

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-4582/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.03.2022 г. Москва

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

Председательствующего:

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей
ООО «ЛАЙКСОФТ», ГБУК г. Москвы «ГМЗ «Царицыно»,

рассмотрев жалобу ООО «ЛАЙКСОФТ» (далее — Заявитель) на действия ГБУК г. Москвы «ГМЗ «Царицыно» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на приобретение неисключительных прав (лицензий) на использование программного обеспечения Microsoft (реестровый № 32211135560, далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам жалобы, нарушение со стороны Заказчика выразилось в неправомерном признании Заявителя уклонившимся от заключения договора.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения, а также иные истребованные антимонопольным органом документы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Согласно Протоколу подведения итогов процедуры № 32211135560 от 28.02.2022 ООО «Лайксофт» (Заявитель) было признано победителем закупочной процедуры.

Протоколом от 11.03.2022 Заявитель признан уклонившимся от заключения договора на основании следующего:

«В соответствии с разделами 41 и 46 Положения о закупках, работ, услуг для нужд государственного бюджетного учреждения культуры города Москвы «Государственный историко-архитектурный, художественный и ландшафтный музей-заповедник «Царицыно» на 2022 по основаниям: Победитель электронной процедуры в установленные сроки не направил Заказчику обеспечение исполнения договора.».

Заявитель с принятым решением не согласен, поскольку по мнению Заявителя, представленная Банковская гарантия полностью соответствует требованиям закупочной документации.

Комиссией установлено, что пунктом 21.3. закупочной документации предусмотрено, что обеспечение исполнения договора может быть оформлено в форме безотзывной независимой гарантии, или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения исполнения договора

определяется участником закупки, с которым заключается договор, самостоятельно. Срок обеспечения исполнения договора не может быть меньше срока исполнения обязательств по указанному договору.

Согласно пункту 21.5. закупочной документации безотзывная независимая гарантия, выданная участнику закупки для целей обеспечения исполнения договора, должна соответствовать требованиям статьи 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

В силу пункта 21.6. закупочной документации основанием для отказа в принятии безотзывной независимой гарантии Заказчиком является несоответствие ее требованиям документации о закупке и проекта Договора.

В соответствии с пунктом 8.2 статьи 45 Закона о контрактной системе дополнительные требования к банковской гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра банковских гарантий, порядок формирования и ведения закрытого реестра банковских гарантий, в том числе включения в него информации, порядок и сроки предоставления выписок из него, форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Таким актом является Постановление Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Постановление Правительства № 1005).

Таким образом, банковская гарантия участника Закупки должна соответствовать также Постановлению Правительства № 1005.

Комиссией установлено, что в качестве обеспечения исполнения договора Заявителем представлена независимая гарантия от 10 марта 2022 г. № 47496-22КЭБГ/0012 (далее – Гарантия), выданная КИВИ Банком (акционерное общество).

Пунктом 3 Гарантии установлено, что требование Бенефициара и указанные в Гарантии документы должны быть получены Гарантом **до истечения срока действия настоящей Гарантии** по адресу: 117648, г. Москва, мкр. Чертаново Северное, д. 1А, корп. 1.

Комиссия отмечает, что включение в банковскую гарантию оспариваемого условия 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.

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, если 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.

Согласно части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе в независимую гарантию включается условие о праве заказчика на беспорное 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.

Комиссией установлено, что в нарушение части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе в представленной Заявителем банковской гарантии отсутствует условие о праве заказчика на беспорное списание денежных средств со счета гаранта при отсутствии оснований для отказа в удовлетворении требования бенефициара.

Требование о беспорном списании также установлено частью 9.3 статьи 9 проекта договора.

Также Комиссия отмечает, что пунктом «А» Постановления Правительства № 1005 установлено требование об обязательном закреплении в банковских гарантиях **право заказчика представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по банковской гарантии**, предоставленной в качестве обеспечения заявки, в размере обеспечения заявки, установленном в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке .

При этом пунктом 3 Гарантии установлено, что в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения Принципалом обязательств, обеспеченных Гарантией, Бенефициар **вправе предоставить требование об уплате денежной суммы и (или) ее части по настоящей Гарантии в письменной форме на бумажном носителе**, заверенное печатью Бенефициара и подписанное от имени Бенефициара лицом, указанным в Едином государственном реестре юридических лиц, или действующим от имени Бенефициара на основании доверенности.

Таким образом, в представленной Заявителем банковской гарантии в нарушении пункта «А» Постановления Правительства № 1005 отсутствует право заказчика представлять требование об уплате денежной суммы по банковской гарантии в форме электронного документа.

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 жалобы Заявителя, поскольку банковская гарантия Заявителя не соответствует требованиям Закона о контрактной системе, Постановлению Правительства №1005 и закупочной документации.

При этом, пунктом 20.9 закупочной документации установлено, что заключение договора по результатам проведенной конкурентной закупки производится не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в ЕИС итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки, или с даты признания победителя такой процедуры уклонившимся от заключения договора.

Согласно пункту 20.12. закупочной документации 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.

Пунктом 20.3. закупочной документации установлено, что в течение пяти дней с даты размещения Заказчиком на ЭТП проекта договора победитель конкурентной процедуры в электронной форме подписывает усиленной электронной подписью указанный договор, размещает на ЭТП подписанный проект договора, документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения договора, если данное требование установлено в извещении и (или) документации о конкурентной закупке, либо в случае наличия разногласий по проекту договора, размещенного Заказчиком, победитель конкурентной процедуры в электронной форме составляет протокол разногласий с указанием замечаний к положениям проекта договора, не соответствующим извещению, документации о конкурентной закупке в электронной форме и своей заявке, с указанием соответствующих положений данных документов.

Согласно пункту 20.13. закупочной документации победитель конкурентной процедуры (за исключением победителя, предусмотренного пунктом 20.14 настоящей аукционной документации) признается Заказчиком, уклонившимся от заключения договора в случае, если в сроки, предусмотренные настоящей статьей аукционной документации, он не направил Заказчику проект договора, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени такого победителя, или не представил Заказчику обеспечение исполнения договора или не исполнил требования, предусмотренные разделом 22 настоящей аукционной документации.

Комиссия отмечает, что проект договора был размещен на сайте торговой площадки 03.03.2022, и согласно пункту 20.3. закупочной документации, Заявитель должен был подписать данный договор и предоставить обеспечение исполнения договора до 09.03.2022.

При этом Комиссией установлено, что Заявитель в нарушение пункта 20.3. закупочной документации подписал договор и направил в адрес Заказчика обеспечение исполнения только 10.03.2022, в связи с чем Заказчик правомерно не принял обеспечение исполнения договора Заявителя и на основании пункта 20.13. закупочной документации признал Заявителя уклонившимся от заключения договора.

В связи с вышеизложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что у Заказчика имелись основания для признания участника уклонившимся от заключения договора.

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 аукционной 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.

При этом 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 «ЛАЙКСОФТ» (ИНН: 7730269423, ОГРН: 1217700480403) на действия ГБУК г. Москвы «ГМЗ «Царицыно» (ИНН: 7737012762, ОГРН: 1027739504792) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 23.03.2022 № НП/15877/22.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.