

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-6130/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

10.05.2023

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 «.....», «.....»,

рассмотрев жалобу «.....» (далее — Заявитель) на действия «.....» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на поставку хозяйственных товаров для нужд ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино» (реестровый № 32312212883, 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.

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.

В соответствии с протоколом подведения итогов процедуры от 03.04.2023 № 32312212883 Заявитель был признан победителем.

Согласно протоколу об отказе от заключения договора по результатам открытого аукциона в электронной форме на поставку хозяйственных товаров для нужд ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино» (реестровый номер закупки 32312212883) от 13.04.2023, основания для отказа Заказчика от заключения договора:

«11.04.2023 16:45:12 ООО «ПРОФИМАРКЕТ» подписан и направлен в адрес Заказчика договор и независимая гарантия (от 11.04.2023 № 7710/5060).

Независимая гарантия, выданная ПАО «РОСБАНК» подписана Уполномоченным лицом гаранта — Руководителем процессинга сделок торгового финансирования Департамента торгового финансирования И.В. Евсеевой.

Документы, подтверждающие полномочия лица на осуществление действия от имени банка (Гаранта) не представлены (определение Верховного суда РФ от 05.02.2009 № 20В08-16), таким образом невозможно установить волеизъявление гаранта на выдачу указанной независимой гарантии без предъявления доверенности третьим лицам.

Поскольку независимая гарантия является односторонней сделкой, то следует учитывать, что согласно п. 2 ст. 154 ГК РФ односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны.

2. В соответствии с п. 41.4 Положения о закупках ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино» (в ред. от 01.08.2022) «Договор заключается только после предоставления участником конкурентной процедуры, победителем которой он признан, обеспечения исполнения договора, в случае, если требование о предоставлении обеспечения исполнения договора предусмотрено извещением

и/или документацией о закупке».

На основании изложенного и в соответствии с п. 41.4, 41.5, 42.3 Положения о закупках приняты решения:

- отказать победителю аукциона в электронной форме на поставку хозяйственных товаров для нужд ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино» (реестровый номер закупки 32312212883) в заключении договора, в связи с непредоставлением в установленные сроки, предусмотренные разделом 46 Положения о закупках надлежащего обеспечения исполнения договора.
- направить проект договора участнику, заявке которого присвоен второй номер - ИП "....." (142301, Московская область, ".....", ИНН ".....", ОГРН ".....") по цене, предложенной участником в ходе проведения торгов.»

Таким образом, на основании пунктов 41.4, 41.5, 42.3 Положения о закупках принято решение отказать победителю аукциона в заключении договора.

Не согласившись с принятым Заказчиком решением, Заявитель обратился с жалобой в антимонопольный орган.

В обоснование неправомерности принятого Заказчиком решения об отказе от заключения договора Заявитель указывает, что по техническим причинам (технический сбой) 11.04.2023 при подписании гражданско-правового договора по закупке с реестровым № 32312212883 не осуществилось прикрепление документа, подтверждающего полномочия лица на осуществление действий от лица Банка (Гаранта), выдавшего независимую гарантию об обеспечении исполнения договора, а именно Доверенность от 08.09.2022 № 510. Как отметил Заявитель, 14.04.2023 им было направлено обращение в техническую поддержку электронной торговой площадки АО «ЕЭТП» о техническом сбое с просьбой о предоставлении технической возможности добавить Доверенность от 08.09.2022» № 510 в состав карточки договора, подписанного со стороны участника. Однако такая техническая возможность электронной площадкой предоставлена не была.

Кроме того, Заявитель отметил, что с 01.04.2023 вступили в силу требования пункта 2 части 14.1 статьи 3.4 Закона № 223-ФЗ (в редакции Федерального закона от 16.04.2022 № 109-ФЗ), согласно которым информация о независимых гарантиях, выдаваемых в качестве обеспечения заявки и обеспечения исполнения договора в рамках закупок у субъектов малого и среднего предпринимательства, размещается гарантом в реестре независимых гарантий в Единой информационной системе, что позволяет Заказчику самостоятельно, без участия Участника, Банка-гаранта и предоставления дополнительных документов осуществить проверку выданной Банком-гарантом независимой гарантии.

