

Решение антимонопольного органа по делу № 077/07/00-9657/2022 признано недействительным на основании решения Арбитражного суда города Москвы от 20.12.2022 по делу № А40-193803/2022 (https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/f7168de9-d37d-488f-b98a-91b0d5efe107/4d4a89eb-efd5-4947-99f5-b0ca2aee1520/A40-193803-2022_20221220_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True), оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.04.2023 (https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/f7168de9-d37d-488f-b98a-91b0d5efe107/ad75d68b-44cc-4f6a-bc66-dda400a97c8f/A40-193803-2022_20230405_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True) и постановлением Арбитражного суда московского округа от 08.08.2023 (https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/f7168de9-d37d-488f-b98a-91b0d5efe107/3411d4a6-7b94-4318-8f3c-9852711ca7dd/A40-193803-2022_20230808_Postanovlenie_kassacii.pdf?isAddStamp=True).

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-9657/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.06.2022 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 ГАУ «МосжилНИИпроект», ООО «КСБ»,

рассмотрев жалобу ООО «КСБ» (далее — Заявитель) на действия ГАУ «МосжилНИИпроект» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на оказание услуг по техническому обслуживанию охранной сигнализации, видеонаблюдения, пожарной сигнализации, системы оповещения и управление эвакуацией людей при пожаре, СКУД на объектах Филиала ГАУ «МосжилНИИпроект» (реестровый №32211361274, далее — Закупка) (далее — Жалоба),

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 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 выражает несогласие с отказом от заключения договора и признании уклонившимся.

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 Федерального закона от 18.07.2011 г. N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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 Протокол у подведения итогов процедуры № 32211361274 от 23.05.2022 Заявитель признан победителем оспариваемой закупки.

Однако, согласно Протоколу об отказе от заключения Договора от 15.06.2022 Заявитель признан уклонившимся от заключения договора в связи с несоответствием банковской гарантии требованиям закона и документации.

В соответствии с п. 15.4 Типового положения о закупках товаров, работ, услуг отдельных видов юридических лиц ГАУ «МосжилНИИпроект» (далее – Положение) при наличии в документации о закупке требования об обеспечении исполнения договора соответствующее обеспечение должно быть предоставлено участником закупки до заключения договора.

Пунктом 11.2.2. Закупочной документации установлен порядок предоставления обеспечения исполнения договора.

Исполнение договора может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком, соответствующим требованиям постановления Правительства РФ от 12 апреля 2018 г. N 440 или внесением денежных средств на счет заказчика.

Способ обеспечения исполнения договора определяется участником закупки, с которым заключается договор, самостоятельно.

Договор заключается только после предоставления участником обеспечения исполнения договора (оригинал банковской гарантии соответствующей установленным требованиям или копия платёжного поручения с отметкой банка об исполнении).

Обеспечение исполнения договора предоставляется заказчику, победителем вместе с подписанным со своей стороны договором.

Невыполнение данного условия даёт основание заказчику направить документы в контролирующий орган на включении информации о победителе в реестр недобросовестных поставщиков за уклонение от подписания договора.

В случае представления обеспечения исполнения договора в виде безотзывной банковской гарантии, **банковская 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» и Гражданского кодекса РФ, за исключением требования о наличии банковской гарантии в реестре банковских гарантий. Банковская гарантия должна в том числе содержать указание на то, что все споры по банковской гарантии подлежат рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы.**

Согласно части 8.2. статьи 45 Закона о контрактной системе дополнительные требования к независимой гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра независимых гарантий, порядок формирования и ведения закрытого реестра независимых гарантий, в том числе включения в него информации, порядок и сроки предоставления выписок из него, типовая форма независимой гарантии, используемой для целей настоящего Федерального закона, форма требования об уплате денежной суммы по независимой гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Дополнительные требования к банковским гарантиям установлены постановлением Правительства Российской Федерации 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» (вместе с «Дополнительными требованиями к банковской гарантии, используемой для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», «Правилами ведения и размещения в единой информационной системе в сфере закупок реестра банковских гарантий») (далее – Постановление №1005).

Согласно части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является:

- 1) отсутствие информации о банковской гарантии в предусмотренных ст. 45 Закона о контрактной системе реестрах банковских гарантий;
- 2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в чч. 2 и 3 ст. 45 Закона о контрактной системе;
- 3) несоответствие банковской гарантии требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

В соответствии с пунктом 8.9. документации победитель аукциона (за исключением случая, предусмотренного пунктом 8.10 документации) признается уклонившимся от заключения договора в случае, если в сроки, установленные документацией, он не направил заказчику проект договора, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени такого победителя, **или не представил заказчику**

обеспечение исполнения договора.

