

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-2084/2022 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**17.02.2022 г. Москва**

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

Председательствующего:

при участии представителей от ООО «Национальная корпорация развития гольфа», ГУП «Мосгортранс»,

рассмотрев жалобу ООО «Национальная корпорация развития гольфа» (далее — Заявитель) на действия ГУП «Мосгортранс» (далее — Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку грузо-пассажирских электромобилей для нужд филиала Северный речной вокзал ГУП «Мосгортранс» (реестровый № 32111014389, 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.

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, оператора 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.

Согласно доводам жалобы, Заявитель обжалует неправомерное отклонение заявки на участие в Закупке.

Заявку Заявителя отклонили по причине представления в составе заявки Банковской гарантии не отвечающую требованиям закупочной документации.

Заявитель считает данное основание отклонение заявки на участие неправомерным.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, и на заседание Комиссии представил письменные возражения, а также иные истребованные антимонопольным органом документы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

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).

Из смысла требований части 1 статьи 2 Закона о закупках следует, что при установлении требований в документации заказчики руководствуются собственным Положением о закупках и самостоятельно устанавливают требования к участникам, которые не должны противоречить требованиям Конституции Российской Федерации, Гражданского кодекса Российской Федерации, Закону о закупках, других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации.

В соответствии с частью 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.

Исходя из положений части 10 статьи 4 Закона о закупках, потребности Заказчика являются определяющим фактором при установлении им соответствующих требований.

Согласно протоколу подведения итогов № 32111014389 от 31.01.2022 заявку Заявителя отклонили по следующим основаниям: «Представленная участником в качестве обеспечения заявки Банковская гарантия содержит следующие условия: «Ответственность Гаранта перед Бенефициаром ограничена суммой, на которую выдана Гарантия». Данное условие противоречит требованию п. 3 ч. 6 ст. 45 Федерального закона № 44-ФЗ».

Согласно части 25 статьи 3.2 Закона о закупках банковская гарантия является одним из способов обеспечения заявок на участие в закупках.

В соответствии с п. 15.1 Положения о закупках ГУП «Мосгортранс», Заказчик не устанавливает в документации о конкурентной закупке требование обеспечения заявок на участие в закупке, если начальная (максимальная) цена договора не превышает 5 млн. рублей. В случае, если начальная (максимальная) цена договора превышает 5 млн. рублей, заказчик вправе установить в документации о закупке требование к обеспечению заявок на участие в закупке в размере не более пяти процентов начальной (максимальной) цены договора.

Пунктом 22 Информационной карты Закупки установлено, что обеспечение заявки составляет 499 990,00 руб. (1% от начальной (максимальной) цены договора).

Обеспечение Заявки может быть оформлено в виде безотзывной банковской гарантии или внесения денежных средств. Способ обеспечения Заявки выбирается Участником закупки самостоятельно. Денежные средства в обеспечение Заявки вносятся в соответствии с регламентом работы ЭТП. 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. Срок действия банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, должен составлять не менее чем два месяца с даты окончания срока подачи заявок.

Комиссия, изучив заявку Заявителя пришла к следующим выводам.

Заявителем заявка на участие в аукционе обеспечена банковской гарантией № М00-22-00068/EG от «25» января 2022 г., выданной Банком ВТБ (ПАО).

Представленная Банковская гарантия № М00-22-00068/EG от «25» января 2022 г., выданная Банком ВТБ (ПАО) содержит, в том числе, следующие положения:

«п. 8 В случае неуплат в установленный срок причитающихся по гарантии денежных средств Гарант обязуется уплатить Бенефициару неустойку в размере 0,1 (ноль целых одна десятая) процента от денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки» и «п. 12. Ответственность Гаранта перед Бенефициаром ограничена суммой, на которую выдана гарантия».

Вместе с тем указанная банковская гарантия указывает на сумму, подлежащую уплате Бенефициару по гарантии, ограниченную суммой, равной 499 990,00 руб.

Ст. 377 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматривает два вида обязательств гаранта перед бенефициаром:

- обязательство по выплате денежной суммы во исполнение обязательства принципала, обеспеченного данной гарантией;
- ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии.

При этом основное обязательство гаранта ограничено уплатой суммы, на которую выдана гарантия (п. 1 ст. 377 ГК РФ), а ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение основного обязательства по гарантии может быть ограничена суммой, на которую выдана гарантия, в случае прямого указания на ограничение выплат в тексте выданной гарантии (исходя из п. 2 ст. 377 ГК РФ).

В то же время, в силу п. 3 ч. 2 ст. 45 Закона о контрактной системе, банковская гарантия должна содержать условие об обязанности гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки.

Обязательство гаранта по банковской гарантии выплатить сумму бенефициару при соблюдении условия гарантии является денежным, и ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное. Следовательно, при отсутствии в гарантии иных условия бенефициар вправе требовать от гаранта, необоснованно уклонившегося или отказавшегося от выплаты суммы по гарантии либо просрочившего ее уплату, выплаты процентов в соответствии со ст. 395 ГК РФ.

По общему правилу, собственная ответственность гаранта не ограничена суммой, на которую выдана гарантия. Однако норма, изложенная в п. 2 ст. 377 ГК РФ, носит диспозитивный характер, на что прямо в ней указано, и в банковской гарантии может быть предусмотрено иное.

В таком случае необходимо с учетом существа нормы и целей законодательного регулирования определить пределы диспозитивности, в рамках которых в банковской гарантии может быть установлено условие, отличное от общего правила, содержащегося в п. 2 ст. 377 ГК РФ.

Ограничение диспозитивности может быть продиктовано существом законодательного регулирования данного вида обязательства, необходимостью защиты соответствующих особо значимых охраняемых законом интересов или недопущением грубого нарушения баланса интересов участников правоотношения.

Не имеется достаточных оснований полагать, что гарант обладает безграничной свободой усмотрения при формулировании им в банковской гарантии условия о собственной ответственности. В частности, в банковской гарантии не может быть условия об освобождении гаранта от ответственности за нарушение им собственных обязательств (в том числе за просрочку оплаты) по его же умышленной вине.

Данный вывод основан, прежде всего, на категоричном запрете о заключении предварительного соглашения об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства, установленного в п. 4 ст. 401 ГК РФ.

В соответствии с ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является:

- 1) отсутствие информации о банковской гарантии в предусмотренных ст.45 Закона о контрактной системе реестрах банковских гарантий;
- 2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в частях 2 и 3 ст.45 Закона о контрактной системе;
- 3) 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).

Согласно п. 2 ч. 6 ст. 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в ч.2 и 3 ст.45 Закона о контрактной системе.

Согласно п.3 ч.6 ст.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).

При таких обстоятельствах Комиссия не устанавливает в действиях Заказчика нарушения антимонопольного законодательства, так как отклоняя заявку Заявителя, Заказчик действовал в строгом соответствии с закупочной документацией, которая в свою очередь не была оспорена в административном и 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 нарушений действующего законодательства Российской Федерации в сфере закупок, 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 жалобы Заявителя.

Руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

## **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу ООО «Национальная корпорация развития гольфа» (ИНН: 7702795801, ОГРН: 1127746629383) на действия ГУП «Мосгортранс» (ИНН: 7705002602, ОГРН: 1037739376223) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмами Московского УФАС России от 08.02.2022 № НП/6897/22, от 15.02.2022 № НП/8710/22.

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