

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия Кировского УФАС России) в составе:

Заместителя председателя комиссии:

заместителя руководителя управления – начальника отдела КЗ;

Членов комиссии:

ведущего специалиста-эксперта отдела КЗ;

ведущего специалиста-эксперта отдела КЗ,

в присутствии:

представителя ООО «АБЗ-Оричи», по доверенности,

представителя ООО «АБЗ-Оричи», по доверенности,

представителя КОГКУ «Дорожный комитет Кировской области», по доверенности,

представителя КОГКУ «Дорожный комитет Кировской области», по доверенности,

представителя КОГКУ «Дорожный комитет Кировской области», по доверенности,

рассмотрев жалобу ООО «АБЗ-Оричи» на действия КОГКУ «Дорожный комитет Кировской области»,

У С Т А Н О В И Л А:

10.12.2018 г. в Кировское УФАС России поступила жалоба ООО «АБЗ-Оричи» (далее – Заявитель) на действия Кировского областного государственного казенного учреждения «Дорожный комитет Кировской области» (далее – Заказчик) при заключении контракта по результатам проведенного электронного аукциона на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования Кировской области регионального или межмуниципального значения и искусственных сооружений на них (номер извещения 0340200003318013807). Уполномоченным учреждением при проведении электронного аукциона является КОГКУ «Центр по техническому сопровождению государственных закупок».

Заявитель полагает, что Заказчик необоснованно, в нарушение Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере

закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе), отказался от принятия банковской гарантии и, как следствие, от заключения контракта по результатам определения поставщика.

Жалоба на действия Заказчика поступила в срок, установленный Законом о контрактной системе.

В соответствии с п.1 ч.15 ст.99 Закона о контрактной системе в ходе рассмотрения жалобы проводится внеплановая проверка.

Лицам, участвующим в деле, направлены уведомления о дате, месте и времени рассмотрения жалобы, у Заказчика, Уполномоченного учреждения запрошены необходимые документы по данному размещению закупки, а также письменные пояснения по существу жалобы. В рассмотрении жалобы, назначенном на 17 декабря 2018 года, объявлялся перерыв до 19 декабря 2018 года.

Из письменных пояснений Уполномоченного учреждения следует, что участие учреждения в определении поставщика заканчивается после подведения итогов закупки и публикации протокола, действия по рассмотрению банковской гарантии отнесены к полномочиям Заказчика.

Из письменных пояснений Заказчика следует, что 04.12.2018 г. от победителя электронного аукциона ООО «АБЗ-Оричи» в качестве обеспечения исполнения контракта поступила банковская гарантия БГЮ03120770245 от 03.12.2018 г. Представленная банковская гарантия, по мнению Заказчика, не соответствует п.2,3 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе. Отмечает, что гарантия не содержит обязательств, исполнение которых обеспечивается гарантией, так как в гарантии нет указания на обязательство по возврату аванса, а также обязательств, наступающих в случае одностороннего отказа Заказчика от исполнения контракта. Кроме того, в п.14 банковской гарантии содержится условие о сроке, которое отсутствует в п.3 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе. В п.8 гарантии содержится указание на возможность передачи прав требования третьему лицу, хотя должно быть указано о передаче прав новому Заказчику в случае его перемены. В п.12 гарантии указано, что споры между сторонами разрешаются в порядке, установленном законодательством, в то время как в соответствии с п.8.13 проекта контракта все споры между сторонами разрешаются в претензионном порядке, либо в Арбитражном суде Кировской области. Полагает, что подсудность в гарантии должна соответствовать подсудности, установленной в контракте. Указывает на возможность отказаться от принятия банковской гарантии по основаниям п.2 ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе. Считает жалобу необоснованной, просит в удовлетворении отказать.

Уполномоченное учреждение, извещенное о дате, месте и времени рассмотрения жалобы, явку представителя не обеспечило, представило

ходатайство о рассмотрении жалобы в отсутствие представителя.

Комиссия Кировского УФАС России полагает возможным рассмотреть жалобу в отсутствие представителя Уполномоченного учреждения.

В ходе заседания Комиссии представители Заявителя поддержали доводы жалобы. Представители Заказчика возражали против доводов жалобы, представили письменные пояснения.

Заслушав доводы сторон, исследовав документацию о закупке, документы, представленные сторонами, банковскую гарантию, Комиссия Кировского УФАС России приходит к следующим выводам.

