

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-12297/2023 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

18.09.2023 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 «...»;

в отсутствие представителей АО «РАД», уведомленных надлежащим образом
письмом Московского УФАС России от 12.09.2023 № НП/38586/23;

рассмотрев жалобу ООО «ТРАФТ» (далее - Заявитель) на действия «...» при
проведении «...»,

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.

1. Заявитель оспаривает отклонение своей заявки в ходе проведения закупочной процедуры.

2. По мнению Заявителя, Заказчиком при формировании закупочной документации не были учтены требования к независимой гарантии с учетом положений действующего законодательства, а именно: постановления Правительства Российской Федерации от 09.08.2022 № 1397 «О независимых гарантиях, предоставляемых в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке товаров, работ, услуг в электронной 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 также - Постановление № 1397). Также Заявитель указывает, что Закупка является лишь формально неконкурентной, при этом является конкурентной.

3. Заявитель указывает на возможное наличие признаков сговора в ходе проведения оспариваемой Закупки.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы, истребованные 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 «...» (далее – Положение о закупке).

Как следует из материалов дела, 20.07.2023 Заказчик в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 06.03.2022 № 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры» на официальном сайте Оператора ЭТП (адрес в сети «Интернет» - <https://tender.lot-online.ru/app/SearchLots/page>) разместил информацию о проведении «...».

1. Относительно довода об отклонении заявки Заявителя Комиссия считает необходимым отметить следующее.

Согласно протоколу рассмотрения вторых частей заявок и подведения итогов открытого ценового отбора в электронной форме № 32312601719 (RAD000-23000771400034) от 28.08.2023 заявка Заявителя была признана несоответствующей «требованиям пп. в) п. 5.1.10 раздела 5 ч. I. «ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ОТКРЫТОГО ЦЕНОВОГО ОТБОРА В ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЕ» закупочной документации и пп. 8) п. 3.4.2 ч. II. «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА» закупочной документации, а именно:

В закупочной документации указано, что банковская гарантия, представленная в качестве обеспечения заявки участника, должна содержать:

закрытый перечень документов, представляемых Заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

(представленная независимая гарантия включает, не предусмотренные

закупочной документацией документы, представляемые Заказчиком банку:

-документ, содержащий информацию о наступлении хотя бы одного из случаев, предусмотренных представленной независимой гарантии (протокол, составленный в ходе осуществления конкурентной закупки (по результатам этапа конкурентной закупки), или протокол, составленный по итогам конкурентной закупки, или иной предусмотренный положением о закупке бенефициара документ)».

В своей жалобе Заявитель указывает, что представленная им независимая гарантия была подготовлена с учетом требований Постановления № 1397, при этом в данную независимую гарантию дополнительно были включены все требования из положения, предусмотренные документацией о закупке Заказчика.

Также Заявитель обращает внимание, что включение пункта «а» части 8 раздела 3 Постановления № 1397, послужившего основанием отклонения, было необходимо, поскольку он является обязательным в силу законодательства Российской Федерации.

Между тем, Комиссия считает необходимым отметить следующее.

Частью I закупочной документации установлено, что настоящий ценовой отбор является неконкурентной закупкой, проводимой в соответствии со статьей 10.5 Положения о закупке.

Согласно части 3.2. статьи 3 Закона о закупках, неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 3 настоящей статьи. Способы неконкурентной закупки, в том числе закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), устанавливаются положением о закупке.

Комиссия отмечает, что неконкурентные закупки проводятся по правилам, установленным положением о закупке.

В свою очередь, в соответствии с частью 4.4.6 статьи 4.4 Положения о закупке в случае предоставления обеспечения заявок на участие в закупке в форме банковской гарантии, банковская гарантия должна содержать условия и быть оформлена в соответствии с требованиями документации, извещения.

Так, в соответствии с пунктом 6.1 информационной карты закупочной документации, размер обеспечения заявки на участие в ценовом отборе по лоту 2 составляет: 0,5 % от начальной (максимальной) цены договора, что составляет 116 410 (Сто шестнадцать тысяч четыреста десять) рублей 50 копеек, НДС не облагается.

Согласно пункту 5.1.10 закупочной документации в случае предоставления обеспечения заявок на участие в закупке в форме банковской гарантии, банковская гарантия должна удовлетворять следующим требованиям:

а) банковская гарантия должна быть составлена с учетом требований статей 368 – 378 Гражданского кодекса РФ и следующих условий:

- банковская гарантия должна быть безотзывной;

- сумма банковской гарантии должна быть выражена в валюте, указанной в извещении о проведении закупки;

- срок действия банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, должен составлять не менее чем три месяца с даты окончания срока подачи заявок. Срок начала действия такой банковской гарантии не может быть установлен позднее даты окончания срока подачи заявок;