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 Положением о закупках товаров, работ, услуг для нужд ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино», утвержденного Департаментом культуры города Москвы (далее – Положение о закупке).

Комиссией установлено, что 21.03.2023 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) размещено извещение № 32312212883 о проведении аукциона в электронной форме на поставку хозяйственных товаров для нужд ГАУК г. Москвы «ГМЗ «Кузьминки-Люблино».

Пунктом 21.1 Информационной карты установлен размер обеспечения исполнения договора (по лотам) срок и порядок его предоставления.

Так, сумма обеспечения исполнения договора предусмотрена в размере 5 % от начальной (максимальной) цены договора, НДС не облагается.

Обеспечение исполнения обязательств по договору может быть представлено в виде независимой гарантии, или перечисления денежных средств на указанный Заказчиком счет.

Срок действия независимой гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

Если предложенная в заявке участника закупки цена снижена на двадцать пять и более процентов по отношению к начальной (максимальной) цене договора, участник закупки, с которым заключается договор, предоставляет обеспечение исполнения договора в размере, превышающем в полтора раза размер обеспечения исполнения договора, указанный в конкурсной документации, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса)

Независимая гарантия должна содержать условие об обязанности гаранта уплатить заказчику (бенефициару) денежную сумму по независимой гарантии не позднее 10-ти рабочих дней со дня, следующего за днем получения гарантом требования заказчика (бенефициара), соответствующего условиям такой

независимой гарантии, при отсутствии предусмотренных Гражданским кодексом РФ оснований для отказа в удовлетворении этого требования (подпункт а) пункт 4 части 14.1 статьи 3.4 Закона № 223-ФЗ).

Внесение денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику.

Способ обеспечения исполнения договора определяется участником закупки, с которым заключается договор, самостоятельно.

Договор заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается договор, обеспечения исполнения договора.

В случае не предоставления участником закупки, с которым заключается договор, обеспечения исполнения договора в срок, установленный для заключения договора, такой участник считается уклонившимся от заключения договора, за исключением случаев, когда обеспечение исполнения договора не требуется (в случае, если участником закупки, с которым заключается договор, является государственное или муниципальное казенное учреждение, положения об обеспечении исполнения договора к такому участнику не применяются).

Независимая гарантия должна быть подготовлена согласно приложенной Форме 15.

Также в соответствии с пунктом 6.2.1 закупочной документации, при непредставлении Заказчику участником закупки в срок, предусмотренный аукционной документацией, подписанного договора, а также обеспечения исполнения договора в случае, если Заказчиком было установлено требование обеспечения исполнения договора, такой участник закупки признается уклонившимся от заключения договора.

Комиссия отмечает, что статьей 3.4 Закона о закупках определены особенности проведения закупок товаров, работ и услуг среди субъектов малого и среднего предпринимательства (далее — субъекты МСП).

Согласно части 12 статьи 3.4 Закона о закупках при осуществлении конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства обеспечение заявок на участие в такой конкурентной закупке (если требование об обеспечении заявок установлено заказчиком в извещении об осуществлении такой закупки, документации о конкурентной закупке) может предоставляться участниками такой закупки путем внесения денежных средств в соответствии с настоящей статьей или предоставления независимой гарантии. Выбор способа обеспечения заявки на участие в такой закупке осуществляется участником такой закупки.

Частью 14.1 статьи 3.4 Закона о закупках определено, что независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов МСП, должна соответствовать следующим требованиям:

1. независимая гарантия должна быть выдана гарантом, предусмотренным частью 1 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»;

2. информация о независимой гарантии должна быть включена в реестр независимых гарантий, предусмотренный 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» (вступает в силу 01.04.2023);

3) независимая гарантия не может быть отозвана выдавшим ее гарантом;

4) независимая гарантия должна содержать :

а) 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;

б) перечень документов, подлежащих представлению заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, в случае установления такого перечня Правительством Российской Федерации в соответствии с пунктом 4 части 32 настоящей статьи;

в) указание на срок действия независимой гарантии, который не может составлять менее одного месяца с даты окончания срока подачи заявок на участие в такой закупке.

