

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания об административном правонарушении по делу № 4-7.32-1844/77-18

«12» марта 2019 года г. Москва

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 03.12.2018 и материалы дела № 4-7.32-1844/77-18 в отношении должностного лица - <...> по факту уклонения от заключения государственного контракта по итогам проведения электронного аукциона на право заключения государственного контракта на выполнение работ по обеспечению перевода многофункционального центра предоставления государственных услуг г. Москвы на II категорию надежности электроснабжения по адресу: Милашенкова ул., д.14 (закупка № 0373200004218000232), в отсутствие <...>, надлежащим образом извещенной о дате, месте и времени составления протокола об административном правонарушении, в присутствии защитника <...> по доверенности от 09.01.2019 б/н,

УСТАНОВИЛ:

По результатам рассмотрения Комиссией по контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее - Комиссия управления) жалобы ООО «ГК 50 Герц» (далее - Заявитель) на действия государственного заказчика - ГКУ «УКРиС» (далее также Заказчик) при проведении электронного аукциона на право заключения государственного контракта на выполнение работ по обеспечению перевода многофункционального центра предоставления государственных услуг г. Москвы на II категорию надежности электроснабжения по адресу: Милашенкова ул., д.14 (закупка № 0373200004218000232) (далее - Аукцион) 21.06.2018 вынесено решение по делу № 2-57-7686/77-18 о нарушении законодательства об осуществлении закупок и выдано предписание об устранении нарушений законодательства об осуществлении закупок.

Начальная (максимальная) цена Аукциона - **2 363 280 ,00** рублей.

В соответствии с ч. 1 ст. 70 Федерального закона № 44-ФЗ от 5 апреля 2013 года «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о контрактной системе), по результатам электронного аукциона контракт заключается с победителем такого аукциона, а в случаях, предусмотренных настоящей статьей, с иным участником такого аукциона, заявка которого на участие в таком аукционе в соответствии со ст. 69 настоящего Федерального закона признана соответствующей требованиям, установленным документацией о таком аукционе.

В соответствии с протоколом подведения итогов от 31.05.2018 ООО «ГК 50 Герц» признано победителем Аукциона.

В соответствии с ч. 2 ст. 70 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в ч.8 ст.69 Закона о контрактной системе протокола заказчик размещает в единой информационной системе без своей подписи проект контракта, который составляется путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе.

В силу ч. 3 ст. 70 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе проекта контракта победитель электронного аукциона размещает в единой информационной системе проект контракта, подписанный лицом, имеющим право действовать от имени победителя такого аукциона, а также документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта и подписанный усиленной электронной подписью указанного лица.

Установлено, что Заявителем в сроки, установленные ч. 3 ст. 70 Закона о контрактной системе, направлен подписанный контракт и обеспечение контракта в виде банковской гарантии № 2826143У от 31.05.2018, выданной ООО «КБ «Русский ипотечный банк».

Согласно ч.5 ст.45 Закона о контрактной системе Заказчик рассматривает поступившую в качестве обеспечения исполнения контракта банковскую гарантию в срок, не превышающий трех рабочих дней со дня ее поступления.

В силу ч.7 ст.45 Закона о контрактной системе в случае отказа в принятии банковской гарантии заказчик в срок, установленный ч. 5 ст. 45 Закона о контрактной системе, информирует в письменной форме или в

форме электронного документа об этом лицо, предоставившее банковскую гарантию, с указанием причин, послуживших основанием для отказа.

Согласно протоколу отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018 заказчик отказался от заключения с ООО «ГК 50 Герц» государственного контракта и признал его уклонившимся от заключения этого контракта, мотивируя свое решение несоответствием банковской гарантии требованиям аукционной документации в части отсутствия в банковской гарантии прямого указания на территориальную подсудности споров, связанных с ее действием, а также предоставления банку-гаранту права единоличного уменьшения объемов подлежащих взысканию по этой банковской гарантии денежных сумм в нарушение принципа независимости банковской гарантии.

Вместе с тем, согласно п.12 банковской гарантии, представленной Заявителем, споры по гарантии подлежат рассмотрению в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

Также, в соответствии со ст.35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации иск предъявляется по месту нахождения ответчика.

