

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-5472/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

12.04.2022 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 «АКСЕЛЬ», ГБУ «Жилищник района Новогиреево»,

рассмотрев жалобу ООО «АКСЕЛЬ» (далее — Заявитель) на действия ГБУ «Жилищник района Новогиреево» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на приведение в нормативное состояние элементов фасада многоквартирного дома (реестровый № 3221 1238202, 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, указав, что в допуске Заявителю было отказано по необоснованным и формальным основаниям, так как 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».

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.

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, 21.03.2022 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 32211238202 Заказчиком было принято решение об отказе в допуске к участию в процедуре участнику с номером 813071 (Заявителю) по следующим основаниям:

«Несоответствие размера, формы, условий или порядка предоставления обеспечения заявки. «Представленная участником в качестве обеспечения заявки Банковская гарантия содержит следующие условия: «Требование платежа по Гарантии должно быть получено Гарантом до истечения срока действия Гарантии», «Гарант отказывает Бенефициару в удовлетворении его Требования, если это Требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо получены Гарантом по окончании срока действия Гарантии». Данные условия противоречат требованиям ст. 45 Федерального закона № 44-ФЗ».

Комиссия установила, что пунктом 20 Информационной карты предусмотрен размер обеспечения заявки, срок и порядок его предоставления.

Обеспечение заявки составляет 139 122,41 руб. (1% от начальной (максимальной) цены договора).

Обеспечение заявки может быть оформлено в виде безотзывной независимой гарантии или внесения денежных средств на указанный Заказчиком счет. Способ обеспечения заявки выбирается участником закупки самостоятельно. Безотзывная независимая гарантия, выданная участнику закупки Гарантом для целей обеспечения заявки на участие в закупке, 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 о размещении независимой гарантии в реестре независимых гарантий. 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 беспорочное 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 № 639789 от 23.03.2022 выданная Акционерным обществом Коммерческий Банк «Модульбанк» на сумму 139 122,41 (сто тридцать девять тысяч сто двадцать два рубля 41 копейка) (далее — Банковская гарантия).

Пункт 4 Банковской гарантии содержит следующее условие: «Гарант должен рассмотреть Требование Бенефициара и приложенные к нему документы в течение пяти рабочих дней со дня, следующего за днем получения Требования со всеми приложенными к нему документами, и, если Требование признано им надлежащим (соответствующим требованиям, установленным настоящей Гарантией), осуществить выплату Бенефициару (в соответствии с требованиями п. 2 ст. 375 ГК РФ). Гарант направляет Бенефициару мотивированный отказ в удовлетворении его требования, если это требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо представлены Гаранту по окончании срока действия Гарантии».

Пунктом 3 Банковской гарантии урегулирован вопрос о порядке направления Бенефициаром требования об уплате денежной суммы по гарантии: «Бенефициар вправе представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по 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).

Требование может быть представлено Гаранту в виде электронного документа, подписанного усиленной электронной подписью уполномоченного на подписание Требования лица Бенефициара на адрес электронной почты (e-mail): bginfo@modulbank.ru. Документы, подлежащие приложению к Требованию в соответствии с настоящим пунктом Гарантии, в этом случае, также направляются Гаранту Бенефициаром в виде электронного документа, подписанного/заверенного усиленной электронной подписью уполномоченного на подписание Требования лица Бенефициара на указанный в пункте 3 настоящей Гарантии адрес электронной почты Гаранта в одном электронном сообщении с Требованием.

Письменное требование платежа по настоящей Гарантии должно быть представлено Бенефициаром и получено Гарантом в месте ее выдачи не позднее последнего дня срока действия Гарантии заказным письмом с уведомлением о вручении по следующим реквизитам: АО КБ «Модульбанк», адрес местонахождения: 156005, Костромская область, г. Кострома, пл. Октябрьская, д. 1, или передано нарочно, под роспись уполномоченного лица.

Требование платежа по настоящей Гарантии, составленное в форме электронного документа, подписанного усиленной электронной подписью уполномоченного на подписание Требования лица Бенефициара, должно быть получено Гарантом на адрес электронной почты Гаранта, указанный в пункте 3 настоящей Гарантии, не позднее последнего дня срока действия настоящей Гарантии.

Несоблюдение Бенефициаром условий настоящей Гарантии является основанием для неисполнения Гарантом своего обязательства по 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, 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 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.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу **ООО «АКСЕЛЬ» (ОГРН: 1177746952690, ИНН: 7707392394)** на **действия ГБУ «Жилищник района Новогиреево» (ОГРН: 5147746375850, ИНН 7720832904)** при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 07.04.2022 № НП/19201/22.