

РЕШЕНИЕ по делу № 077/07/00-22631/2021 о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров 20.12.2021 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 ГАУ «МосжилНИИпроект», ООО «А.ТРИ», в отсутствие представителей АО «ЕЭТП», извещенных надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 16.12.2021 № НП/77191/21, рассмотрев жалобу ООО «А.ТРИ» (далее — Заявитель) на действия ГАУ города Москвы «Московский научно-исследовательский и проектный институт жилищного хозяйства «МосжилНИИпроект» (далее — Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по доведению до нормативных значений помещений административного здания в ВАО города Москвы (реестровый №32110830505, далее — Закупка), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), 2021-84679 2 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 части 10 статьи 3 Закона о Закупках. 17.11.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и закупочная документация.

В соответствии с протоколом рассмотрения заявок от 06.12.2021 Заявителю отказано к участию в закупке по основанию, предусмотренному п. 13.4.3 Типового положения о закупках товаров, работ, услуг отдельных видов юридических лиц ГАУ «МосжилНИИпроект», в связи с непредставлением документа или копии документа, подтверждающего внесение обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям Положения или документации о закупке. Заявитель в своей жалобе выражает несогласие с решением конкурсной комиссии об отклонении заявки, указывая на соответствие Банковской гарантии, представленной в качестве обеспечения заявки требованиям документации и действующего законодательства. 2021-84679 3 Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы. 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 Федерального закона от 18.07.2011 г. N 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. Комиссией установлено, что в соответствии с пунктом 13.4.3 Типового положения о закупках товаров, работ, услуг отдельных видов юридических лиц ГАУ «МосжилНИИпроект» (далее – Положение) участник процедуры закупки, подавший заявку, не допускается Закупочной комиссией к участию в закупке в случае непредставления документа или копии документа, подтверждающего внесение обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям настоящего Положения или документации о закупке. Согласно пункту 15.1 Типового положения о закупке ГАУ МосжилНИИпроект и пункту 20 раздела II Информационной карты (извещения) закупки, Безотзывная банковская гарантия, выданная участнику закупки банком для целей обеспечения заявки на участие в закупке, должна 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 о размещении банковской гарантии в реестре банковских гарантий. В соответствии с пунктом 8.2 статьи 45 Закона о контрактной системе дополнительные требования к банковской гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра банковских гарантий, порядок формирования и ведения закрытого реестра банковских гарантий, в том числе включения в него информации, порядок и сроки 2021-84679 4 предоставления выписок из него, форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации. Таким актом является Постановление Правительства РФ 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» (далее — Постановление Правительства № 1005). Таким образом, банковская гарантия участника Закупки должна соответствовать также Постановлению Правительства № 1005. Пунктом а) Дополнительных требований к банковским гарантиям, утвержденным постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005, в том числе предусмотрено обязательное закрепление в банковской гарантии перечня документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, утвержденного постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005. Подпунктом а) пункта 2 Перечня документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, утвержденного постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005, предусмотрено, что расчет суммы, включаемой в требование по банковской гарантии, предоставляется исключительно в случае направления гаранту требования по банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения контракта. Пунктом б) Дополнительных требований к банковским гарантиям, утвержденным постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005, предусмотрена недопустимость включения в банковскую гарантию требований о предоставлении заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии документов, не включенных в перечень документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации от 8 ноября 2013 г. N 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Комиссия установила, что в составе заявки, поданной Заявителем в качестве обеспечения заявки, представлена Банковская гарантия от 02 декабря 2021 г. № 9991- 4R1/667148, выданная Публичным акционерным обществом «БАНК УРАЛСИБ». При этом, пунктом 18 Банковской гарантии предусмотрено следующее: «Бенефициар также может отказаться от прав по Гарантии конклюдентными действиями, а именно: предоставление Гаранту оригинала Гарантии означает отказ Бенефициара от предоставленных ему прав по Гарантии, в том числе, при возврате Гаранту оригинала Гарантии Принципалом (при передаче оригинала Гарантии Бенефициаром Принципалу для последующей его передачи Гаранту). В указанном случае на период действия Гарантии Гарант наделяет Принципала полномочиями получать от Бенефициара оригинал Гарантии для последующей ее передачи Гаранту». В соответствии с частью 1 статьи 378 Гражданского кодекса Российской