Согласно ч.2 ст.54 ГК РФ место нахождения юридического определяется местом его государственной регистрации, которая осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего органа.

Так, согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, ООО «КБ «Русский ипотечный банк» (Гарант) зарегистрирован по адресу 119180, г. Москва, ул. Большая полянка, д.2, стр.2.

На основании вышеизложенного, споры по Гарантии подлежат рассмотрению в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации, т. е. в Арбитражном суде г. Москвы.

Согласно п.2 представленной Заявителем банковской гарантии предусмотрена возможность одностороннего внесения изменений Гарантом в банковскую гарантию, на основании уведомления Бенефициара или Принципала, в случае изменения условий контракта, что, как следует из протокола отказа от заключения контракта, нарушает условие о независимости банковской гарантии, предусмотренное ст.270 ГК РФ, и предоставляет Гаранту право на снижение объема обязательств по банковской гарантии, что не также не соответствует п.25 Информационной карты.

При этом, в силу п. 1 ст. 371 ГК РФ независимая гарантия не может быть отозвана или изменена гарантом, если в ней не предусмотрено иное. Таким образом, действующее гражданское законодательство не содержит запрета на внесение изменений гарантом в ранее выданную им гарантию, а потому вести в настоящем случае речь о несоответствии банковской гарантии № 2826143У от 31.05.2018 требованиям действующего законодательства Российской Федерации не представляется возможным.

Более того, исходя из буквального прочтения требований п. 2 упомянутой гарантии внесение в нее изменений может быть осуществлено гарантом лишь в случае изменения основного обязательства сторон по государственному контракту и только соразмерно таким изменениям, что также не противоречит ст. 371 ГК РФ.

В силу ст. 431 ГК РФ при толковании условий договора принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Между тем, банковская гарантия № 2826143У от 31.05.2018 не содержит условия о возможности произвольного уменьшения гарантом суммы подлежащих выплате по ней денежных сумм, такой вывод сделан Заказчиком самостоятельно исходя из удобного ему толкования условий этой документации.

Кроме того, обращает на себя внимание и отсутствие в аукционной документации заказчика прямого запрета на внесение в банковскую гарантию спорных формулировок, ввиду чего приведенное им утверждение о ее несоответствии условиям этой документации противоречит фактическим обстоятельствам дела.

Из условий аукционной документации (п. 25.1) усматривается лишь необходимость включения в текст банковской гарантии условия о сохранении обязанности банка-гаранта по уплате заказчику денежных средств по ней даже в случае внесения каких-либо изменений и дополнений в государственный контракт, что обусловлено необходимостью защиты прав и законных интересов заказчика на получение денежных выплат по такой банковской гарантии вне зависимости от взаимоотношений сторон в рамках контракта (независимость банковской гарантии).

В то же время, согласно п. 11 банковской гарантии № 2826143У от 31.05.2018 никакие изменения и дополнения, вносимые в контракт, не освобождают гаранта от обязательств по гарантии, что полностью

соотносится с требованиями ст. 370 ГК РФ.

Исчерпывающий перечень оснований прекращения действия банковской гарантии № 2826143У от 31.05.2018 предусмотрен п. 10 этой гарантии и соотносится со ст. 378 ГК РФ, к числу которых внесение изменений в государственный контракт не относится.

Указанное означает, что даже в случае досрочного прекращения действия контракта заказчик не лишен возможности получить денежные выплаты по ней, в связи с чем приведенные последним доводы о гипотетической вероятности произвольного изменения гарантом суммы подлежащих выплате денежных средств подлежат отклонению как надуманные и не соотносящиеся с условиями банковской гарантии.

На основании вышеизложенного, представленная Заявителем банковская гарантия № 2826143У от 31.05.2018 не противоречит требованиям Аукционной документации и законодательству Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок.

Ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе установлены требования к банковской гарантии.

Согласно п.25.1 Информационной карты Аукционной документации Безотзывная банковская гарантия должна соответствовать требованиям, установленным Гражданским кодексом Российской Федерации, а также иным законодательством Российской Федерации.