26.10.2018 года в единой информационной системе опубликовано извещение о проведении электронного аукциона. Предмет аукциона – выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования Кировской области регионального или межмуниципального значения и искусственных сооружений на них (номер извещения 0340200003318013807). Начальная (максимальная) цена контракта 709563850 (семьсот девять миллионов пятьсот шестьдесят три тысячи восемьсот пятьдесят) руб.

В соответствии с протоколом подведения итогов электронного аукциона (№ извещения 0340200003318013807) от 20.11.2018 г. победителем определения поставщика признано ООО «АБЗ-Оричи» с предложением о цене контракта 681181296 руб.

В соответствии с ч.1 ст.83.2 Закона о контрактной системе по результатам электронной процедуры контракт заключается с победителем электронной процедуры, заявка которого на участие в этой процедуре признана соответствующей требованиям, установленным документацией и (или) извещением о закупке.

В соответствии с информацией, представленной оператором электронной торговой площадки ЗАО «Сбербанк-АСТ», 04.12.2018 г. Заказчиком сформирована карточка контракта, в тот же день проект контракта направлен для подписания в адрес ООО «АБЗ-Оричи».

В соответствии с ч.6 ст.83.2 Закона о контрактной системе в течение трех рабочих дней с даты размещения заказчиком в единой информационной системе и на электронной площадке документов, предусмотренных [частью 5](#) указанной статьи, победитель электронной процедуры размещает на электронной площадке проект контракта, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени такого победителя, а также документ и (или) информацию в соответствии с [частью 3](#) приведенной статьи, подтверждающие предоставление обеспечения исполнения контракта и подписанные усиленной электронной подписью указанного лица.

04.12.2018 г. ООО «АБЗ-Оричи» подписало проект контракта и вместе с банковской гарантией направило его в адрес Заказчика.

07.12.2018 г. Заказчиком сформирован протокол об отказе от заключения контракта. Указанный протокол в тот же день размещен в единой информационной системе.

В соответствии с протоколом об отказе от заключения контракта от 07.12.2018 г. должностным лицом Заказчика принято решение об отказе от заключения контракта с ООО «АБЗ-Оричи», в связи с отказом в принятии банковской гарантии, представленной указанным участником закупки, так как такая гарантия не соответствует п.2,3 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе.

Такое несоответствие установлено протоколом о рассмотрении банковской гарантии от 07.12.2018 г., составленным контрактной службой Заказчика. В соответствии с протоколом контрактная служба рассмотрела банковскую гарантию № БГЮ03120770245-2018 АО «Народный банк» г. Черкесск, ул. Умара Алиева, д.31а, КЧР, по объекту закупки электронного аукциона 0340200003318013807. Контрактная служба пришла к выводу о несоответствии банковской гарантии п.2 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе, так как не содержит обязательств по возврату аванса, а также обязательств, наступающих в случае одностороннего отказа Заказчика от исполнения контракта, в связи с ненадлежащим исполнением Поставщиком своих обязанностей. Кроме того, в п.14 банковской гарантии содержится условие «...в случае неисполнения требования об уплате по настоящей гарантии в срок не более чем 5 рабочих дней...», которое отсутствует в п.3 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе. В п.8 гарантии содержится указание на возможность передачи прав требования третьему лицу, хотя должно быть указано о передаче прав новому Заказчику в случае его перемены. В п.12 гарантии указано, что споры между сторонами разрешаются в порядке, установленном законодательством, в то время как в соответствии с п.8.13 проекта контракта все споры между сторонами разрешаются в претензионном порядке, либо в Арбитражном суде Кировской области. В связи с изложенным контрактная служба рекомендовала Заказчику отказаться от принятия банковской гарантии, представленной ООО «АБЗ-Оричи», на основании п.2 ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе.

В соответствии с ч.3 ст.96 Закона о контрактной системе исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям [статьи 45](#) Закона о контрактной системе. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

В соответствии с ч.1 ст.45 Закона о контрактной системе Заказчики в качестве обеспечения заявок и исполнения контрактов принимают банковские гарантии, выданные банками, соответствующими [требованиям](#),

установленным Правительством Российской Федерации.

