГрК РФ, основанием для уплаты взноса в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств является намерение члена саморегулируемой организации принимать участие в заключении договоров подряда на выполнение инженерных изысканий.

Участник закупки, подавая заявку на участие в конкурсе в электронной форме, выразил намерение выполнять соответствующие изыскательские работы. Совершение таких действий в отсутствие уплаты необходимого взноса, с учетом установленного Заказчиком максимального значения цены договора (лимита выделенных средств), свидетельствует, что компенсационный фонд обеспечения обязательств саморегулируемой организации не сформирован в соответствии с требованиями статьи 55.16 ГрК РФ (компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств, должен быть 2 - 4 уровня (предельный размер обязательств не превышает 50 млн. руб., 300 млн. руб. или составляет 300 млн. руб. и более соответственно)).

Правовая позиция о правомерности отклонения заявки по оспариваемому основанию нашла отражение в определении Верховного Суда Российской Федерации от 02.02.2022 № 309-ЭС21-27338 по делу № А60-66742/2020.

Таким образом, ссылка Заявителя о том, что его ценовое предложение составляло 24 990 000,00 руб. является несостоятельным ввиду того, что максимальное значение цены договора (лимит выделенных средств) составляет 49 000 000,00 руб., в том числе НДС 20%, а начальная (максимальная) сумма цен единиц работ, на снижение которой и проводился конкурс в электронной форме, составляла 1 316 735,79 руб., в том числе НДС 20%.

Следовательно, ценовое предложение Заявителя на сумму 24 990 000,00 руб. не может являться основанием для правомерности выполнения работ в рамках договора, заключаемого по результатам Закупки, с учетом требований градостроительного законодательства.

Изложенные обстоятельства свидетельствуют о том, у Заявителя на момент рассмотрения заявок на участие в конкурсе в электронной форме отсутствовал сформированный в соответствии с положениями ГрК РФ компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, заключенному с использованием конкурентных способов заключения договора, в силу чего участник закупки не соответствует требованиям конкурсной документации и у Заказчика имелись правовые основания для отклонения заявки Заявителя по данному основанию.

Относительно второго основания отклонения заявки Заявителя, Комиссия отмечает следующее.

Заявителем в составе заявки на участие в конкурсе в электронной форме предоставлено обеспечение заявки на участие в конкурсе в электронной форме в форме банковской гарантии № 10393064 от 23.05.2022 (АКБ «Абсолют Банк» (ПАО)).

Пунктом 4.4.3.1 части II «ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРОВЕДЕНИЯ КОНКУРСА В ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЕ» конкурсной документации установлено, что Заказчиком в качестве обеспечения заявок на участие в конкурсе в электронной форме принимаются банковские гарантии, выданные участнику закупки банком для целей обеспечения заявки на участие в конкурсе в электронной форме, 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 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».

Частью 2 статьи 45 Закона о контрактной системе предусмотрено, что банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- 1) сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в установленных частью 15 статьи 44 настоящего Федерального закона случаях, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со статьей 96 настоящего Федерального закона;
- 2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;
- 3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 4) условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;
- 5) срок действия банковской гарантии с учетом требований статей 44 и 96 настоящего Федерального закона;
- 6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;
- 7) установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

Согласно части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе, в независимую

гарантию включается 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.

При этом требования к банковской гарантии утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 г. № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», где в частности указано, что Банковская гарантия оформляется на условиях, определенных гражданским законодательством.

В нарушение требований Закона о контрактной системе, в частности части 3 статьи 45, в предоставленной участником закупки банковской гарантии № 10393064 от 23.05.2022 (АКБ «Абсолют Банк» (ПАО)) содержатся следующие условия:

- «Требование платежа по Гарантии должно быть представлено ГАРАНТУ до истечения срока действия Гарантии» (пункт 7);
- «ГАРАНТ отказывает БЕНЕФИЦИАРУ в удовлетворении его Требования, если это Требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо получены ГАРАНТОМ по окончании срока действия Гарантии» (пункт 8).

Данные условия банковской гарантии устанавливают, что все требования бенефициара к гаранту должны быть получены гарантом в течение срока действия гарантии, что связывает исполнение гарантом требования об уплате денежной суммы с датой получения последним такого требования, в то время, как Закон о контрактной системе связывает исполнение требования с датой его направления.

Гарант отказывает в удовлетворении требования бенефициара, если требование будет предъявлено гаранту по окончании срока действия Гарантии, т.е. обязательство прекращается окончанием определенного в Гарантии срока, на который она выдана.

Совокупное толкование вышеуказанных пунктов банковской гарантии, т.е. привязка исполнения требования к дате его получения, а не отправления может повлечь ряд негативных последствий для заказчика, поскольку момент получения требования по почте не зависит от волеизъявления последнего, а связан с несколькими факторами, в том числе, с работой такой почты и действиями Гаранта по получению писем.

В определениях Верховного суда Российской Федерации 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.

В соответствии со ст. 165.1. Гражданского кодекса Российской Федерации, заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для Гаранта последствия с момента доставки соответствующего сообщения.

Таким образом, представленная банковская гарантия не соответствует требованиям ст. 165.1 ГК РФ. Бенефициар имеет право направить требование в бумажном виде и в форме электронного документа в срок действия банковской гарантии. Срок установлен в датах от и до. При направлении Требования в Банк в бумажной форме, Бенефициар имеет право направить в организацию связи необходимые документы в целях получения платежа до двадцати четырех часов последнего дня срока согласно ст. 194 ГК РФ. Письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок, что подтверждает отсутствие недобросовестности в реализации права на получение платежа. Согласно п. 2 ст. 374 Гражданского Кодекса Российской Федерации требование Бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания срока действия независимой гарантии.

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 банковской гарантии положения, 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.

Из изложенного следует, согласно Закону о контрактной системе, требование бенефициара должно быть направлено гаранту до окончания срока действия гарантии, что не тождественно моменту получения гарантом такого требования, как указано в спорной банковской гарантии.

Таким образом, Комиссией Управления установлено, что представленная Заявителем в составе заявки банковская гарантия № 10393064 от 23.05.2022 (АКБ «Абсолют Банк» (ПАО)) не соответствовала требованиям, установленным Законом о контрактной системе, а также требованиям, установленным закупочной документацией, в связи с чем заявка Заявителя была правомерно отклонена.

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.

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.

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 АО «НТСС» (ОГРН: 1187746912308, ИНН: 9721071149) на действия АО «Мосгаз» (ОГРН: 1127747295686, ИНН: 7709919968) при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 23.06.2022 № НП/33356/22.

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