

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-7730/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

15.06.2023

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 «.....», извещенных надлежащим образом о дате, месте и времени заседания письмом Московского УФАС России от 08.06.2023 № НП/23497/23,

рассмотрев жалобу «.....» (далее также — Заявитель) на действия «.....» (далее также — Заказчик), «.....» (далее также — Организатор) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку гипсокартона (реестровый № 32312345948, 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

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.

Комиссией установлено, что 21.03.2023 на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) размещено извещение № 32312345948 о проведении Закупки.

В соответствии с протоколом подведения итогов процедуры от 18.05.2023 № 32312345948 Заявитель признан победителем Закупки.

Согласно протоколу от 31.05.2023 № 32312345948, Заявитель признан уклонившимся от заключения договора на основании пункта 41.5 Положения о закупках товаров, работ, услуг для нужд ГУП «Мосгортранс» по причине непредставления участником закупки, с которым заключается договор, надлежащего обеспечения исполнения договора в срок, установленный для заключения договора.

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

В обоснование неправомочности принятого Заказчиком решения о признании уклонившимся от заключения договора Заявитель указывает, что представленная независимая гарантия в качестве обеспечения исполнения договора от 25.05.2023 № 74616-23КЭБГ/0001, выданная АО «КИВИ Банк» соответствует требованиям, предусмотренным частями 31 и 32 статьи 3.4 Закона о закупках и составлена по типовой форме Приложения № 3 Постановления Правительства Российской Федерации 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).

Как указывает Заявитель, Заказчик в нарушение Закона о закупках и Постановления 1397 установил в Документации о закупке дополнительное требование к независимой гарантии в части включения условия 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.

По мнению Заявителя, данное требование является избыточным, может привести к нарушению прав поставщиков и ограничению количества участников закупки.

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 ГУП «МОСГОРТРАНС», утвержденного Приложением к приказу от 07.04.2023 № 380 (далее – Положение о закупке).

Согласно части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках предусмотрено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой

закупки.

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).

В соответствии с частью 31 статьи 3.4 Закона о закупках в отношении независимой гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, применяются положения пунктов 1 - 3, подпунктов «а» и «б» пункта 4 части 14.1, частей 14.2 и 14.3 настоящей статьи.

При этом такая независимая гарантия:

1) должна содержать указание на срок ее действия, который не может составлять менее одного месяца с даты окончания предусмотренного извещением об осуществлении конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, документацией о такой закупке срока исполнения основного обязательства;

2) не должна содержать условие о представлении заказчиком гаранту судебных актов, подтверждающих неисполнение участником закупки обязательств, обеспечиваемых независимой гарантией.

В свою очередь, 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 Российской Федерации от 09.08.2022 № 1397 (далее — Постановление № 1397), в котором 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.

Согласно пункту 6 Постановления № 1397 независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, должна быть составлена по типовой форме согласно приложению № 3 на условиях, определенных гражданским законодательством и Законом о закупках, и содержать дополнительные требования.

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

При этом в соответствии с пунктом 17 типовой формы независимой гарантии, утвержденной Постановлением 1397, в типовой форме гарантии могут быть установлены дополнительные условия, **не противоречащие положениям извещения об осуществлении конкурентной закупки, документации о конкурентной закупке** и Положения о закупке бенефициара, а также требованиям к условиям независимой гарантии, установленным Постановлением 1397.

Между тем, пунктом 20.1 Информационной карты установлен размер обеспечения исполнения договора, срок и порядок обеспечения исполнения договора.

Так, обеспечение исполнения договора предусмотрено в следующем размере: 5 % от начальной (максимальной) цены договора.

Обеспечение исполнения договора может быть оформлено в виде независимой гарантии, или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет.

Способ обеспечения исполнения договора выбирается участником закупки

самостоятельно.

Независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, должна соответствовать требованиям, предусмотренным частями 31 и 32 статьи 3.4 Закона № 223-ФЗ.

Несоответствие независимой гарантии, предоставленной участником закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, требованиям, предусмотренным настоящей документацией, является основанием для отказа в принятии ее заказчиком.