В соответствии с ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- 1) сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в установленных [частью 15 статьи 44](#) Закона о контрактной системе случаях, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со [статьей 96](#) Закона о контрактной системе;
- 2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;
- 3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 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;
- 5) срок действия банковской гарантии с учетом требований [статей 44](#) и [96](#) Закона о контрактной системе;
- 6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;
- 7) установленный Правительством Российской Федерации [перечень](#) документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

В соответствии с п.2 "Перечня документов, представляемых Заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии", утвержденного постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 №1005, Бенефициар одновременно с требованием по банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения исполнения контракта, направляет гаранту следующие документы:

- а) расчет суммы, включаемой в требование по банковской гарантии;
- б) платежное поручение, подтверждающее перечисление бенефициаром аванса принципалу, с отметкой банка бенефициара либо органа Федерального казначейства об исполнении (если выплата аванса

предусмотрена контрактом, а требование по банковской гарантии предъявлено в случае ненадлежащего исполнения принципалом обязательств по возврату аванса);

в) документ, подтверждающий факт наступления гарантийного случая в соответствии с условиями контракта (если требование по банковской гарантии предъявлено в случае ненадлежащего исполнения принципалом обязательств в период действия гарантийного срока);

г) документ, подтверждающий полномочия лица, подписавшего требование по банковской гарантии (доверенность) (в случае, если требование по банковской гарантии подписано лицом, не указанным в Едином государственном реестре юридических лиц в качестве лица, имеющего право без доверенности действовать от имени бенефициара).

Указанные требования к банковской гарантии, представляемой в качестве обеспечения исполнения контракта, помимо указанных в §6 главы 23 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), являются исчерпывающими.

В силу ч.1.2 ст.45 Закона о контрактной системе перечень банков, соответствующих установленным требованиям, ведется федеральным органом исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок на основании сведений, полученных от Центрального банка Российской Федерации, и подлежит размещению на официальном сайте федерального органа исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

В соответствии с п.1 "Положения о Министерстве финансов Российской Федерации", утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 №329 (ред. от 29.09.2018) Министерство финансов Российской Федерации (Минфин России) является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере осуществления закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с п.4 "Положения об официальном сайте Министерства финансов Российской Федерации в информационно-коммуникационной сети "Интернет", утвержденного приказом Минфина России от 28.09.2016 №397, официальный сайт Министерства размещается в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" и имеет доменные имена www.minfin.ru и минфин.рф.

ООО «АБЗ-Оричи» в качестве обеспечения исполнения контракта представило банковскую гарантию №БГЮ03120770245-2018 от 03.12.2018 г., выданную АО "Народный банк".

Согласно сведениям, размещенным на официальном сайте Минфина России (по состоянию на 05.12.2018 г.) по адресу https://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/list_banks, АО "Народный банк" (рег. номер <...>), включено в перечень банков соответствующих установленным Правительством РФ требованиям.

Исследовав указанную банковскую гарантию, Комиссия Кировского УФАС России установила следующее.

АО "Народный банк" (Гарант) выдало ООО «АБЗ-Оричи» (Принципал) банковскую гарантию в качестве обеспечения исполнения заключаемого государственного контракта на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования Кировской области регионального или межмуниципального значения и искусственных сооружений на них (далее – Контракт) на основании протокола подведения итогов электронного аукциона от 20.11.2018 г. №0340200003318013807.

Сумма, подлежащая уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со [статьей 96](#) Закона о контрактной системе – 212869155 (двести двенадцать миллионов восемьсот шестьдесят девять тысяч сто пятьдесят пять) руб. 00 коп., что соответствует п.1 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе.

Гарант безотзывно обязуется возместить Бенефициару суммы при наступлении условий ответственности Гаранта, указанных в настоящей гарантии, но не более 212869155 (двести двенадцать миллионов восемьсот шестьдесят девять тысяч сто пятьдесят пять) руб. 00 коп., в случае несвоевременного и ненадлежащего исполнения всех обязательств Принципала по Контракту, включая обязательства по уплате неустоек (штрафов, пени), предусмотренных Контрактом, убытков, которые понес Бенефициар вследствие неисполнения и/или ненадлежащего исполнения Принципалом обязательств по Контракту.

