

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-8913/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

15.06.2022 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 «МЕТАЛЛИКПРО», АО «Институт «МосводоканалНИИпроект», Департамента города Москвы по конкурентной политике,

рассмотрев жалобу ООО «МЕТАЛЛИКПРО» (далее — Заявитель) на действия АО «Институт «МосводоканалНИИпроект» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на выполнение комплекса работ по поставке, монтажу и сервисному обслуживанию в семилетний период устанавливаемых на городских территориях малых архитектурных форм (лот 18) (реестровый № 32211327691, далее — Закупка) ,

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, оператора электронной площадки, закупочной 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» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (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, закупочной 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.

Часть 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам 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 не согласен с основаниями отклонения своей заявки, поскольку, по мнению Заявителя, предоставленная банковская гарантия соответствует требованиям, указанным в статье 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Также Заявителем обжалуется факт отсутствия в протоколе рассмотрения вторых частей заявок на участие в закупочной процедуре указания на редакцию Положения **о закупке АО «МосводоканалНИИпроект», в соответствии с которой принято решение об отклонении заявки Заявителя.**

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы, запрошенные антимонопольным органом.

Уполномоченная организация поддержала позицию Заказчика.

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.

Согласно части 10 статьи 3.2 Закона о закупках, заявки на участие в конкурентной закупке представляются согласно требованиям к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с настоящим Федеральным законом и положением о закупке заказчика.

Как следует из материалов дела, 20.04.2022 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 Закупки.

Согласно протоколу рассмотрения вторых частей заявок на участие в процедуре 32211327691 от 02.06.2022 Заказчиком было принято решение об отказе в допуске к участию в процедуре участнику с номером 830275 (Заявителю) по следующим основаниям:

«Участнику открытого конкурса отказано в допуске по основанию, предусмотренному п. 13.4.3 положения о закупках товаров, работ, услуг отдельных видов юридических лиц АО «МОСВОДОКАНАЛНИИПРОЕКТ» г. Москвы (далее Положение), в связи с непредставлением документа или копии документа, подтверждающего внесение или документации о закупке обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям настоящего Положения, а именно:

В соответствии с требованием конкурсной документации п. 11.1.2. в случае представления обеспечения 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.

Участником в составе заявки представлена независимая гарантия, содержащая следующее условие: «ГАРАНТ отказывает БЕНЕФИЦИАРУ в удовлетворении его Требования, если это Требование и приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо получены ГАРАНТОМ по окончании срока действия Гарантии».

Комиссия установила, что пунктом 11 Информационной карты Закупочной

документации предусмотрен размер и порядок предоставления обеспечения заявки на участие в закупке и обеспечения исполнения договора.

Сумма обеспечения заявки на участие в конкурсе предусмотрена в следующем размере:

- 2 % от начальной (максимальной) цены договора, что составляет: 3 261 600,00 руб., НДС не облагается.

Согласно пункту 11.1.2 Информационной карты, обеспечение заявки должно быть представлено в виде внесения денежных средств на специальный банковский счет либо по желанию участника представлено в виде независимой гарантии.

В случае представления обеспечения 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 банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения Стр. 19 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. Срок действия независимой гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, должен составлять не менее чем два месяца с даты окончания срока подачи заявок.

Согласно части 3 статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в независимую гарантию включается условие о праве заказчика на беспспорное списание денежных средств со счета гаранта при отсутствии оснований для отказа в удовлетворении требования бенефициара, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации, если гарантом в срок не более чем десять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по независимой гарантии, направленное до окончания срока ее действия.

В соответствии с пунктом 2 части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в частях 2 и 3 ст. 45 Закона о контрактной системе.

Из материалов дела следует, что Заявителем в качестве обеспечения заявки представлена банковская гарантия от 05.05.2022 № 10381756, выданная Акционерным коммерческим банком «Абсолют Банк» (далее — Банковская гарантия).

Пунктом 7 Банковской гарантии урегулирован вопрос о порядке направления Бенефициаром требования об уплате денежной суммы по гарантии:

«Требование платежа по Гарантии должно быть представлено Гаранту с приложением указанных в пункте 6 Гарантии документов по адресу 127051, г.

Москва, Цветной бульвар, д.18. В случае представления Требования Бенефициаром в форме электронного документа, Требование и приложенные к нему документы и (или) их копии, должны быть в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации подписаны/заверены усиленной электронной подписью уполномоченного представителя Бенефициара и направлены бенефициаром на электронный адрес Гаранта trebovaniija-bg@absolutbank.ru.

Требование платежа по Гарантии должно быть представлено Гаранту до истечения срока действия Гарантии».

Пунктом 8 Банковской гарантии предусмотрено следующее:

«Гарант в течение 5 (пяти) рабочих дней со дня получения Требования платежа по Гарантии и вышеуказанных документов обязан удовлетворить Требование Бенефициара, либо направить Бенефициару письменный отказ.

Гарант отказывает Бенефициару в удовлетворении его Требования, если это Требование и приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо **получены Гарантом** по окончании срока действия Гарантии».

