РЕШЕНИЕ

по делу № 049/06/99-168/2021

04.06.2021

г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд в составе:

председатель комиссии:

при участии представителя Министерства строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области – Усовой М.В., (дов.№1 от 02.04.2021), провела внеплановую проверку действий Заказчика при исполнении государственного контракта, заключенного по результатам проведения электронного аукциона «Выполнение работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию жилых домов, реализуемых в рамках мероприятия «Строительство многоквартирной жилой застройки в бухте Нагаева» (реестровый номер 0347200001019000034).

Форма проверки – документарная.

Внеплановая проверка проведена на основании подпункта «а» пункта 2 части 15 статьи 99 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе), подпункта «а» пункта 19 Постановления Правительства РФ от 01.10.2020 № 1576 «Об утверждении Правил осуществления контроля в сфере закупок товаров, работ, услуг в отношении заказчиков, контрактных служб, контрактных управляющих, комиссий по осуществлению закупок товаров, работ, услуг и их членов, уполномоченных органов, уполномоченных учреждений, специализированных организаций, операторов электронных площадок, операторов специализированных электронных площадок и о внесении изменений в Правила ведения реестра жалоб, плановых и внеплановых проверок, принятых по ним решений и выданных предписаний, представлений» (далее – Постановление №1576), в связи с поступлением информации от Следственного управления следственного комитета Российской Федерации по Магаданской области информации о нарушении Министерства строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок.

Изучив представленные документы и материалы, осуществив внеплановую проверку, руководствуясь частью 15 статьи 99 Закона о контрактной системе, Постановлением №1576 Комиссия Магаданского УФАС России

УСТАНОВИЛА:

1. 30.04.2019 заказчиком – Министерством строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области в единой информационной системе было размещено извещение о проведении электронного аукциона «Выполнение работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию жилых домов, реализуемых в рамках мероприятия «Строительство многоквартирной жилой застройки в бухте Нагаева» (реестровый номер № 0347200001019000034).

Начальная (максимальная) цена контракта 930 000 000,00 **руб.**

Согласно извещению о проведении электронного аукциона, дата и время окончания подачи заявок – 13.06.2019 09:00; дата окончания срока рассмотрения первых частей аукционных заявок – 14.06.2019; дата проведения аукциона – 17.06.2019.

Согласно протоколу рассмотрения единственной заявки на участие в электронном аукционе от 13.06.2019 № 0347200001019000034-1 заказчику необходимо заключить контракт с ООО «Стройотделсервис».

27.06.2019 между Министерством строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области и ООО «Стройотделсервис» заключен государственный контракт № 0347200001019000034 на выполнение работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию объекта «Строительство многоквартирной жилой застройки в бухте Нагаева» (далее – Контракт).

29.01.2020 заключено дополнительное соглашение №3.

24.03.2020 заключено дополнительное соглашение №4 к государственному контракту № 0347200001019000034 от 27.06.2019 между Министерством строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области, МОГКУ «Дирекция единого заказчика Минстроя Магаданской области» и ООО «СтройОтделСервис» о перемене заказчика с Министерства строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области на МОГКУ «Дирекция единого заказчика Минстроя Магаданской области».

05.12.2020 между МОГКУ «Дирекция единого заказчика Минстроя Магаданской области» и Министерством строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области заключено дополнительное соглашение к государственному контракту №6 (далее – дополнительное соглашение №6), согласно которому была произведена обратная перемена заказчика, с МОГКУ «Дирекция единого заказчика Минстроя Магаданской области» на Министерство строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области.

Ввиду неисполнения работ по контракту ООО «Стройотделсервис», 06.12.2020 заказчиком – Министерством строительства, ЖКХ и энергетики Магаданской области, принято решение об одностороннем отказе от исполнения

контракта.

2. В соответствии с п.1 ч.13 ст.34 Закона о контрактной системе в контракт включаются обязательное условие о порядке и сроках оплаты товара, работы или услуги, о порядке и сроках осуществления заказчиком приемки поставленного товара, выполненной работы (ее результатов) или оказанной услуги в части соответствия их количества, комплектности, объема требованиям, установленным контрактом, а также о порядке и сроках оформления результатов такой приемки.

Согласно п. 4.1 проекта контракта государственный заказчик однократно выплачивает Застройщику аванс в размере 29% (двадцать девять) процентов от цены Контракта и выделенных лимитов бюджетных средств на плановый финансовый год, при условии предоставления обеспечения исполнения Контракта, гарантии уполномоченного банка на возврат аванса и оригинала счета и счет-фактуры на аванс.

