

РЕШЕНИЕ
по делу № 077/07/00-12866/2022 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

31.08.2022

г. Москва

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

<.....>,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Главленэксперт», ГАУ «МосжилНИИпроект»,

рассмотрев жалобу ООО «Главленэксперт» (далее — Заявитель) на действия ГАУ «МосжилНИИпроект» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на выполнение технического обследования, выпуска программы испытаний и проведение поверочных расчетов комплекса зданий (реестровый № 32211566064) (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, 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 выражает несогласие с признанием его уклонившимся от заключения договора, поскольку представленная в качестве обеспечения договора банковская гарантия полностью соответствовала требованиям Закупочной документации.

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

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобах, в возражениях на них 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.

Комиссией установлено, что 21.07.2022 Заказчик на сайте Единой на электронной торговой площадке, а также официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения

договора на выполнение технического обследования, выпуска программы испытаний и проведение поверочных расчетов комплекса зданий (реестровый № 32211566064) (далее – конкурс, процедура).

Согласно Протоколу подведения итогов процедуры 32211566064 от 05.08.2022 Заявитель признан победителем.

Протоколом об отказе от заключения Договора Победителем конкурса в электронной форме от 19.08.2022 № 32211566064 Заявитель признан уклонившимся от заключения договора на основании следующего:

«Представленная в качестве обеспечения исполнения договора ОБЩЕСТВОМ С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ "ГЛАВЛЕНЭКСПЕРТ" независимая гарантия от 12.08.2022 № ЭГ-690320/22 Акционерного коммерческого банка «Трансстройбанк» не соответствует требованиям Закона и документации о закупке по следующим основаниям:

В соответствии с п. 9 Гарантии «...Ответственность ГАРАНТА перед БЕНЕФИЦИАРОМ за невыполнение или ненадлежащее выполнение ГАРАНТОМ обязательства по Гарантии ограничивается суммой неустойки, предусмотренной пунктом 11 Гарантии».

Согласно п. 11 Гарантии «ГАРАНТ в случае просрочки исполнения обязательств по Гарантии, при условии, что Требование об уплате денежной суммы по Гарантии соответствует условиям Гарантии и предъявлено БЕНЕФИЦИАРОМ до окончания срока ее действия, обязан за каждый день просрочки уплатить БЕНЕФИЦИАРУ неустойку (пени) в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате по Гарантии».

Так, в пункте 1 статьи 377 ГК РФ установлено, что предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. В данном пункте речь идет о пределах собственного обязательства гаранта перед бенефициаром, которое выражается в обязанности полностью и своевременно выплатить денежную сумму по гарантии.

Ответственность гаранта за неисполнение или ненадлежащее исполнение этого его обязательства урегулирована в пункте 2 статьи 377 ГК РФ. При отсутствии в гарантии иных условия бенефициар вправе получить от гаранта, допустившего необоснованную просрочку, проценты в соответствии со статьей 395 ГК РФ.

Вместе с тем обязательство гаранта по независимой 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 статьей 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 независимой гарантии может быть предусмотрено иное.

В таком случае необходимо с учетом существа нормы и целей законодательного регулирования определить пределы диспозитивности, в рамках которых в независимой гарантии может быть установлено условие, отличное от общего правила, содержащегося в пункте 2 статьи 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 независимой гарантии условия о собственной ответственности. В частности, в независимой 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 пункте 4 статьи 401 ГК РФ.

Таким образом, вышеуказанные положения независимой гарантии об ограничении ответственности гаранта не соответствует законодательству Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок.».

Вместе с тем, Комиссией установлено следующее.

