

**В Управление Федеральной антимонопольной
службы по г. Москве**

Адрес: 107078, г. Москва, Мясницкий проезд, дом 4,
стр. 1.

Эл. почта: to77@fas.gov.ru

Заявитель жалобы:

Заказчик:

Жалоба на необоснованное отклонение заявки на участие.

«31» октября 2022 г. на официальном сайте в порядке, установленном ФЗ № 223 «О закупках товаров, работ, услугами юридическими лицами» размещено извещение открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме, на право заключения договора выполнения работ по негарантийному ремонту и калибровке аппаратно-программного комплекса «БОРТ», эксплуатируемого на тяговом подвижном составе, заказчиком по которому выступил

Согласно информации, размещенной на электронной площадке, дата окончания срока подачи и рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе, установлена Заказчиком «17» ноября 2022 г. в 10:30 ч. московского времени. Заявки на участие в аукцион подаются в электронной форме и должна состоять из первой и второй.

Следуя требованиям Федерального закона № 223-ФЗ, и представленной Заказчиком аукционной документацией, в срок, указанный в извещении о закупке, «16» ноября 2022 г. прошло аккредитацию на электронной площадке и подало заявку на участие в указанной закупке.

Согласно документации, о проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по не гарантийному ремонту и калибровке аппаратно-программного комплекса «БОРТ», эксплуатируемого на тяговом подвижном составе, размер обеспечения заявки по указанному контракту, составляет 2,00 % от начальной (максимальной) цены договора без учета НДС – 1 079 999,99 (один миллион семьдесят девять тысяч девятьсот девяносто девять рублей 99 копеек). Требования к независимой гарантии, порядку и сроку ее предоставления, порядок перечисления денежных средств указаны в ч. 3 документации о закупке.

В соответствии с разделом 3.16 конкурсной документации обеспечение аукционной заявки может быть предоставлено в форме внесения денежных средств либо в форме независимой гарантии. Выбор способа обеспечения заявки на участие в аукционе осуществляется участником аукциона.

В качестве обеспечения заявки участником банковская гарантия № 10512744 от 16.11.2022, выданная (далее – банковская гарантия).

представлена
(далее –

08.12.2022 г., на электронной площадке был опубликован протокол рассмотрения вторых частей заявок аукциона о результатах рассмотрения которого Заказчиком принято решение об отклонении участника № 2 в соответствии с требованиями заявки по составу, содержанию и оформлению, в связи с непредоставлением документа, предусмотренного пунктом 3.14.6.4 документации о закупке, несоответствующего требованиям:

- пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно: гарантия составлена не по типовой форме, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 9 августа 2022 г. № 1397, представленной в приложении № 3.1 документации о закупке;

- пункта 3.6.6.4 документации о закупке, а именно: в представленной гарантии не указан один из случаев (уклонение участника конкурса от заключения договора), при наступлении которого возврат участнику конкурса денежных средств, внесенных в качестве обеспечения заявки, не производится;

- подпункта, а) пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно: в представленной гарантии не указано условие, что при направлении требования об уплате денежной суммы по гарантии в форме электронного документа, он должен быть подписан усиленной квалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика (бенефициара);

- подпункта б) пункта 3.16.6.3 документации о закупке, а именно: в представленной гарантии не указан перечень документов, подлежащих представлению заказчиком (бенефициаром) гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по гарантии;

- подпункта г) пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно: в представленной гарантии не указано условие о том, что исключение банка (если независимая гарантия выдана банком) из перечня, предусмотренного частью 1.2 статьи 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», фонда содействия кредитованию (гарантийного фонда, фонда поручительств), являющегося участником национальной гарантийной системы поддержки малого и среднего предпринимательства, предусмотренного Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (если независимая гарантия выдана таким фондом), из перечня, предусмотренного частью 1.7 статьи 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», не прекращает действия независимой гарантии и не освобождает гаранта от ответственности за неисполнение либо ненадлежащее исполнение ее условий, в связи с чем заявка на участие в открытом аукционе № 497 от 08.12.2022 г. Заказчиком и в допуске к участию в открытом аукционе отклонена/отказано.

Считаем принятое Заказчиком решение по отклонению заявки на участие и отказе в допуске к участию неправомерным на основании следующего:

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

На основании п. 2 ст. 368 ГК РФ независимая гарантия выдается в письменной форме, позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гарант

Пунктом 1 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом Верховного суда РФ 05.06.2019) установлено, что для возникновения обязательства из независимой гарантии достаточно одностороннего волеизъявления гаранта, если иное прямо не предусмотрено в тексте самой гарантии.

Действия Заказчика не соответствуют положениям ФЗ от 05.04.2013 N 44-ФЗ (ред. от 08.06.2020) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд".

