

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-9089/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров
21.06.2022 г. Москва

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

Председательствующего:

«»

при участии при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «ИФ-Трейд», ГБУ «Автомобильные дороги»,

рассмотрев жалобу ООО «ИФ-Трейд» (далее - Заявитель) на действия ГБУ «Автомобильные дороги» (далее - Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения контракта на оказание услуг по комплексному эксплуатационно-техническому обслуживанию системы приточно-вытяжной (общеобменной) вентиляции, холодоснабжения и системы технологического кондиционирования среди субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций (реестровый № 32211392900) (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 Московское 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.

Согласно доводам жалобы, Заявитель неправомерно признан Заказчиком уклонившимся от заключения договора.

Представитель Заказчика 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 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 Положения о закупке товаров, работ, услуг ГБУ города Москвы «Автомобильные дороги», версия 19 от 30.06.2021 (далее – Положение, Положение о закупке).

Комиссией установлено, что 18.05.2022 Заказчик на сайте Единой электронной торговой площадки, а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения контракта на оказание услуг по комплексному эксплуатационно-техническому обслуживанию системы приточно-вытяжной (общеобменной) вентиляции, холодоснабжения и системы технологического кондиционирования среди субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций (реестровый № 32211392900) (далее – Закупка, процедура).

Согласно Протоколу об отказе от заключения договора от 06.06.2022 № 1 (далее - Протокол) Заявитель признан уклонившимся от заключения договора в связи с представлением обеспечения договора, не соответствующего требованиям Положения о закупках, документации о закупке, действующего законодательства РФ.

В соответствии с пунктом 20 информационной карты в состав второй части заявки на участие в аукционе должны входить следующие документы:

1. Анкета участника с указанием фирменного наименования (наименования), сведения об организационно-правовой форме, места нахождения, почтового адреса (для юридического лица), фамилии, имени, отчества, паспортных данных, сведений о месте жительства (для физического лица), номера контактного телефона, адреса электронной почты участника.
2. Надлежащим образом заверенная копия действующей редакции учредительных документов участника процедуры закупки (для юридических лиц).
3. Документ, подтверждающий полномочия лица на осуществление действий от имени участника.
4. Копия решения о согласии на совершение крупной сделки или о последующем одобрении этой сделки, если требование о наличии указанного решения установлено законодательством Российской Федерации и для участника закупки заключение по результатам такой закупки договора либо предоставление обеспечения заявки на участие в такой закупке (если требование об обеспечении заявок установлено заказчиком в извещении об осуществлении такой закупки, документации о конкурентной закупке), обеспечения исполнения договора (если требование об обеспечении исполнения договора установлено заказчиком в извещении об осуществлении такой закупки, документации о закупке) является крупной сделкой.
5. Документы (копии документов или декларация), подтверждающие соответствие участника процедуры закупки общеобязательным требованиям и условиям допуска к участию в процедуре закупки.

В свою очередь, пунктом 23 информационной карты установлены размер обеспечения исполнения договора, срок и порядок его предоставления.

Сумма обеспечения исполнения контракта предусмотрена в следующем размере:

5 % от начальной (максимальной) цены контракта; наименование заказчика: ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ГОРОДА МОСКВЫ «АВТОМОБИЛЬНЫЕ ДОРОГИ».

Срок предоставления обеспечения - до момента заключения контракта.

Обеспечение исполнения договора может быть оформлено в виде безотзывной банковской гарантии, выданной кредитной организацией, или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения исполнения договора выбирается участником закупки самостоятельно.

Срок обеспечения исполнения договора не может быть меньше срока исполнения обязательств по указанному договору.

При наличии в документации о закупке требования об обеспечении исполнения договора соответствующее обеспечение должно быть предоставлено участником закупки до заключения договора.

Обеспечение исполнения договора может быть оформлено в виде безотзывной банковской гарантии или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения заявки выбирается участником закупки самостоятельно.

Обеспечение исполнения государственного контракта может быть представлено в виде безотзывной банковской гарантии или передачи государственному заказчику в залог денежных средств, в размере обеспечения исполнения контракта, указанном в документации о закупке. Форма банковской гарантии утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 8 ноября 2013 г. № 1005. Безотзывная банковская гарантия должна соответствовать требованиям, установленным Гражданским кодексом Российской Федерации, а также иным законодательством Российской Федерации. Банковская гарантия, сведения о которой содержатся в Реестре Банковских гарантий дополнительной проверке не подлежит.

Также Комиссия указывает, что в соответствии с пунктом 15.4 Положения о закупках при наличии в документации о закупке требования об обеспечении исполнения договора соответствующее обеспечение должно быть предоставлено участником закупки до заключения договора.