Комиссией установлено, что Заявитель в качестве обеспечения исполнения договора представил банковскую гарантию № 702188 от 09.06.2022, выданную АО КБ «Модульбанк» (далее — Банковская гарантия, БГ).

В соответствии с частью 3 статьи 45 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ 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.

При этом, пунктом 12 Банковской гарантии установлено, что Бенефициару предоставлено право на беспорное списание денежных средств со счета Гаранта, если Гарантом **в течение 5 (пяти) рабочих дней** не исполнено Требование по гарантии, направленное Гаранту до окончания срока действия настоящей гарантии и в соответствии с требованиями, предусмотренными настоящей Гарантией.

Таким образом, установленный пунктом 12 Банковской гарантии срок противоречит сроку, установленному частью 3 статьи 45 Закона о контрактной системе, положения которого носят императивный характер и не предполагают вариативность условий банковской гарантии.

Кроме того, в соответствии с подпунктом «а» Дополнительных требований к независимой гарантии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 №1005, предусмотрено 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.

Указанное право Заказчика закреплено пунктом 4 Банковской гарантии, при этом пунктом 5 Банковской гарантии установлено, что письменное требование платежа по настоящей Гарантии должно быть направлено Гаранту не позднее последнего дня срока действия Гарантии заказным письмом с уведомлением о вручении по следующим реквизитам: АО КБ «Модульбанк», адрес местонахождения: 156005, Костромская обл., г. Кострома, пл. Октябрьская, д. 1, или передано нарочно, под роспись уполномоченного лиц.

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 4 настоящей Гарантии, не позднее последнего дня срока действия настоящей Гарантии.

Таким образом, требование об осуществлении уплаты денежной суммы по вышеуказанной Банковской гарантии может быть осуществлено Заказчиком только в письменной форме на бумажном носителе.

В соответствии со ст. 165.1. Гражданского кодекса Российской Федерации, заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для Гаранта последствия с момента доставки соответствующего сообщения.

Таким образом, представленная банковская гарантия не соответствует требованиям ст. 165.1 ГК РФ. Бенефициар имеет право направить требование в бумажном виде и в форме электронного документа в срок действия банковской гарантии. Срок установлен в датах от и до. При направлении Требования в Банк в бумажной форме, Бенефициар имеет право направить в организацию связи необходимые документы в целях получения платежа до двадцати четырех часов последнего дня срока согласно ст. 194 ГК РФ. Письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок, что подтверждает отсутствие недобросовестности в реализации права на получение платежа. Согласно п. 2 ст. 374 Гражданского Кодекса Российской Федерации требование Бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания срока действия независимой гарантии.

Исходя из совокупности применения п. 2 ст. 194 и п. 2 ст. 374 Гражданского Кодекса Российской Федерации 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.

Комиссия отмечает, что положения Постановления № 1005 не устанавливают обязанность заказчика по направлению письменного требования определенным способом, оставляя этот выбор на усмотрение заказчика.

Однако положения представленной Банковской гарантии ограничивают способ отправки требования по гарантии на бумажном носителе только заказным письмом с уведомлением о вручении, тем самым лишая заказчика осуществить отправления иным удобным ему способом.

На основании изложенного, Комиссией установлено, что представленная Заявителем Банковская гарантия не соответствует ст. 45 Закона о контрактной системе, Постановлению № 1005 и соответственно Положению и закупки и Закупочной документации, в связи с чем, на основании пункта 8.9. Закупочной документации Заявитель правомерно признан уклонившимся от заключения договора.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о том, что Банковская гарантия, представленная Заявителем в качестве обеспечения исполнения договора в полной мере не отвечала установленным Заказчиком требованиям и требованиям законодательства, **а равно** 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.

При этом Комиссия также отмечает, что согласование Банковской гарантии, предоставляемой Победителем с Заказчиком не предусмотрено аукционной документацией.

Проверка соответствия Банковской гарантии осуществляется лицами, обладающими соответствующими полномочиями и принимается коллегиально членами закупочной комиссии Заказчика.

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 нарушений действующего законодательства Российской Федерации в сфере закупок, 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 ООО «КСБ» (ИНН: **5050114370**; ОГРН: **1145050005913**) на действия ГАУ «МосжилНИИпроект» (ИНН: 9710075487; ОГРН: 1197746303204) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 22.06.2022 № НП/33150/22.

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