Федерации, обязательство гаранта перед бенефициаром по независимой гарантии прекращается: 1) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия; 2) окончанием определенного в независимой гарантии срока, на который она выдана; 3) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии; 4) по соглашению гаранта с бенефициаром о прекращении этого обязательства. 2021-84679 5 При этом в силу части 2 статьи 378 Гражданского кодекса Российской Федерации прекращение обязательства гаранта по основаниям, указанным в подпунктах 1 и 2 пункта 1 статьи 378 Гражданского кодекса Российской Федерации, не зависит от того, возвращена ли ему независимая гарантия. Возврат оригинала банковской гарантии Гаранту не входит в перечень случаев прекращения обязательств Гаранта перед Бенефициаром и не может быть основанием для отказа от прав Бенефициара по Гарантии. Условие банковской гарантии о том, что предоставление Гаранту оригинала Гарантии означает отказ Бенефициара от предоставленных ему прав по Гарантии, в том числе, при возврате Гаранту оригинала Гарантии Принципалом, фактически навязано Гарантом Бенефициару, так как никакой договоренности между Гарантом и Бенефициаром в отношении данного раздела банковской гарантии достигнуто не было и соответственно это не было оформлено каким-либо Соглашением. Банковская гарантия по своей сути является односторонней сделкой и с учетом разъяснений п. 11 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», толкование условий банковских гарантий должно осуществляться в пользу бенефициара. При этом Комиссия отмечает, что Бенефициар не получает оригинал банковской гарантии, он остается у Принципала, что позволяет вернуть оригинал гарантии без ведома бенефициара. В этом случае Бенефициар автоматически будет считаться отказавшимся от своих прав по Гарантии, что нарушает права Бенефициара. Также, пунктом 5 Банковской гарантии предусмотрено, что к Требованию платежа по Гарантии в числе документов, предоставляемых Бенефициаром Гаранту, должен содержаться расчет суммы, включаемой в Требование платежа по Гарантии, подписанный единоличным исполнительным органом (или иным уполномоченным лицом) Бенефициара и заверенный печатью Бенефициара. Таким образом, обязательное условие о предоставлении расчета суммы, включаемой в Требование платежа по Гарантии, представленной в качестве обеспечения заявки, действующим законодательством о закупках не предусмотрено, является избыточным и фактически навязано Гарантом Бенефициару. Комиссия отмечает, что перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, предусмотренный постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005, является исчерпывающим и не предусматривает представление заказчиком Расчета суммы, включаемой в требование по банковской гарантии, предоставленной в обеспечение заявки участника. Комиссия также обращает внимание, что в пункте 7 представленной Заявителем Банковской гарантии в том числе отражено, что Гарант отказывает в удовлетворении Требования Бенефициару, если Требование будет направлено Бенефициаром по окончании срока действия настоящей Гарантии либо если Требование, и/или приложенные к нему документы не соответствуют условиям настоящей Гарантии. Аналогичное условие содержится и в статье 376 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому Гарант отказывает Бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям независимой гарантии либо представлены гаранту по

окончании срока действия независимой гарантии. Как следствие, в случае ненаправления Бенефициаром Гаранту одновременно с Требованием об уплате денежной суммы по банковской гарантии документа «Расчет 2021-84679 6 суммы», Гарант откажет Бенефициару в выплате по Гарантии, что будет являться прямым нарушением прав Бенефициара (Заказчика). В этом случае, как пояснил Заказчик, Бенефициару придется отстаивать собственные права в судебном порядке.

Согласно пункту 3 части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Таким образом, Комиссией Управления установлено, что представленная Заявителем в составе заявки банковская гарантия, выданная в качестве обеспечения заявки от 02.21.2021 № 9991-4R1/667148 не соответствовала требованиям, установленным статьей 45 Закона о контрактной системе, а также требованиям, установленным закупочной документацией, в связи с чем заявка Заявителя была правомерно отклонена. Таким образом, Комиссия считает решение Закупочной комиссии Заказчика об отклонении заявки Заявителя правомерным, принятым в соответствии с требованиями Закупочной документации и требований Закона о закупках. Комиссия также отмечает, что Заявитель конклюдентно согласился (пункт 1 статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации) (далее — 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 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 (пункт 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ). На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия 2021-84679 7 РЕШИЛА: 1. Признать жалобу ООО «А.ТРИ» (ОГРН 1065029127570, ИНН 5029094995) на действия ГАУ города Москвы «Московский научно-исследовательский и проектный институт жилищного хозяйства «МосжилНИИпроект» (ОГРН 1197746303204, ИНН 9710075487) при

проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по доведению до нормативных значений помещений административного здания в ВАО города Москвы (реестровый №32110830505) необоснованной. 2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 16.12.2021 № НП/77191/21