При проведении внеплановой проверки по делу №049/06/34-38/2019 от 19.06.2019г. по рассматриваемой закупке Комиссия Магаданского УФАС России пришла к выводу, что заказчиком допущено нарушение ч.13 ст.34 в части неопределенности по выплате аванса.

Предписание не было выдано на основании п.3.35 Административного регламента (Приказ ФАС России от 19.11.2014 № 727/14 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностного лица контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки при определении поставщика (подрядчиков, исполнителей), для обеспечения государственных и муниципальных нужд»), так как рассматриваемое условие контракта не повлияло и не могло повлиять на результаты определения поставщика (подрядчика, исполнителя).

Помимо неопределенности с порядком выплаты аванса, Заказчиком в абз.5 п.4.1. проекта государственного контракта установлено, что «по письменному запросу Застройщика порядок погашения авансового платежа может быть изменен на основании подписанного сторонами Дополнительного соглашения».

Рассмотрев указанное положение проекта государственного контракта, Комиссия приходит к следующему.

Как указано в статье 432 Гражданского кодекса Российской Федерации, существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия,

относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Как следует из содержания статей 702, 703 и 708 ГК РФ, существенными условиями договора подряда являются его предмет и сроки. Из сопоставления с частью 1.1 статьи 95 Закона № 44-ФЗ к существенным условиям контракта следует отнести цену контракта, объем работ и сроки их выполнения.

Как было указано, в соответствии с частью 13 статьи 34 Закона № 44-ФЗ в контракт включается обязательное условие о порядке и сроках оплаты товара, работы или услуги, о порядке и сроках осуществления заказчиком приемки поставленного товара, выполненной работы (ее результатов) или оказанной услуги в части соответствия их количества, комплектности, объема требованиям, установленным контрактом, а также о порядке и сроках оформления результатов такой приемки.

Более того, пунктом 1 статьи 766 ГК РФ, как специальной нормой, определяющей содержание контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд, установлено, что государственный или муниципальный контракт должен содержать условия об объеме и о стоимости подлежащей выполнению работы, сроках ее начала и окончания, размере и порядке финансирования и оплаты работ, способах обеспечения исполнения обязательств сторон.

Рассматриваемый договор по своей правовой природе является договором подряда, следовательно, регулируется положениями Закона о контрактной системе, §5 главы 37 ГК РФ, главой 37 в части, не урегулированной §5 главы 37 ГК РФ.

Таким образом, условие о порядке выплаты аванса и порядке его погашения является существенным условием рассматриваемого договора.

В соответствии с частью 1 статьи 95 Закона о контрактной системе, изменение существенных условий контракта при его исполнении не допускается, за исключением их изменения по соглашению сторон в случаях, перечисленных в указанной статье.

Изменение порядка выплаты аванса и порядка его погашения по письменному запросу Застройщика действующим законодательством не предусмотрена.

Таким образом, включение указанного положения в проект государственного контракта является нарушением ч.1 ст.95 Закона о контрактной системе.

3. В соответствии с ч.10 ст.83.2 Закона о контрактной системе, контракт заключается на условиях, указанных в документации и (или) извещении о

закупке, заявке победителя электронной процедуры, по цене, предложенной победителем, либо по цене за единицу товара, работы, услуги, рассчитанной в соответствии с частью 2.1 настоящей статьи, и максимальному значению цены контракта.

В аукционной документации «Строительство многоквартирной жилой застройки в бухте Нагаева» (реестровый номер закупки 0347200001019000034) в пункте 17 раздела «Информационная карта электронного аукциона» (глава 2 аукционной документации) установлено, что форма, сроки и порядок оплаты определяются в соответствии с условиями государственного контракта.

В проекте контракта, являющимся в силу требований части 4 статьи 64 Закона о контрактной системе неотъемлемой частью документации об аукционе, в пункте 4.1 указано следующее:

«4.1. Государственный заказчик однократно выплачивает Застройщику аванс в размере 29% (двадцать девять) процентов от цены Контракта и выделенных лимитов бюджетных средств на плановый финансовый год, при условии предоставления обеспечения исполнения Контракта, гарантии уполномоченного банка на возврат аванса и оригинала счета и счет-фактуры на аванс.

Для осуществления авансовых платежей по Контракту Застройщик обязан в соответствии с Федеральным законом от 29.11.2018 N 459-ФЗ "О федеральном бюджете на 2019 год и на плановый период 2020 и 2021 годов" обратится в территориальный орган Федерального казначейства для открытия лицевого счета.