- банковская гарантия должна быть подписана лицом, имеющим право, в соответствии с законодательством, действовать от имени банка без доверенности, или надлежащим образом уполномоченным им лицом на основании доверенности (при этом к банковской гарантии должна быть приложена копия такой доверенности);

- бенефициаром в банковской гарантии должно быть указано Общество, принципалом – участник закупки, гарантом – банк, соответствующий требованиям, установленным Правительством Российской Федерации на основании ст. 45 Закона № 44-ФЗ, и включенный в перечень, предусмотренный ч. 1.2 ст. 45 Закона № 44-ФЗ;

б) в банковской гарантии не должно быть условий или требований, противоречащих изложенному в разделе 5 Части I настоящей документации о закупке, или делающих изложенное в разделе 5 Части I настоящей документации неисполнимым;

в) банковская гарантия должна содержать:

дату выдачи банковской гарантии;

сведения об участнике закупке, о гаранте, о Заказчике. Сведения должны включать наименование, место нахождения, основной государственный регистрационный номер, идентификационный номер налогоплательщика;

обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;

сумму банковской гарантии в размере обеспечения заявки, установленном в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке;

срок действия банковской гарантии, соответствующий требованиям документации о закупке;

условие об обязанности исполнения гарантом требования об уплате всей денежной суммы по банковской гарантии в течение не более семи рабочих дней со дня получения такого требования от Заказчика;

обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;

условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет Заказчика;

право Заказчика представлять на бумажном носителе или в форме электронного

документа требование об уплате всей денежной суммы по банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, при уклонении участника от заключения договора в установленных Положением о закупке случаях и порядке;

условие о том, что расходы, возникающие в связи с перечислением денежных средств гарантом по банковской гарантии, несет гарант;

условие о том, что ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничена суммой, на которую выдана гарантия;

закрытый перечень документов, представляемых Заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии: бенефициар одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии (далее - требование по банковской гарантии), предоставленной в качестве обеспечения заявки, направляет гаранту копию документа, подтверждающего полномочия лица, подписавшего требование по банковской гарантии (доверенность) (в случае, если требование по банковской гарантии подписано лицом, не указанным в Едином государственном реестре юридических лиц в качестве лица, имеющего право без доверенности действовать от имени бенефициара). При этом заверение копии такого документа в нотариальном порядке не требуется.

г) в банковскую гарантию не допускается включать требование 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 в соответствии с пп. «в» п. 5.1.10 Части I настоящей документации;

д) в банковскую гарантию не допускается включать условие, которое предусматривает ограничение ответственности гаранта суммой неустойки;

е) в банковскую гарантию не допускается включать условие о том, что в случае предъявления требования по банковской гарантии на бумажном носителе такое требование должно быть заверено печатью бенефициара.

При этом Комиссия отмечает, что на основании подпункта «б» части 5.4.1 статьи 5.4 Положения о закупке при рассмотрении заявок на участие в закупке заявка участника подлежит отклонению (признается несоответствующей документации и(или) извещению, участнику закупки будет отказано в допуске к участию в закупке) в случае несоответствия участника закупки требованиям, установленным в документации и(или) извещении.

В свою очередь, Комиссией установлено, что Заявителем в качестве обеспечения заявки в составе заявки была представлена банковская гарантия от 09.08.2023 № 28828-23-10, выданная ПАО «Промсвязьбанк».

При этом представленная независимая гарантия не соответствует требованиям документации, поскольку включает в себя не предусмотренные закупочной документацией документы, представляемые Заказчиком банку, а именно: в соответствии с подпунктом а) пункта 7 независимой гарантии в случае

направления требования бенефициар обязан одновременно с таким требованием направить гаранту документ, содержащий информацию о наступлении хотя бы одного из случаев, предусмотренных пунктом 3 настоящей независимой гарантии (протокол, составленный в ходе осуществления конкурентной закупки (по результатам этапа конкурентной закупки), или протокол, составленный по итогам конкурентной закупки, или иной предусмотренный положением о закупке бенефициара документ).

Как было указано Комиссией ранее, в соответствии с частью 4.4.6 статьи 4.4 Положения о закупке, в случае предоставления обеспечения заявок на участие в закупке в форме банковской гарантии, банковская гарантия должна содержать условия и быть оформлена в соответствии с требованиями документации, извещения.

Согласно пункту 8.10.1 закупочной документации, заявка на участие в ценовом отборе признается не соответствующей требованиям, установленным настоящей документацией, и подлежит отклонению, в том числе в случае несоответствия заявки на участие в закупке требованиям документации и(или) извещения, оформление заявки с нарушением требований извещения и(или) документации.

Комиссия также считает необходимым отметить, что доводы Заявителя о соответствии представленной независимой гарантии требованиям Постановления № 1397 оцениваются Комиссией критически, поскольку данные требования установлены для осуществления конкурентных закупок, участником которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.