Предусмотренные закупочной документацией условия предоставления обеспечения исполнения договора должны включать условие о праве заказчика на взыскание за счет предоставленного обеспечения исполнения договора предусмотренных договором штрафных санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору и понесенных заказчиком убытков.

Безотзывная банковская гарантия, выданная участнику закупки банком для целей обеспечения исполнения договора, 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, установленного 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», в части наличия банковской гарантии в реестре банковских гарантий. Срок действия банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения договора, должен составлять не менее чем один месяц с даты окончания срока исполнения обязательств сторон по договору, в том числе в случае его изменения.

В ходе исполнения договора поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе изменить способ обеспечения исполнения договора и (или) предоставить заказчику взамен ранее предоставленного обеспечения исполнения договора новое обеспечение исполнения договора, размер которого может быть уменьшен в порядке и сроке, которые предусмотрены условиями договора

Комиссия также отмечает, что форма банковской гарантии утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 8 ноября 2013 г. № 1005 (далее — ПП РФ № 1005).

Согласно ПП РФ № 1005, независимая гарантия оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, вид которой предусмотрен Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», лица, имеющего право действовать от имени гаранта, на условиях, определенных гражданским законодательством и статьей 45 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», с учетом следующих требований:

а) обязательное закрепление в независимой гарантии:

- права заказчика в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, обеспеченных независимой гарантией, представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения контракта, в размере цены контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему фактически исполненным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом и оплаченных заказчиком, но не превышающем размер обеспечения исполнения контракта;

- права заказчика в случае, предусмотренном пунктом 7 части 10 статьи 44 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, в размере обеспечения заявки, установленном в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке (в случае, если указанным Федеральным законом предусмотрена документация о закупке);

- права заказчика в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения

поставщиком (подрядчиком, исполнителем) требований к гарантии качества товара, работы, услуги, а также требований к гарантийному сроку и (или) объему предоставления гарантий их качества, гарантийному обслуживанию товара (далее - гарантийные обязательства), обеспеченных независимой гарантией, представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения гарантийных обязательств, в порядке и размере, установленными в контракте в соответствии с Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»;

- права заказчика по передаче права требования по независимой гарантии при перемене заказчика в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением об этом гаранта;

- условия о том, что расходы, возникающие в связи с перечислением денежных средств гарантом по независимой гарантии, несет гарант;

- перечня документов, представляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации 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»;

б) недопустимость включения в независимую гарантию:

- положений о праве гаранта отказывать в удовлетворении требования заказчика о платеже по независимой гарантии в случае непредоставления гаранту заказчиком уведомления о нарушении поставщиком (подрядчиком, исполнителем) условий контракта, гарантийных обязательств или расторжении контракта (за исключением случаев, когда направление такого уведомления предусмотрено условиями контракта или законодательством Российской Федерации);

- требований о предоставлении заказчиком гаранту отчета об исполнении контракта, гарантийных обязательств;

- требований о предоставлении заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии документов, не включенных в перечень документов, представляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии, утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации 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»;

в) обязательное наличие нумерации на всех листах независимой гарантии, которые должны быть прошиты, подписаны и скреплены печатью (при наличии) гаранта, в случае ее оформления в письменной форме на бумажном носителе на нескольких листах.

В свою очередь, в соответствии с частью 2 статьи 45 Закона о контрактной

системе независимая гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- 1) сумму независимой гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в установленных частью 15 статьи 44 настоящего Федерального закона случаях, или сумму независимой гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со статьей 96 настоящего Федерального закона, а также идентификационный код закупки, при осуществлении которой предоставляется такая независимая гарантия;
- 2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается независимой гарантией;
- 3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 4) условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по независимой гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;
- 5) срок действия независимой гарантии с учетом требований статей 44 и 96 настоящего Федерального закона;
- 6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления независимой гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления независимой гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;
- 7) установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком гаранту одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по независимой гарантии.

Как указано ранее, в соответствии с пунктом 15.4 Положения при наличии в документации о закупке требования об обеспечении исполнения договора соответствующее обеспечение должно быть предоставлено участником закупки до заключения договора.

Между тем, Комиссией установлено, что Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора была представлена банковская гарантия от 02.06.2022 № 638947-БГ/22, выданная ПАО АКБ «Металлинвестбанк».

Комиссия проанализировала представленную банковскую гарантию и отмечает следующее.

Согласно пункту 9.3 Проекта договора Закупочной документации обеспечение исполнения договора распространяется на случаи неисполнения и ненадлежащего исполнения исполнителем обязательств по договору, неуплаты исполнителем неустоек (штрафов, пеней), предусмотренных договором, а также убытков, понесенных Заказчиком связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением исполнителем своих обязательств по договору.

При этом представленная Заявителем банковская гарантия не содержит обязательств Принципала по надлежащему исполнению договора,

предусмотренных Проектом договора.

Также в соответствии с пунктом 6 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе независимая гарантия должна быть безотзывной и должна также содержать отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления независимой гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления независимой гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта.

Представленная Заявителем банковская гарантия не содержит отлагательного условия.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе независимая гарантия должна быть безотзывной и должна также содержать обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки.

Между тем, банковская гарантия, представленная Заявителем содержит иную формулировку, а именно сумма, от которой должна рассчитываться неустойка, установлена как «подлежащей уплате за каждый день просрочки», то есть, Комиссия указывает, что она не имеет конкретного значения.

Также в соответствии с пунктом «а» ПП РФ № 1005 в банковской гарантии в обязательном порядке должно закрепляться право заказчика в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, обеспеченных независимой гарантией, представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения контракта, в размере цены контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему фактически исполненным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом и оплаченных заказчиком, но не превышающем размер обеспечения исполнения контракта.

Представленная Заявителем банковская гарантия вышеуказанного условия не содержит.

Помимо прочего, в соответствии со статьей 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.

При этом прекращение обязательства гаранта по основаниям, указанным в подпунктах 1 и 2 пункта 1 настоящей статьи, не зависит от того, возвращена ли ему независимая гарантия.

Вместе с тем, согласно условиям банковской гарантии, представленной Заявителем, обязательство Гаранта перед Бенефициаром по настоящей Гарантии прекращается:

- уплатой Бенефициару суммы, на которую выдана настоящая Гарантия;
- окончанием определенного в настоящей Гарантии срока, на который она выдана;
- вследствие отказа Бенефициара от своих прав по настоящей Гарантии;
- по соглашению Гаранта с Бенефициаром о прекращении обязательств по настоящей Гарантии.

При этом статья 378 ГК РФ не предусматривает возможности прекращения независимой гарантии с условием возврата оригинала Гарантии бенефициаром гаранту.

Также Бенефициар может не получить оригинал независимой гарантии, и он остается у принципала, что позволяет вернуть оригинал гарантии без ведома Бенефициара.

Кроме того, в соответствии с пунктом «а» ПП РФ № 1005 в банковской гарантии в обязательном порядке должно закрепляться право заказчика по передаче права требования по независимой гарантии при перемене заказчика в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением об этом гаранта.

При этом банковская гарантия, представленная Заявителем, указанного выше требования не содержит.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что в соответствии с пунктом 41.4 и 41.5 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.

Победитель конкурентной процедуры (за исключением победителя, предусмотренного пунктом 41.6 настоящего положения) признается уклонившимся о заключения договора в случае, если в сроки, предусмотренными разделами 41 и 46 настоящего положения, он не направил Заказчику проект договора, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени такого победителя, обеспечение исполнения договора или не исполнил требования, предусмотренные разделом 42 настоящего Положения.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что Банковская гарантия, представленная Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора не отвечала установленным Заказчиком требованиям и Требованиям законодательства, а равно у Заказчика имелись основания для признания участника уклонившимся от заключения договора.

Довод Заявителя о том, что ранее по иной закупочной процедуре им была представлена аналогичная банковская гарантия, датированная 2021 годом, которая была принята Заказчиком, Комиссия расценивает критически, поскольку

Комиссией установлено, что банковская гарантия от 2021 года была предоставлена другим банком и не содержит нарушений, содержащихся в гарантии, представленной в рамках обеспечения договора по настоящей Закупке.

Также Заявитель указал, что им была доработана банковская гарантия с учетом указанных Заказчиком замечаний.

То есть, Комиссия указывает, что Заявитель фактически признает несоответствие банковской гарантии вышеуказанным положениям.

Также Комиссия указывает, что закупочной документацией не предусмотрена возможность повторного направления банковской гарантии, более того, после признания участника уклонившимся.

Учитывая, что положения Закупочной документации Заявителем не оспаривались, участник, подав заявку на участие в процедуре конклюдентно согласился с установленными Заказчиком требованиями, в том числе предъявленные к обеспечению обязательств по договору.

Тем самым Заявитель возложил на себя риски по признанию его уклонившимся в случае, если банковская гарантия не соответствовала требованиям Закупочной документации.

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 ООО «ИФ-Трейд» «» на действия ГБУ «Автомобильные дороги» «» при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 14.06.2022 № НП/31294/22.

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