Авансовый платеж перечисляется Государственным заказчиком на соответствующий специальный счёт Застройщика.

<u>В порядке погашения авансового платежа Государственный заказчик удерживает из суммы каждого Акта о приемке выполненных работ сумму, пропорционально перечисленному авансу, до даты его полного погашения. В последнем платеже Государственный заказчик удерживает полный остаток авансового платежа.</u>

По письменному запросу Застройщика порядок погашения авансового платежа может быть изменен на основании подписанного Сторонами Дополнительного соглашения.

В случае изменения лимитов бюджетных обязательств, Государственный заказчик выплачивает аванс с учетом суммы утвержденных новых лимитов.»

С аналогичными условиями сторонами заключен 27.06.2019 государственный контракт 0347200001019000034.

В связи с заменой казначейского сопровождения на банковское, 22.07.2019г. между сторонами контракта заключено дополнительное соглашение №1 к государственному контракту в части указанной замены.

20.08.2019г. между сторонами заключено дополнительное соглашение №2 в

части уточнения реквизитов подрядчика.

29.01.2020г. между сторонами контракта заключено дополнительное соглашение №3 к государственному контракту в части изменения абзаца 3 пункта 4.1 государственного контракта, который был изложен в следующей редакции: *«В порядке погашения авансового платежа Государственный заказчик, начиная со второго квартала 2020 года, удерживает из суммы каждого Акта о приемке выполненных работ сумму, пропорционально перечисленному авансу, до даты его полного погашения. В последнем платеже Государственный заказчик удерживает полный остаток авансового платежа»*.

В соответствии с частью 1 статьи 95 Закона № 44-ФЗ, изменение существенных условий контракта при его исполнении не допускается, за исключением их изменения по соглашению сторон в случаях, перечисленных в указанной статье.

Как указано в статье 432 Гражданского кодекса Российской Федерации, существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Как было отмечено в п.2 настоящего решения, условие о порядке выплаты аванса и порядке его погашения является существенным условием рассматриваемого контракта.

В первоначальной редакции государственного контракта на «Выполнение работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию жилых домов, реализуемых в рамках мероприятия «Строительство многоквартирной жилой застройки в бухте Нагаева» в пункте 4.1 раздела «Порядок расчетов и условия платежа» установлено, что *в порядке погашения авансового платежа Государственный заказчик удерживает из суммы каждого Акта о приемке выполненных работ сумму, пропорционально перечисленному авансу, до даты его полного погашения. В последнем платеже Государственный заказчик удерживает полный остаток авансового платежа.*

То есть предполагалось, что авансовый платеж будет удерживаться заказчиком после подписания каждого Акта о приемке выполненных работ.

После внесения изменений абзац 3 пункта 4.1 государственного контракта был изложен в следующей редакции: *«В порядке погашения авансового платежа Государственный заказчик, начиная со второго квартала 2020 года, удерживает из суммы каждого Акта о приемке выполненных работ сумму, пропорционально перечисленному авансу, до даты его полного погашения. В последнем платеже Государственный заказчик удерживает полный остаток авансового платежа»*

То есть после внесения изменений в государственный контракт Заказчиком не удерживается сумма авансового платежа по всем Актам, работы по

которым приняты до 01 апреля 2020 года.

Следовательно, дополнительным соглашением от 29.01.2020 № 3 к государственному контракту от 27.06.2019 стороны внесли изменения в абзац 3 пункта 4.1 Контракта, изменив условие о порядке погашения авансового платежа путем фактического предоставления подрядной организации возможности пользования бюджетными средствами. При таких обстоятельствах изменение условий контракта противоречит требованиям законодательства о контрактной системе.

На заседании комиссии 31.05.2021г. представители заказчика пояснили, что заключенное дополнительное соглашение не изменяет существенных условий заключенного государственного контракта, а возможность его изменения предусмотрена самим государственным контрактом.

Рассмотрев представленные доводы, Комиссия не находит их состоятельными по следующим основаниям.

Рассматриваемый договор по своей правовой природе является договором подряда, следовательно, регулируется положениями Закона о контрактной системе, §5 главы 37 ГК РФ, главой 37 в части, не урегулированной §5 главы 37 ГК РФ.

В силу ч.2 ст.711 ГК РФ, подрядчик вправе требовать выплаты ему аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных **в законе** или договоре подряда.

