

Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее по тексту – Тюменское УФАС России, антимонопольный орган, ответчик) во исполнение Определения Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.03.2022 по делу № А70-18664/2021 полагает необходимым дополнить свою правовую позицию по заявленным требованиям.

Частью 3 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 ред. Федерального закона № 351-ФЗ от 02.07.2021) (далее также – Закон о контрактной системе) предусмотрено, что **в случае, предусмотренном извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке**, проектом контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), **в банковскую гарантию включается условие** о праве заказчика на беспорное списание денежных средств со счета гаранта, если гарантом в срок не более чем пять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, **направленное до окончания срока действия банковской гарантии.**

Согласно пункту 31 извещения о проведении электронного аукциона **условие о праве заказчика на беспорное списание денежных средств со счета гаранта**, если гарантом в срок не более чем пять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, **направленное до окончания срока действия банковской гарантии: предусмотрено.**

Согласно пункту 32 технического задания электронного аукциона **условие о праве заказчика на беспорное списание денежных средств со счета гаранта**, если гарантом в срок не более чем пять рабочих дней не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии, **направленное до окончания срока действия банковской гарантии: предусмотрено.**

Пунктом 9 банковской гарантии ПАО Банк «ФК Открытие» № МСБ/ОГ/21-007745 от 02.07.2021 предусмотрено, что **требование по гарантии** на бумажном или электронном носителе **должно быть получено гарантом до окончания срока действия гарантии** по адресу: 115114, г. Москва, ул. Летниковская д. 2, стр. 4.

Согласно разъяснениям содержащимся в письме Министерства финансов РФ от 01.09.2020 № 24-03-08/76532 «О реализации права заказчика на получение денежных средств по банковской гарантии и на их беспорное списание со счета гаранта в рамках обеспечения исполнения контракта» статьёй 374 ГК РФ установлено, что требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии должно быть представлено в письменной форме гаранту с приложением указанных в гарантии документов, в связи с чем **право заказчика на списание**, предусмотренное частью 3 статьи 45 Закона № 44-ФЗ, может быть реализовано **исключительно посредством направления соответствующего требования гаранту** по форме, утвержденной Постановлением Правительства РФ № 1005 от 08.11.2013.

Часть 3 статьи 45 Закона о контрактной системе связывает **возможность включения в банковскую гарантию условия о праве заказчика** на беспорное

списание денежных средств со счета гаранта, если гарантом не исполнено требование заказчика об уплате денежной суммы по банковской гарантии **в случае, если такое условие предусмотрено извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке.**

Формулировка в банковской гарантии относительно направления требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии **не должна** противоречить части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе (императивная норма), поскольку законодатель исключил для субъектов правоотношений возможность диспозитивного выбора условий банковской гарантии в данной части.

Таким образом, условие банковской гарантии ПАО Банк «ФК Открытие» № МСБ/ОГ/21-007745 от 02.07.2021 (пункт 9) **не отвечает требованиям** части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе, **не соответствует** пункту 31 извещения о проведении электронного аукциона, пункту 32 технического задания электронного аукциона, в части определения порядка направления требования об осуществлении денежной выплаты по банковской гарантии.

Право на списание денежных средств в силу части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе действует **не в зависимости от факта получения** гарантом требования по гарантии, **а в зависимости от факта направления данного требования**, поскольку требование по гарантии могло быть получено гарантом после истечения срока действия банковской гарантии, в то время, как часть 3 статьи 45 Закона о контрактной системе связывает действие **права заказчика** на беспорочное списание денежных средств со счета гаранта **с окончанием срока действия банковской гарантии.**

Если требование по гарантии получено гарантом после истечения срока действия банковской гарантии, то бенефициар (в лице Департамента городского хозяйства Администрации города Тюмени) утрачивает право на списание денежных средств в беспорочном порядке, что в свою очередь ведет к сокращению времени на подготовку заказчиком такого требования и направления его гаранту, поскольку в данном случае также необходимо учитывать сроки на получение такого требования банком.

Довод муниципального заказчика о несоответствии банковской гарантии требованиям части 3 статьи 45 Закона о контрактной системе, извещения и документации об осуществлении закупки действительно находит свое объективное подтверждение.

Следовательно, банковская гарантия ПАО Банк «ФК Открытие» № МСБ/ОГ/21-007745 от 02.07.2021 в любом случае, не могла быть принята заказчиком в качестве надлежащего обеспечения исполнения муниципального контракта, даже в случае её представления в установленный срок.

Вышеизложенное также подтверждается судебной практикой, а именно Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 07.12.2021 № Ф05-29166/2021 по делу № А40-34524/2021, Постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.09.2021 № 13АП-22586/2021 по делу № А21-45/2021, Постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа по делу № А70-18773/2020.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 269, 270, 271 АПК РФ, **ПРОШУ:**

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 02.12.2021 по делу № А70-18664/2021 – отменить