В свою очередь, оспариваемая Закупка проводится неконкурентным способом. Таким образом, указанные требования не применимы в оспариваемом случае.

В связи с чем, Комиссия приходит к выводу, что представленная в составе заявки независимая гарантия не соответствует требованиям закупочной документации и Положению о закупках, а равно у Заказчика имелись основания для отклонения такой заявки.

При этом Заявитель на момент подачи заявки на участие положения закупочной документации не оспаривал, с запросом разъяснений в адрес Заказчика не обращался, тем самым, согласился с установленными требованиями.

Следует отметить, что подавая заявку на участие в закупке, участник фактически подтверждает, что он ознакомлен и согласен со всеми требованиями документации, а также условиями содержащимися в документации.

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.

В связи с вышеизложенным, Комиссия считает решение закупочной комиссии

Заказчика об отклонении заявки Заявителя правомерным, принятым в соответствии с требованиями Закупочной документации и не противоречит нормам действующего законодательства.

Действительных доказательств нарушения своих прав Заявителем Комиссии не представлено.

С учетом изложенного, Комиссия приходит к выводу о необоснованности жалобы по данному доводу и не усматривает в действиях Заказчика нарушений Закона о закупках и положений закупочной документации при проведении Закупки.

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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – 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).

2. Относительно довода Заявителя, связанного с несогласием с положениями закупочной документации, Комиссия указывает на несостоятельность данных доводов, поскольку, как было отмечено ранее, в силу статьи 8 ГК РФ, подавая заявку на участие в Закупке, Заявитель конклюдентно согласился с условиями проведения закупочной процедуры, в связи с чем презюмируется соответствие таких условий требованиям антимонопольного законодательства.

Комиссия также отмечает, что жалоба подана Заявителем в антимонопольный орган 08.09.2023 посредством электронной почты.

Вместе с тем оспариваемые требования подлежали обжалованию в срок до окончания срока подачи заявок, а именно: не позднее 09.08.2023 11:00.

В противном случае, реализация такого права за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников Закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями закупочной документации.

Согласно статье 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, «действия в обход закона» с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что обжалование Заявителем положений документации после принятия участия в самой закупочной процедуре не подлежит рассмотрению антимонопольным органом в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, так как Заявитель, принимая участие в публично-правовой процедуре, в силу статьи 8 ГК РФ конклюдентно соглашается с ее условиями, в связи с чем презюмируется позиция участника о признании таких условий соответствующими положениям антимонопольного законодательства, в связи с чем обжалование участником Закупки положений закупочной документации после окончания срока подачи заявок свидетельствует о злоупотреблении своим правом на обжалование процедуры.

При таких обстоятельствах, учитывая положения части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия отмечает, что оспаривание положений документации, которые, по мнению Заявителя, противоречат действующему законодательству Российской Федерации, подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок.

Таким образом, Заявитель не может обжаловать указанные действия Заказчика при проведении Закупки, в связи с чем у Комиссии отсутствуют правовые основания для рассмотрения жалобы Заявителя в части оспаривания положений документации.

Также в письме ФАС России от 25.06.2019 ME/53183/19 указано, что жалоба на положения документации о закупке может быть направлена любым лицом в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке. Аналогичная правовая позиция изложена в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.06.2021 по делу №А40-178288/20, решении Арбитражного суда города Москвы от 28.02.2023 по делу № А40-276661/22-94-2141.

В связи с изложенным, Комиссией принято решение об оставлении жалобы Заявителя в указанной части без рассмотрения в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

3. По доводу о возможном наличии признаков сговора Комиссия указывает, что по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции обжалованию подлежат действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии.

Также Комиссия отмечает, что антимонопольный орган в рамках статьи 18.1 Закона о защите конкуренции рассматривает жалобы на процедуру проведения торгов и порядок заключения договора.

При этом доводы о сговоре субъектов не подлежат рассмотрению в рамках рассмотрения жалоб в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, поскольку рассматриваются в порядке главы 9 Закона о защите

конкуренции. Указанный правовой подход подтверждается позицией Верховного Суда Российской Федерации, отраженной в определении от 02.10.2017 № 309-КГ17-7502 по делу № А50- 9299/2016.

Таким образом, у Комиссии отсутствуют полномочия по рассмотрению довода о сговоре в рамках 18.1 Закона о защите конкуренции, в связи с чем данный довод оставлен без рассмотрения.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки конкретных фактических обстоятельств, установленных на заседании и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о признании жалобы Заявителя необоснованной в части отклонения заявки и об оставлении жалобы в остальной части.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «ТРАФТ» (ИНН: 7720522660; ОГРН: 1057746373211) на действия «...» при проведении Закупки в части отклонения заявки необоснованной, в остальной части — жалобу оставить без рассмотрения.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 12.09.2023 № НП/38586/23.

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