Как было отмечено в п.2 настоящего решения, предусмотренная государственным контрактом возможность изменения порядка погашения авансового платежа фактически направлена на изменение существенных условий исполнения контракта, не предусмотрена действующим законодательством и, следовательно, является нарушением ч.1 ст.95 Закона о контрактной системе.

В соответствии с государственным контрактом (до внесения в него изменений), *в порядке погашения авансового платежа Государственный заказчик удерживает из суммы каждого Акта о приемке выполненных работ сумму, пропорционально перечисленному авансу, до даты его полного погашения. В последнем платеже Государственный заказчик удерживает полный остаток авансового платежа*. После внесения изменений в контракт, удержание должно было производиться по актам, предоставленным со второго квартала 2020 года .

Комиссия не может согласиться с доводами заказчика о том, что изменение порядка погашения авансового платежа, не является изменением порядка оплаты предмета контракта.

Словосочетание «порядок оплаты» подразумевает размер, сроки, основания произведения расчетов между сторонами, а также определение

последовательности совершаемых действий. Следовательно, порядок погашения авансового платежа – это составная часть порядка оплаты предмета контракта.

Кроме того, дополнительное соглашение между сторонами могло быть заключено только при наличии письменного запроса Застройщика по вопросу изменения порядка погашения авансового платежа. Как пояснил представитель Заказчика после отложения заседания, такого письменного запроса не было.

При таких обстоятельствах Комиссия Магаданского УФАС России приходит к выводу, что в действиях заказчика содержится нарушение ч.1 ст.95 Закона о контрактной системе. Указанное нарушение образует признаки административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч.4 ст.7.32 КоАП РФ.

Более того, выявленное нарушение привело к наступлению следующих последствий.

Комиссией установлено, что аванс перечислен ООО «Стройотделсервис» следующим образом:

- платежным поручением №231574 от 23.07.2019 перечислено 100 000 000,00 руб.;

- платежным поручением №590705 от 22.11.2019 перечислено 72 000 000,00 руб.;

- платежным поручением №433468 от 08.10.2019 перечислено 70 000 000,00 руб.;

- платежным поручением №72945 от 26.12.2019 перечислено 27 507 000,00 руб.;

- платежным поручением №743504 от 28.12.2019 перечислено 153 000, руб.

Таким образом, общая сумма перечисленного аванса составила 269 660 000 руб. При этом, 29% от цены контракта, предусмотренные пунктом 4.1 Контракта составляют 269 700 000 руб.

Согласно сведениям официального сайта ЕИС Заказчиком в соответствии с актами выполненных работ приняты работы на общую сумму 74 667 397,2 руб.

Платежными поручениями №№804832, 804833, 804834, 804835 от 04.02.2020г. Заказчиком на расчетный счет ООО «Стройотделсервис» перечислены денежные средства в размере 74 667 397,2 руб., то есть без удержания суммы авансового платежа.

В случае, если бы оплата производилась Заказчиком в соответствии с первоначально действующей редакцией государственного контракта, Заказчик перечислил бы на счет подрядной организации 53 013 852,01 (74 667 397,2 – 29% в счет погашения авансового платежа). Внесенные в контракт изменения позволили получить подрядной организации денежные

средства за работы, выполненные в декабре 2019г., в полном объеме (без удержания 21 653 545,19руб.).

В связи с тем, что в дальнейшем контракт не был исполнен в полном объеме (Заказчиком было принято решение об одностороннем отказе от исполнения контракта), излишне уплаченные денежные средства Заказчик взыскивает в судебном порядке (дело №А37-613/2021).

Таким образом, заключение Заказчиком дополнительного соглашения №3 от 29.01.2020г. об изменении условия о порядке погашения авансового платежа является нарушением ч.1 ст.95 Закона о контрактной системе и повлекло фактическое предоставление подрядной организации возможности незаконного пользования бюджетными средствами.

На основании изложенного и в соответствии со статьей 99 Закона о контрактной системе, Правилами осуществления контроля в сфере закупок товаров, работ, услуг в отношении заказчиков, контрактных служб, контрактных управляющих, комиссий по осуществлению закупок товаров, работ, услуг и их членов, уполномоченных органов, уполномоченных учреждений, специализированных организаций, операторов электронных площадок, операторов специализированных электронных площадок (утверждены Постановлением №1576 от 01.10.2020), Комиссия Магаданского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях заказчика нарушение п.1 ч.13 ст.34, ч.1 ст.95 Закона о контрактной системе.

2 . Предписание об устранении нарушений не выдавать в связи с расторжением контракта.

3. Передать сведения о выявленных нарушениях соответствующему должностному лицу Управления для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.