Так, пунктом 11.2.2 Информационной карты исполнение договора может обеспечиваться предоставлением независимой гарантии, выданной:

1) банками, соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации, и включенными в перечень, предусмотренный частью 1.2 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) государственной корпорацией развития "ВЭБ.РФ";

3) фондами содействия кредитованию (гарантийными фондами, фондами поручительства), являющимися участниками национальной гарантийной системы поддержки малого и среднего предпринимательства, предусмотренной Федеральным законом от 24 июля 2007 года N 209-ФЗ "О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации" (далее - региональные гарантийные организации), соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации, и включенными в перечень, предусмотренный частью 1.7 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 случае если закупка осуществляется среди субъектов малого и среднего предпринимательства);

4) Евразийским банком развития (если участник закупки является юридическим лицом, зарегистрированным на территории государства - члена Евразийского экономического союза, за исключением Российской Федерации, или физическим лицом, являющимся гражданином государства - члена Евразийского экономического союза, за исключением Российской Федерации)

или внесением денежных средств на счет заказчика.

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

Договор заключается только после предоставления участником обеспечения исполнения договора (независимой гарантии соответствующей установленным требованиям или копии платёжного поручения с отметкой банка об исполнении). Обеспечение исполнения договора предоставляется заказчику, победителем вместе с подписанным со своей стороны договором. Невыполнение данного условия даёт основание заказчику направить документы в контролирующий орган на включении информации о победителе в реестр недобросовестных поставщиков за уклонение от подписания договора. В случае представления обеспечения исполнения договора в виде независимой гарантии, гарантия 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» постановления Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. № 1005 «О независимых гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» и Гражданского кодекса РФ, за исключением требования о наличии независимой гарантии в реестре независимых гарантий. Независимая гарантия должна в том числе содержать указание на то, что все споры по гарантии подлежат рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы.

Обеспечение исполнения договора может быть представлено в виде денежных средств, перечисленных по реквизитам Заказчика, указанным в п. 11.2.3 настоящей Документации.

В соответствии с пунктом 12.1 Информационной карты 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.

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 документацией о закупке.

Комиссией установлено, что Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора была представлена банковская гарантия от 12.08.2022 № ЭГ-690320/22, выданная Акционерным коммерческим банком Трансстройбанк (Акционерное общество).

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что условие пункта 9 представленной Заявителем банковской гарантии ограничивает ответственность Гаранта перед

Бенефициаром за неисполнение/ненадлежащее исполнение обязательств по Гарантии только суммой неустойки. Однако Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает, что в случае неисполнения денежного обязательства возможно требовать с должника также проценты за пользование чужими денежными средствами.

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 пункте 2 статьи 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 пункте 4 статьи 401 ГК РФ.

В формулировке пункта 9 банковской гарантии не отражено, за какое действие или бездействие гарант несет ответственность перед бенефициаром. В свою очередь пунктом 2 статьи 377 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что 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. Таким образом, в рамках гарантии ответственность гаранта перед бенефициаром не может быть меньше суммы, на которую выдана банковская гарантия, но не ограничивается указанной суммой с учетом положений об уплате неустойки, то есть ответственность гаранта перед бенефициаром должна состоять из суммы, подлежащей уплате по гарантии согласно п. 1 гарантии и неустойки, предусмотренной п. 11 гарантии.

Из приведенной формулировки пункта 9 банковской гарантии не следует однозначного вывода, что ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничена суммой, на которую выдана гарантия, а только устанавливает предел ответственности Гаранта перед Бенефициаром размером неустойки.

Таким образом, по мнению Заказчика, фраза «Ответственность ГАРАНТА перед

БЕНЕФИЦИАРОМ за невыполнение или ненадлежащее выполнение ГАРАНТОМ обязательства по Гарантии ограничивается суммой неустойки, предусмотренной пунктом 11 Гарантии» не является тождественной установленному частью 2 статьи 377 ГК положению, что ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничена суммой, на которую выдана гарантия.

Учитывая вышеизложенное, формулировка независимой гарантии, представленной победителем закупки в качестве обеспечения исполнения договора, устанавливающая ответственность гаранта перед бенефициаром исключительно в размере неустойки не соответствует ч. 2 ст. 377 ГК РФ, содержит неоднозначное толкование, а также может в дальнейшем привести к ущемлению прав заказчика, поскольку ограничивает ответственность гаранта перед бенефициаром только суммой неустойки.