Так, согласно п. 1 ст. 45 ФЗ от 05.04.2013 N 44-ФЗ (ред. от 08.06.2020) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (обязательное применение которого предусмотрено Заказчиком в п.п.1 п. 169¹ Положения о закупке) Заказчик в качестве обеспечения заявок, исполнения контрактов, гарантийных обязательств принимает банковские гарантии, выданные банками, соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации, и включенными в перечень, предусмотренный частью 1.2 настоящей статьи.

Следовательно, банковская гарантия, предоставляемая участником должна соответствовать обязательным требованиям, установленным ФЗ от 05.04.2013 N 44-ФЗ (ред. от 08.06.2020) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд", а также соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации.

Так, следующие доводы Заказчика, отраженные в Протоколе являются незаконными:

Довод Заказчика о несоответствии представленной участником банковской гарантии пункту 3.16.10 документации о закупке, а именно: гарантия составлена не по типовой форме, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 9 августа 2022 г. № 1397, представленной в приложении № 3.1 документации о закупке;

В закупках с участием субъектов малого и среднего предпринимательства требования к закупке, в том числе в отношении обеспечения должны устанавливаться строго в соответствии с положением о закупке.

В соответствии с разделом 19 Положения о закупке решением совета директоров 28 июня 2018 г. (протокол № 26)) предусмотрены отдельные требования к участникам закупки, проводимые только в отношении МСП.

Согласно пункта 169¹ Положения о закупке: Независимая гарантия, предоставляемая в качестве обеспечения заявки на участие в конкурентной закупке с участием субъектов МСП, должна соответствовать следующим требованиям:

1) независимая гарантия должна быть выдана гарантом, предусмотренным частью 1 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»;

2) информация о независимой гарантии должна быть включена в реестр независимых гарантий, предусмотренный частью 8 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»;

3) независимая гарантия не может быть отозвана выдавшим ее гарантом;

4) независимая гарантия должна содержать:

а) условие об обязанности гаранта уплатить заказчику (бенефициару) денежную сумму по независимой гарантии не позднее десяти рабочих дней со дня, следующего за днем получения гарантом требования заказчика (бенефициара), соответствующего условиям

такой независимой гарантии, при отсутствии предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации оснований для отказа в удовлетворении этого требования;

б) перечень документов, подлежащих представлению заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, в случае установления такого перечня Правительством РФ в соответствии с подпунктом 4 пункта 1892 настоящего Положения;

в) указание на срок действия независимой гарантии, который не может составлять менее одного месяца с даты окончания срока подачи заявок на участие в такой закупке.

В соответствии с п.169² Положения несоответствие независимой гарантии, предоставленной участником закупки с участием субъектов МСП, требованиям, предусмотренным настоящим разделом, является основанием для отказа в принятии ее заказчиком.

Согласно перечисленным условиям Положения о закупке иных оснований для отклонения банковской гарантии на обеспечение участия не предусмотрено.

При этом, обращаю внимание на то, что в отношении участников МСП предусмотрена так же банковская гарантия обеспечения исполнения договора и именно по ней предусмотрена возможность применения типовой формы, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 9 августа 2022 г. № 1397.

Отклоняя нашу заявку, организатор торгов применил положения, предусмотренные для банковской гарантии на обеспечение исполнения договора, а не на обеспечение участия в торгах.

Кроме того, указанная гарантия была предоставлена при подаче заявки, в соответствии с п.5 ст.45 ФЗ-44 Заказчик рассматривает поступившую независимую гарантию в срок, не превышающий трех рабочих дней со дня ее поступления, если настоящим Федеральным законом не установлено иное и извещает о несоответствии банковской гарантии лицо, предоставившее ее.

При этом, заказчик, отказывая в принятии банковской гарантии по закупке, проводимой исключительно в отношении МСП, нарушил требования ст.45 ФЗ-44 и своего Положения о закупке, предъявив излишние требования к банковской гарантии на обеспечение участия в закупке, не предусмотренное Положением и не оповестил участника о несоответствии документов.

Довод Заказчика о несоответствии представленной участником банковской гарантии пункту 3.6.6.4 документации о закупке, а именно: отсутствие одного из случаев (уклонение участника конкурса от заключения договора), при наступлении которого возврат участнику конкурса денежных средств, внесенных в качестве обеспечения заявки, не производится

– не соответствует действительности поскольку пунктом 4 представленной АКБ
 > гарантии предусмотрены обстоятельства при наступлении которых
... выплачивается вся сумма гарантии в том числе в случае отказа Принципала от подписания договора в порядке установленном документацией по Закупке и непредставление Принципалом договора в срок установленный документацией по Закупке, исходя из буквального толкования указанных положений перечисленные в Банковской гарантии основания подразумевают выплату суммы Гарантии при уклонении участника от заключения договора, тем самым дают право Бенефициару не осуществлять возврат обеспечения заявки на участие согласно предоставленной банком гарантии. Таким образом, отсутствие формулировки, указанной Заказчиком в тексте гарантии не является основанием для признания документа несоответствующим требованиям и отклонением заявки участника.