Гарант в случае просрочки исполнения обязательств по независимой гарантии, требование об уплате денежной суммы по которой соответствует условиям такой независимой гарантии и предъявлено заказчиком до окончания срока ее действия, обязан за каждый день просрочки уплатить заказчику неустойку (пени) в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате по такой независимой гарантии.

Независимая гарантия должна 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.

Независимая гарантия, предоставленная в качестве обеспечения исполнения договора, заключаемого по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства, не должна содержать условие о предоставлении Заказчиком гаранту судебных актов, подтверждающих неисполнение участником закупки обязательств, обеспечиваемых независимой гарантией.

Независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения исполнения договора, должна быть составлена по типовой форме согласно Приложению N 3 к Положению 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, утвержденному постановлением Правительства Российской Федерации от 09.08.2022 N 1397, на условиях, определенных гражданским законодательством и Законом № 223-ФЗ.

Независимая гарантия должна включать указание на то, что все споры по гарантии подлежат рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы.

Срок обеспечения исполнения договора должен превышать предусмотренный договором срок исполнения обязательств по указанному договору либо обязательств по этапу договора соответственно, не менее чем на один месяц, в том числе в случае его изменения.

Обеспечение исполнения договора должно быть предоставлено участником закупки до заключения договора.

В случае непредоставления участником закупки, с которым заключается договор, обеспечения исполнения договора в срок, установленный для заключения договора, такой участник считается уклонившимся от заключения договора.

Заказчик имеет право на взыскание за счет предоставленного обеспечения исполнения договора предусмотренных договором штрафных санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору и понесенных заказчиком убытков.

Как следует из представленных материалов, Заявитель в качестве обеспечения исполнения договора представил независимую гарантию от 25.05.2023 № 74616-23КЭБГ/0001, выданную АО «КИВИ Банк» (далее - Гарантия).

Комиссия, проанализировав представленную Гарантию, отмечает, что пунктом 1 установлено: «1. Настоящая независимая гарантия обеспечивает исполнение принципалом его обязательств, предусмотренных договором, заключенным (заключаемым) с бенефициаром, включающих в том числе обязательства принципала по уплате неустоек (штрафов, пеней), начисленные за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, а также обязательства по возмещению понесенных бенефициаром убытков (за исключением упущенной выгоды)».

При этом в рассматриваемом случае закупочной документацией установлено требование, что независимая гарантия должна 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.

Комиссия считает необходимым отметить, что в соответствии с частью 2 статьи 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

То есть, Комиссия обращает внимание, что понятие «убытки» включает в себя и реальный ущерб и упущенную выгоду.

В представленной Заявителем Гарантии отсутствует обязательство возместить убытки в полном объеме (с учетом упущенной выгоды), что противоречит требованиям Документации о закупке.

На вопрос Комиссии Заявитель подтвердил отсутствие в банковской гарантии требуемого Заказчиком условия.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что пункт 1 Гарантии не соответствует требованиям пункта 20.1 Информационной карты закупочной документации.

Соответственно, Комиссия приходит к выводу, что Заказчик правомерно признал участника уклонившимся от заключения договора.

Комиссия отмечает, что несоответствие участника закупки хотя бы одному обязательному требованию, установленному в Документации о закупке, влечет за собой отклонение заявки такого участника.

При этом Комиссия считает необходимым отметить, что в случае несогласия Заявителя с положениями документации, последний не был лишен возможности обжалования в установленном порядке в срок до окончания подачи заявок на участие.

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, а равно у Заказчика имелись основания для отказа победителю аукциона в заключении договора по результатам Закупки.

Относительно позиции Заявителя о том, что Заявителем была направлена на согласование банковская гарантии Заказчику 23.05.2023 посредством электронной почты, при этом замечаний к содержанию независимой гарантии от Заказчика не поступило Комиссия отмечает, что согласование независимой гарантии ни Положением о закупке ни Закупочной документации не предусмотрено.

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.

Подача заявки является для общества принятием (акцептом) всех условий Заказчика, в том числе согласием исполнять обязанности участника Закупки, заключить и исполнить договор на предусмотренных извещением, документацией условиях, для чего Заявителем была представлена в том числе и независимая гарантия.

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: «.....»), «.....» (ИНН: «.....»; ОГРН: «.....») при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 08.06.2023 № НП/23497/23.

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