Вместе с тем Комиссия расценивает доводы Заказчика критически на основании следующего.

Комиссия отмечает, что исходя из совокупности пункта 9 и пункта 11 банковской гарантии, в случае неисполнения надлежащим образом представленного письменного требования бенефициара об уплате денежной суммы по гарантии в установленный срок, гарант обязуется уплатить бенефициару неустойку в размере 0,1 процента от указанной в требовании суммы, подлежащей уплате, за каждый календарный день просрочки, начиная с календарного дня, следующего за днем истечения установленного гарантией срока оплаты требования, по дату исполнения гарантом требования.

Кроме того, в гарантии предусмотрены случаи, когда гарантия прекращает свое действие, в том числе, в случае уплаты гарантом бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия (пункт 13).

Признавая банковскую гарантию не соответствующей требованиям Закона о контрактной системе, 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», положениям Закупочной документации и принимая решение об отказе от заключения договора, Заказчик исходил из того, что условия представленной банковской гарантии ограничивают ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по гарантии только суммой неустойки, что ограничивает Заказчика в возможности требовать с должника также проценты за пользование чужими денежными средствами.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что неустойка за неисполнение надлежащим образом представленного требования бенефициара об уплате денежной суммы по гарантии в установленный срок, предусмотренная пунктом 9 гарантии, является неограниченной по сумме и не зависит от исполнения основного обязательства по банковской гарантии.

Так, в соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе независимая гарантия должна быть безотзывной и должна содержать обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента

денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки. Несоответствие банковской гарантии упомянутому условию согласно части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе является одним из оснований для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком.

С учетом положений пункта 2 статьи 377 ГК РФ и разъяснений, данных в пункте 19 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.1998 № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами», вышеназванная неустойка является видом ответственности гаранта перед заказчиком за нарушение гарантом срока уплаты третьему лицу. Бенефициар вправе требовать ее уплаты от гаранта, необоснованно уклонившегося или отказавшегося от выплаты суммы по гарантии либо просрочившего ее уплату вместо процентов, предусмотренных статьей 395 ГК РФ.

Таким образом, неустойка, предусмотренная подпунктом 3 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе, является собственной ответственностью гаранта, она начисляется не в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) обязательств подрядчиком по государственному контракту и, следовательно, по общему правилу не входит в сумму гарантии.

При этом по общему правилу, собственная ответственность гаранта, в том числе в виде начисляемой ему неустойки, не ограничена суммой, на которую выдана гарантия. Иное может быть предусмотрено в банковской гарантии и только при соблюдении общих ограничений свободы договора.

В данном случае, по условиям банковской гарантии, представленной Заявителем, размер неустойки не ограничен, неустойка будет начисляться гаранту за неисполнение им обязанности выплатить заказчику соответствующую сумму денежных средств до того дня, пока гарант (банк) не исполнит требование третьего лица (заказчика).

Указанная правовая позиция изложена в Определении Верховного суда Российской Федерации от 18.01.2022 № 305-ЭС21-18234 по делу № А41-95103/2019.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу, что признание банковской гарантии представленной Заявителем в качестве обеспечения договора несоответствующей требованиям Закупочной документации, неправомерно, поскольку представленная Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора банковская гарантия полностью соответствовала требованиям законодательства.

Таким образом, Комиссия Управления приходит к выводу о наличии в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы.

Комиссией установлено, что договор по результатам Закупки со вторым участником не заключен, в связи с чем у антимонопольного органа имеются

основания для выдачи Заказчику предписания.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Главленэксперт» (ИНН: 7839469741; ОГРН: 1127847577571) на действия ГАУ «МосжилНИИпроект» (ИНН: 9710075487; ОГРН: 1197746303204) при проведении Закупки обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 Закона о закупках.

3. Выдать обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

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