В соответствии с п.25.2 Информационной карты Аукционной документации требования к банковской гарантии утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 8 ноября 2013 г. № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

В силу ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является:

- 1) отсутствие информации о банковской гарантии в предусмотренных настоящей статьей реестрах банковских гарантий;
- 2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в частях 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 ч. 15 ст. 83.2 Закона о контрактной системе участник электронной процедуры, признанный победителем электронной процедуры в соответствии с ч. 14 настоящей статьи, вправе подписать проект контракта или разместить предусмотренный ч. 4 настоящей статьи протокол разногласий в порядке и сроки, которые предусмотрены настоящей статьей, либо отказаться от заключения контракта. Одновременно с подписанным контрактом этот победитель обязан предоставить обеспечение исполнения контракта, если установление требования обеспечения исполнения контракта предусмотрено извещением и (или) документацией о закупке, а в случае, предусмотренном ч. 23 ст. 68 настоящего Федерального закона, также обязан внести на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику, денежные средства в размере предложенной этим победителем цены за право заключения контракта. Этот победитель считается уклонившимся от заключения контракта в случае неисполнения требований ч. 6 настоящей статьи и (или) непредоставления обеспечения исполнения контракта либо неисполнения требования, предусмотренного ст. 37 настоящего Федерального закона, в случае подписания проекта контракта в соответствии с ч. 3 настоящей статьи. Такой победитель признается отказавшимся от заключения контракта в случае, если в срок, предусмотренный ч. 3 настоящей статьи, он не подписал проект контракта или не направил протокол разногласий. Электронная процедура признается не состоявшейся в случае, если этот победитель признан уклонившимся от заключения контракта или отказался от заключения контракта.

Таким образом, установлено, что Заявителем представлена банковская гарантия, соответствующая требованиям Аукционной документации и Закона о контрактной системе, а решение Заказчика в части отказа от заключения государственного контракта с Заявителем по основаниям, указанным в протоколе отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018, является неправомерным и принято в нарушение ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе, что содержит признаки состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 7.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ).

Согласно ч. 3 ст. 7.32 КоАП РФ нарушение сроков заключения контракта или уклонение от заключения контракта влечет наложение административного штрафа на должностное лицо в размере пятидесяти тысяч рублей.

Согласно примечанию к ст. 2.4 КоАП РФ:

- под должностным лицом в настоящем Кодексе следует понимать лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации;

- лица, осуществляющие функции члена комиссии по осуществлению закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, контрактные управляющие, работник контрактной службы, совершившие административные правонарушения, предусмотренные ст. 7.29 - 7.32 настоящего Кодекса, несут административную ответственность как должностные лица.

Протокол отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018 подписан <...>.

При составлении протокола защитник <...> не согласился с вменяемым составом административного правонарушения в связи с тем, что решение об отказе в заключении контракта с ООО «ГК 50 Герц» <...> было принято в соответствии со сложившейся правоприменительной практикой, что подтверждается решениями Комиссии Управления по делам № 2-19-10910/77-18, 2-19-11630/77-18, а также решением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-206977/17.

В свою очередь, должностное лицо административного органа оценивает заявленные доводы как несостоятельные ввиду следующего.

Представленные защитником <...> решения Комиссии Управления вынесены 31.08.2018 и 21.09.2018, то есть после отказа от заключения рассматриваемого контракта, в связи с чем ссылка на то обстоятельство, что при принятии решения об отказе в заключении контракта с ООО «ГК 50 Герц» <...> руководствовалась вышеназванными решениями контрольного органа, представляется абсурдной. Одновременно, должностное лицо административного органа принимает во внимание, что вышеуказанные решения Комиссии Управления приняты на основании конкретных фактических обстоятельств дела, в частности с учетом установления в представленной контрагентами банковских гарантиях иных нарушений

законодательства о контрактной системе в сфере закупок.

Относительно представленного решения Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-206977/17 в качестве подтверждения позиции защитника <...> должностное лицо административного органа считает необходимым отметить, что в данном решении оценивалось предоставление победителем банковской гарантии с указанием территории рассмотрения споров по гарантии отличной от той, которая требовалась в соответствии с закупочной документацией заказчика, что по существу не является ситуацией подобной рассматриваемой в рамках настоящего дела.