Касательно основания о несоответствии представленной банковской гарантии подпункту б) пункта 3.16.6.3 документации о закупке, а именно: отсутствие перечня

документов, подлежащих представлению заказчиком (бенефициаром) гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по гарантии, поясняем следующее:

в соответствии с пунктом 19 представленной АКБ «Абсолют банк» Гарантии к требованию платежа по Гарантии должны быть приложены следующие документы:

- копия настоящей Гарантии;
- заверенная Бенефициаром копия карточки с образцами подписей уполномоченных лиц Бенефициара и оттиском печати Бенефициара;
- документ, подтверждающий полномочия лица, подписавшего требование по уплате денежной суммы по настоящей Гарантии: доверенность на уполномоченное лицо, выданная от имени Бенефициара (оригинал или нотариально заверенная копия), а в случае, если требование Бенефициара подписано (приложенные к нему документы заверены лицом, действующим по доверенности).

Согласно п.п. б) п.4 ст. 169¹ Положения о закупках перечень документов, подлежащих представлению заказчиком гаранту одновременно с требованием об уплате денежной суммы по независимой гарантии, в случае установления такого перечня Правительством РФ в соответствии с подпунктом 4 пункта 189² настоящего Положения;

Таким образом представленная Банковская Гарантия содержит исчерпывающий перечень документов при обращении заказчика (бенефициара) с требованием о выплате денежной суммы, следовательно, довод Заказчика об отсутствии перечня документов, прилагаемых с требованием об уплате денежной суммы несостоятелен.

Указание Заказчиком в качестве основания, что представленная гарантия не содержит условие, при направлении требования об уплате денежной суммы по гарантии в форме электронного документа, он должен быть подписан усиленной квалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика (бенефициара), следовательно, не соответствует предъявленным к ее оформлению требованиям, необоснованно в виду следующего:

Нормы Постановления Правительства от 8 ноября 2013 года № 1005 «О независимых гарантиях, используемых для целей Федерального закона "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"» содержат перечень прав Заказчика которые должны быть обязательно закреплены в тексте Банковской гарантии, в том числе права заказчика представлять на бумажном носителе или в форме электронного документа требование об уплате денежной суммы по независимой 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).

Согласно пунктам 15 и 19 представленная Гарантия дает право Бенефициару обратиться с требованием о выплате в форме электронного обращения, в следствии чего нельзя признать обязательство отсутствующим по мотиву не указания формулировки «усиленной квалифицированной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика (бенефициара).

Касательно подпункта г) пункта 3.16.10 документации о закупке, а именно: в представленной гарантии не указано условие о том, что исключение банка (если независимая гарантия выдана банком) из перечня, предусмотренного частью 1.2 статьи 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», фонда содействия кредитованию (гарантийного фонда, фонда поручительства), являющегося участником национальной гарантийной системы поддержки малого и среднего предпринимательства, предусмотренного Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (если независимая гарантия выдана

В соответствии с ч. 10 ст. 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», с учетом особенностей, установленных приведенной статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки. Обжалование осуществляется и в случае предъявление к участникам закупки требований, не предусмотренных документацией о конкурентной закупке, а также в случае осуществления 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.

В соответствии с п. 5.3.1.12. Положением о Федеральной антимонопольной службе (утв. постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 331) антимонопольная служба осуществляет контроль: за соблюдением заказчиками, контрактными службами, контрактными управляющими, комиссиями по осуществлению закупок и их членами, уполномоченными органами, уполномоченными учреждениями, специализированными организациями, операторами электронных площадок законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В п. 5.3.2.4. указано, что антимонопольная служба выносит предписания, обязательные для исполнения заказчиками, контрактными службами, контрактными управляющими, комиссиями по осуществлению закупок и их членами, уполномоченными органами, уполномоченными учреждениями, специализированными организациями, операторами электронных площадок в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, в том числе предписания об аннулировании определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

действия Заказчика по отклонению заявки участника закуп.) причине несоответствия представленных документов требованиям аукционной документации и требованиям типовой формы утвержденной Постановлением Правительства Российской Федерации от 09.08.2022 г № 1397, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2, части 6 статьи 3 Закона о закупках и носят формальный и необоснованный характер.

На основании изложенного, а также руководствуясь ст. 3 ФЗ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», ст. 18.1 ФЗ "О защите конкуренции" от 26.07.2006 N 135-ФЗ,

ПРОШУ:

1. Провести внеплановую проверку в отношении Заказчика по изложенным в настоящей Жалобе обстоятельствам на предмет нарушений антимонопольного законодательства;
2. Признать действия аукционной комиссии незаконными и необоснованными;
3. Вынести предписание об устранении допущенных нарушений Заказчиком;
4. Признать жалобу _____ обоснованной.
5. Отменить протокол _____ частей заявок и протокол подведения итогов от 06.12.2022 г. по закупке № _____ а право заключения договора выполнения работ по негара _____ ибровке аппаратно-программного комплекса «БОРТ», эксплуатируемого на тяговом под_____ составе, заказчиком по которому выступ

Приложения: