

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-20283/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

22.11.2021

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 при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Аэромакс»; ППК «Российский экологический оператор»,

рассмотрев жалобу ООО «Аэромакс» (далее - Заявитель) на действия ППК «Российский экологический оператор» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по проверке достоверности информации органов местного самоуправления, региональных операторов, операторов по обращению с твердыми коммунальными отходами в части объектов размещения твердых коммунальных отходов, предоставляемой в ППК «Российский экологический оператор» при формировании федеральной схемы обращения с твердыми коммунальными отходами (реестровый № 32110662988) (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 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, заявка Заявителя неправомерно отклонена от дальнейшего участия в процедуре, поскольку его заявка полностью соответствовала требованиям документации.

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 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках) при закупке товаров, работ, услуг заказчика 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.

Комиссией установлено, что 22.09.2021 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 открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по проверке достоверности информации органов местного самоуправления, региональных операторов, операторов по обращению с твердыми коммунальными отходами в части объектов размещения

твердых коммунальных отходов, предоставляемой в ППК «Российский экологический оператор» при формировании федеральной схемы обращения с твердыми коммунальными отходами (реестровый № 32110662988) (далее – конкурс, процедура).

Согласно Протоколу рассмотрения и оценки заявок от 22.10.2021 № 32110662988- 01 заявка Заявителя отклонена на основании п. 9.3.3 ст. 19 Положения о закупке ППК «Российский экологический оператор», пп. «в» п. 13.6 раздела I документации о проведении закупки:

- представленная в качестве обеспечения заявки банковская гарантия содержит условие, согласно которому 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 (п. 10 банковской гарантии), что противоречит положениям п. 2 ст. 194, п. 2 ст. 134 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Так, в соответствии с пунктом 14 Извещения о проведении закупки обеспечение заявки на участие в закупке представляется участником процедуры закупки по его выбору: путем внесения денежных средств, путем предоставления банковской гарантии или иным способом, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации и документацией о закупке.

Обеспечение заявки устанавливается в размере 5 (пяти) процентов от максимальной цены договора, что составляет 4 997 500 (четыре миллиона девятьсот девяносто семь тысяч пятьсот) рублей 15 копеек.

Информация о порядке и способе обеспечения заявок на участие в закупке указана в пункте 5 раздела 1 «Условия проведения открытого конкурса в электронной форме» документации о закупке.

В случае если участником закупки выбран способ обеспечения заявки на участие в закупке путем внесения денежных средств, участники процедуры закупки, подающие заявки, должны обеспечить наличие на счёте для проведения операций по обеспечению участия в процедуре закупки, открытом участнику процедуры закупки Оператором электронной площадки, денежных средств, в отношении которых не осуществлено блокирование операций по счёту, в размере не менее чем размер обеспечения заявки на участие в закупке.

В случае если участником закупки выбран способ обеспечения заявки на участие в закупке путем предоставления банковской гарантии, она должна соответствовать требованиям, установленным статьями 368 – 378 Гражданского кодекса Российской Федерации, иным нормативным

правовым актам Российской Федерации, статье 25 Положения о закупке ППК «Российский экологический оператор», а также требованиям пункта 5 раздела 1 «Условия проведения открытого конкурса в электронной форме» документации о закупке.

Согласно пункту 1 статьи 25 Положения о закупке ППК «Российский экологический оператор»

Банковская гарантия должна быть составлена с учетом требований статей 368—378 Гражданского кодекса Российской Федерации и содержать следующие сведения:

1.1. банковская гарантия должна быть безотзывной;

1.2 сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом бенефициару, в случаях, предусмотренных пунктом 9 статьи 23 настоящего Положения, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом бенефициару, в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом по договору;

1.3. обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией, указанные в пункте 4 статьи 23, пункте 5 статьи 30 настоящего Положения;

1.4. условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;

1.5. срок действия не менее чем 60 (шестьдесят) календарных дней с даты окончания срока подачи заявок (для обеспечения заявки на участие в закупке);

1.6. срок действия не менее чем 1 (один) месяц с даты исполнения обязательств по договору (для обеспечения исполнения договора);

1.7. банковская гарантия должна быть подписана лицом, имеющим право, в соответствии с законодательством Российской Федерации, действовать от имени банка без доверенности, или надлежащим образом уполномоченным им лицом на основании доверенности;

1.8. бенефициаром в банковской гарантии должен быть указан заказчик, организатор закупки (в соответствии с требованиями документации о закупке), принципалом — участник закупки, гарантом — банк, выдавший банковскую гарантию.

На основании пункта 4 статьи 25 Положения о закупке ППК «Российский экологический оператор» представленная участником закупки банковская гарантия в счет обеспечения заявки на участие в закупке или гарантии (обеспечения) исполнения договора должна быть выдана банком, соответствующим 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».

В соответствии с пунктом 13.6 Конкурсной документации закупочная комиссия отклоняет заявку на участие в закупке в случае, если:

1. заявка не соответствует требованиям, установленным извещением и (или) документацией о закупке, в том числе содержит предложения об изменении проекта договора;
2. участник, подавший заявку на участие в закупке, не соответствует требованиям, установленным извещением и (или) документацией о закупке;
3. отсутствует обеспечение заявки на участие в закупке в соответствии с условиями документации о закупке, а также в случае, если участником закупки в составе заявки на участие в закупке представлены документы, подтверждающие внесение денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в закупке, но на дату рассмотрения заявок на участие в закупке указанные денежные средства не поступили на счет, который указан в документации о закупке.
4. Также, на основании пункта 9.3.1 статьи 19 Положения ППК «Российский экологический оператор» по результатам рассмотрения заявок на участие в закупке закупочная комиссия в отношении каждого участника закупки принимает одно из следующих решений:
5. - заявка не соответствует требованиям, установленным извещением и (или) документацией о закупке, в том числе содержит предложения об изменении проекта договора

Комиссией установлено, что Заявителем в составе заявки была представлена банковская гарантия ПАО «Совкомбанк» от 03.11.2021 № БГ-2944/21.

Согласно п. 10 Банковской гарантии ГАРАНТ в течение 5 (пяти) рабочих дней со дня получения Требования платежа по Гарантии обязан удовлетворить Требование БЕНЕФИЦИАРА, либо направить БЕНЕФИЦИАРУ письменный отказ.

ГАРАНТ отказывает БЕНЕФИЦИАРУ в удовлетворении его Требования, если это Требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям Гарантии либо направлены ГАРАНТОМ по окончании срока действия Гарантии.

Как пояснил Заказчик, 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.

Комиссия отмечает, что 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 банковской гарантии положения, 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, 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 Общества.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о том, что представленная Заявителем в составе заявки банковская гарантия не соответствует требованиям, установленным Положением о закупке и Закупочной документации.

В связи с чем, Заявка Заявителя не соответствовала требованиям документации, а равно у Заказчика имелись основания для отклонения заявки Заявителя.

В связи с вышеизложенным, Комиссия считает решение Закупочной комиссии Заказчика об отклонении заявки Заявителя правомерным, принятым в соответствии с требованиями Закупочной 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.

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, 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).

Также Заявитель в своей жалобе ссылается на Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии, утвержденный Президиумом Верховного суда Российской Федерации 05.06.2019, согласно пункту 4 которого требование платежа по независимой гарантии считается представленным своевременно, если оно направлено в пределах срока действия гарантии и условиями гарантии не предусмотрено иное.

Из этого Заявителем сделан вывод, что установление иного порядка в

банковской гарантии (то есть представления возможности получения платежа только при условии получения гарантом требования по банковской гарантии до истечения срока ее действия) является правомерным.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что в рассматриваемом решении суд признал обоснованным требование бенефициара к банку о выплате банковской гарантии, направленное бенефициантом в пределах действия гарантии. При этом полученное гарантом по истечении ее срока по тому основанию, что в спорной гарантии не содержались условия о необходимости получения гарантом требования бенефициара до истечения срока действия гарантии.

На основании изложенного, судами в рассматриваемом случае не оценивался вопрос соответствия банковской гарантии требованиям действующего законодательства, документации о закупке, а также не высказывались практикообразующие выводы о правомерности установления указанного порядка в документации, в связи с чем, ссылка Заявителя на представленный акт в данном случае не применима.

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 «Аэромакс» (ИНН: 7725347482; ОГРН: 1177746007900) на действия ППК «Российский экологический

оператор» (ИНН: 7703474222; ОГРН: 1197746250030) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенное письмом Московского УФАС России от 17.11.2021 № ЕО/69790/21.

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