На основании вышеизложенного, с учетом того, что решение Комиссии Управления № 2-57-7686/77-18, которым в действиях должностного лица Заказчика установлено нарушение ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе, признано Арбитражным судом г. Москвы в рамках дела № А40-174372/18 законным и обоснованным, а защитником <...> не представлено каких-либо доводов, опровергающих позицию контрольного органа, должностное лицо административного органа установило, что действия должностного лица -

<...> в части отказа от заключения государственного контракта с ООО «ГК 50 Герц» по основаниям, указанным в протоколе отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018, влекут за собой нарушение законодательства об осуществлении закупок, образуя состав административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 3 ст. 7.32 КоАП РФ.

Административное правонарушение совершено по месту составления протокола отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018 - г. Москва, Малая Ордынка ул., д. 38, стр. 1.

Время совершения административного правонарушения - дата подписания должностным лицом государственного заказчика протокола отказа от заключения контракта № 120 - 07.06.2018.

В соответствии со ст. 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое нормами КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Виновные действия должностного лица - <...> состоят в неправомерном отказе от заключения государственного контракта с ООО «ГК 50 Герц» по основаниям, указанным в протоколе отказа от заключения контракта № 120 от 07.06.2018.

Обстоятельства, препятствующие надлежащему исполнению <...> требований, установленных ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе, при рассмотрении дела не установлены.

Вина должностного лица - <...> в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 7.32 КоАП РФ, доказана.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность, смягчающие административную ответственность <...>, не установлены.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности допущенного нарушения, при рассмотрении дела не выявлено.

Руководствуясь ст. 2.4, ч. 3 ст. 7.32, ст. 23.66, 28.3, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать должностное лицо - <...> виновной в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 3 ст. 7.32 КоАП РФ.
2. Назначить должностному лицу - <...> административное наказание в виде административного штрафа в размере **50 000,00 (Пятидесяти тысяч рублей 00 копеек) руб.**

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее **60 дней** со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В силу указанных положений КоАП РФ лицо, привлеченное к административной ответственности, обязано исполнить обязательство по уплате штрафа за совершенное правонарушение **самостоятельно**.

Законодательством Российской Федерации не установлена возможность уплаты **неналоговых платежей** иным лицом за лицо, в обязанность которого входит уплата данных платежей.

В соответствии со ст. 160.1 Бюджетного кодекса Российской Федерации

администратор доходов бюджета осуществляет бюджетные полномочия по начислению, учету и контролю за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью осуществления платежей в бюджет, пеней и штрафов по ним, а также принимает решение о возврате излишне уплаченных (взысканных) платежей в бюджет, пеней и штрафов, и представляет поручение в орган Федерального казначейства для осуществления возврата в порядке, установленном Министерством финансов Российской Федерации.

На основании вышеизложенного, в случае уплаты административного штрафа не являющимся обязанным в соответствии с настоящим постановлением уплатить штраф лицом, Московским УФАС России будет осуществлен возврат указанного платежа плательщику как излишне уплаченных (взысканных) платежей в бюджет.

В соответствии со ст. 160.1 Бюджетного кодекса денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства Российской Федерации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд субъекта Российской Федерации оплачиваются по следующим реквизитам:

Получатель:	УФК по г. Москве (для Московского УФАС России, л/с 04731324890) ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001
Банк получателя:	ГУ Банка России по ЦФО р/с 40101810045250010041 БИК 044525000 ОКТМО: 45375000 КБК 161 1 16 33020 026000140
Назначение платежа:	Административный штраф по делу № 4-7.32-1844/77-18 об административном правонарушении

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах,

по истечении срока, указанного в ч. 1 или 1.1 настоящей ст., судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток, а в случае, предусмотренном ч. 1.1 настоящей ст., в течение одних суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы не уплаченного штрафа.

Документы, подтверждающие уплату штрафа, необходимо направить по электронной почте или факсу. В назначении платежа необходимо указывать номер постановления о наложении штрафа.

В случае невозможности идентифицировать платеж или при отсутствии сведений у Московского УФАС России о своевременной оплате штрафа Московское УФАС России обязано передать постановление для принудительного исполнения в ФССП России.

В соответствии с ч. 1 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, в районный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно ч. 1 ст. 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Приложение: квитанция на 1 листе.

Заместитель руководителя <...>