Комиссия отмечает, что включение в банковскую гарантию условия о **получении** Гарантом Требования по Гарантии дает Гаранту право отказывать в удовлетворении требования Бенефициара, направленного им до истечения срока действия гарантии, в случае его получения Гарантом после истечения такого срока, что фактически лишает Заказчика законного права на получение денежных выплат (особенно в тех случаях, когда такие требования заявляются на границе срока действия гарантии), ведет к сокращению времени на подготовку Заказчиком такого требования и ставит последнего в зависимость от третьих лиц.

Таким образом, на Заказчика возлагается не предусмотренная законодательством Российской Федерации обязанность – обеспечить получение требования Гарантом не позднее последнего дня срока действия банковской гарантии. При этом Заказчик никоим образом не может объективно повлиять на волю Гаранта по получению указанного требования. В случае уклонения последнего от получения требования с учетом анализа положений банковской гарантии у Заказчика не возникнет права на получение денежных выплат.

Вместе с тем, право Заказчика на получение предусмотренных гарантией выплат должно носить абсолютный характер и действовать до установленного банковской гарантией срока, а не зависеть от действий (бездействий) третьих лиц. Риски представления надлежащей по содержанию банковской гарантии возлагаются на представившее ее лицо.

Согласно пункту 2 статьи 374 ГК РФ требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания срока действия независимой гарантии.

В силу пункта 2 статьи 194 ГК РФ письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок.

Таким образом, отправленные Бенефициаром требования по банковской гарантии

посредством организации связи в срок действия банковской гарантии, должны быть приняты и рассмотрены Гарантом, даже если получены им за пределами срока действия такой гарантии.

Верховным судом Российской Федерации в определениях от 12.10.2015 по делу № А40-104358/2014 и от 22.06.2015 по делу № А40-15701/2014 дается оценка содержащейся в пункте 1 статьи 374 ГК РФ и вменяемой бенефициару обязанности «представления» банковской гарантии до окончания срока, на который она выдана. В данных определениях Верховный суд указывает на неоднозначность толкования глагола «представить», которое можно трактовать и как обязанность «направить» требование по гарантии до указанного срока и как обязанность «обеспечить получение» его бенефициаром в указанный срок.

Вместе с тем, в рассматриваемой Банковской гарантии, приложенной Заявителем, содержится именно обязанность ее получения Гарантом в течение срока ее действия, а не представления ее Бенефициаром в указанный срок.

Исходя из совокупности применения пункта 2 статьи 194 и пункта 2 статьи 374 ГК РФ отправленные Бенефициаром требования по банковской гарантии посредством организации связи в срок действия гарантии должны быть приняты и рассмотрены Гарантом даже в случае, если таковые получены им за пределами срока действия гарантии.

При этом установление в банковских гарантиях положений, что требование платежа по гарантии должно быть получено Гарантом до истечения срока действия банковской гарантии, ведет к сокращению времени на подготовку Заказчиком такого требования и направления его банку-гаранту, поскольку в данном случае также необходимо учитывать сроки на получение такого требования банком.

Таким образом в представленной Заявителем Банковской гарантии содержатся условия, которые противоречат положениям Закона о контрактной системе, поскольку предполагают получение гарантом требования платежа по гарантии до истечения срока действия такой гарантии и ведут к искусственному сокращению срока действия банковской гарантии.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу, что у Заказчика имелись основания для признания Банковской гарантии, представленной Заявителем, не соответствующей требованиям Закупочной документации, а равно имелись основания для отклонения заявки.

При таких обстоятельствах, Комиссия считает решение Закупочной комиссии об отклонении заявки Заявителя обоснованным, принятым в соответствии с требованиями документации и требований Закона о закупках.

Вместе с тем, относительно довода Заявителя о том, что Заказчик в протоколе рассмотрения вторых частей заявок на участие в процедуре 32211327691 от 02.06.2022 не указал редакцию Положения о закупке АО «МосводоканалНИИпроект» при обосновании отказа Заявителю от дальнейшего участия в закупочной процедуре.

При этом, как указывает Заявитель, с момента первичной публикации извещения о

закупке № 32211327691 от 20.04.2022 до момента принятия закупочной комиссией решения Заказчиком были утверждены еще две редакции Положения о закупке АО «МосводоканалНИИпроект».

Согласно пункту 13.4.3. Положения о закупке АО «МосводоканалНИИпроект» (ред. 15 от 14.04.2022): «Участник процедуры закупки, подавший заявку, не допускается Закупочной комиссией к участию в закупке в случае непредставления документа или копии документа, подтверждающего внесение или документации о закупке обеспечения заявки на участие в закупке, если требование обеспечения таких заявок указано в документации о закупке, в том числе представление обеспечения заявки на участие в закупке, не соответствующего требованиям настоящего Положения.

Вместе с тем, Комиссия установила, что в пункт 13.4.3. Положения о закупке АО «МосводоканалНИИпроект», на основании которого заявка Заявителя была отклонена, в редакциях 16 и 17 от 05.05.2022 и 12.05.2022 не вносились какие-либо изменения.

Действительных доказательств нарушения своих прав обжалуемыми действиями Заказчика Заявителем Комиссии не представлено.

На вопрос Комиссии о том, каким образом Заказчиком путем не указания в протоколе редакции Положения о закупке нарушены права Заявителя, последний не смог предоставить пояснений.

При этом само по себе несогласие Заявителя с итогами конкурентной процедуры не свидетельствует о нарушении Заказчиком положений Закона о закупках.

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 свою очередь 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 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.

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