Кроме того, Комиссия отмечает, что с 01.10.2022 в силу вступило Постановление Правительства Постановлением Правительства РФ от 09.08.2022 N 1397 «О независимых гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке товаров, работ, услуг в электронно форме с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, и независимых гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам такой закупки, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (далее - Постановление 1397), которым установлены дополнительные требования к независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке товаров, работ, услуг в электронной форме с участием субъектов МСП, и к независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого при осуществлении закупки, а также утверждена типовая форма независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов МСП, типовая форма независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого при осуществлении закупки, перечень документов, представляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, форму такого требования, а также особенности порядка ведения реестра независимых гарантий, предусмотренного 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», для целей Закона о закупках.

Таким образом, независимая гарантия участника закупки должна соответствовать также Постановлению 1397.

Так, Постановлением 1397 установлен перечень документов, предоставляемых заказчиком (бенефициаром) гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии (далее — Перечень).

Согласно пп. б п. 8 Перечня Бенефициар одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки на участие в закупке, направляет гаранту документ, подтверждающий полномочия лица, подписавшего требование об уплате денежной суммы по независимой гарантии (доверенность) (в случае если такое требование подписано лицом, не указанным в Едином государственном реестре юридических лиц в качестве лица, имеющего право без доверенности действовать от имени бенефициара).

Как следует из представленных материалов, Заявитель направил независимую гарантию от 11.04.2023 № 7710/5060 подписанную Уполномоченным лицом гаранта — Руководителем процессинга сделок торгового финансирования Департамента торгового финансирования ".....". При этом копия доверенности на "....." не представлена Заявителем.

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.

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

В свою очередь, Комиссия отмечает, что из ответа АО «ЕЭТП» от 18.04.2023, приложенного Заявителем к жалобе, следует, что при подписании договора по закупочной процедуре с реестровым № 32312212883 сбоев в работе электронной площадки не зафиксировано, электронная площадка работала в штатном режиме.

Заказчиком в материалы дела также представлено письмо от АО «ЕЭТП» (исх. от 05.05.2023 № 2889-Д/23) полученное в ответ на запрос Заказчика (исх. от 04.05.2023 № Куз-05и-853/23) из которого следует, что программно-аппаратный комплекс электронной площадки АО «ЕЭТП» 11.04.2023 в период с 16:30 до 17:00 по московскому времени работал в штатном режиме, действия пользователей в системе не ограничивались.

Иных доказательств, свидетельствующих о невозможности прикрепить доверенность к представленной независимой гарантии от 11.04.2023 № 7710/5060 при подписании договора 11.04.2023, Заявителем не представлено.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что независимая 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 отказа победителю аукциона в заключении договора по результатам Закупки.

При этом Комиссия отмечает, что ссылка Заявителя на вступившие с 01.04.2023 требования пункта 2 части 14.1 статьи 3.4 Закона о закупках о том, что информация о независимой гарантии должна быть включена в реестр независимых гарантий, предусмотренный частью 8 статьи 45 Закона о контрактной системе, отклоняется Комиссией, поскольку данные требования распространяются на закупки, извещения о проведении которых размещены в ЕИС в сфере закупок с 01.04.2023, при этом обжалуемая закупочная процедура объявлена до 01.04.2023, а именно 21.03.2023.

В связи с вышеизложенным, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отказе Заявителю в заключении договора по результатам Закупки 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 наступлению неблагоприятных последствий 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 действующего законодательства о Закупках, 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 «.....» (ИНН: «.....»; ОГРН: «.....») на действия «.....» (ИНН: «.....»; ОГРН: «.....») при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 02.05.2023 № НП/273/23.

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