Кроме того, согласно п.3 гарантии для получения всей суммы гарантии или части такой суммы Бенефициар направляет в адрес Гаранта требование об уплате денежной суммы с приложением, в том числе, платежного поручения, подтверждающего перечисление Бенефициаром аванса принципалу, с отметкой банка Бенефициара либо органа Федерального казначейства об исполнении (если выплата аванса предусмотрена контрактом, а требование по гарантии предъявлено в случае ненадлежащего исполнения принципалом обязательств по возврату аванса).

Пункт 4.3 проекта контракта предусматривает авансирование подрядчику части стоимости работ в размере 10% от установленного объема финансирования контракта на текущий финансовый год в срок не позднее 20 рабочих дней со дня присвоения бюджетных обязательств.

Согласно п.9.2, 9.3 проекта контракта обеспечение исполнения Контракта

(банковская гарантия) обеспечивает своевременное и надлежащее исполнение всех обязательств Подрядчика по настоящему Контракту, включая обязательства по уплате неустоек (штрафов, пени), предусмотренных Контрактом, убытков, которые понес Заказчик вследствие неисполнения и/или ненадлежащего исполнения Подрядчиком обязательств по Контракту.

Таким образом, исследуемая гарантия выдана в обеспечение всех обязательств Заявителя, вытекающих из контракта, в том числе, по возврату аванса, п.1 гарантии полностью соответствует содержанию п.9.2, 9.3 проекта контракта.

В соответствии с п. 14 банковской гарантии в случае неисполнения требования об уплате по настоящей гарантии в срок не более, чем пять рабочих дней, Гарант обязуется уплатить Бенефициару неустойку в размере 0,1 (ноль целых одна десятая) процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый календарный день просрочки.

В силу п.2 ст.375 ГК РФ Гарант должен рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в течение пяти дней со дня, следующего за днем получения требования со всеми приложенными к нему документами, и, если требование признано им надлежащим, произвести платеж. Условиями независимой гарантии может быть предусмотрен иной срок рассмотрения требования, не превышающий тридцати дней.

Исследуемой гарантией установлен иной срок рассмотрения требования Бенефициара об уплате, не превышающий тридцати дней – пять рабочих дней.

Следовательно, в случае неисполнения требования об уплате по исследуемой гарантии в этот срок (т.е. в течение 5 (пяти) рабочих дней), начиная уже с 6 (шестого) рабочего дня от даты получения гарантом требования у гаранта возникает обязанность уплатить неустойку (пени) бенефициару в размере 0,1 процента от суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки, что полностью отвечает требованиям п.3 ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.11.2016 по делу А40-119107/2016).

Пунктом 8 гарантии установлено, что гарантия выдана Бенефициару, и права требования по ней могут быть переданы третьему лицу при перемене Бенефициара в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, с предварительным извещением Гаранта.

В соответствии с п.1 ст.372 ГК РФ бенефициар по независимой гарантии не вправе передавать другому лицу право требования к гаранту, если в гарантии не предусмотрено иное.

Передача бенефициаром прав по независимой гарантии другому лицу

допускается лишь при условии одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству.

В соответствии с п.9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 №54 уступка права, совершенная в нарушение законодательного запрета, является ничтожной. Например, ничтожной является уступка прав бенефициара по независимой гарантии без одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству.

Учитывая, что исследуемая гарантия выдана в качестве обеспечения исполнения контракта, заключаемого в рамках Закона о контрактной системе, отношения связанные с уступкой прав по основному обязательству, регулируются нормами о перемене Заказчика.

Указанный императив с учетом правила о переходе прав требования, изложенного в самой гарантии, позволяют однозначно заключить, что третьим лицом в данном конкретном случае может быть только новый Заказчик. Иного условия в законодательстве о контрактной системе не содержится.

Таким образом, п.8 гарантии не нарушает положений Закона о контрактной системе.

Оценивая п.12 гарантии, согласно которому все споры по ней подлежат рассмотрению в соответствии с законодательством Российской Федерации, необходимо учесть следующее.

В соответствии с ч.4 ст.36 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) иск, вытекающий из договора, в котором указано место его исполнения, может быть предъявлен также в арбитражный суд по месту исполнения договора.

При этом в силу ст.37 АПК РФ подсудность, установленная [статьями 35](#) и [36](#) АПК РФ, может быть изменена по соглашению сторон до принятия арбитражным судом заявления к своему производству.

Извещением о спорной закупке, документацией о закупке подсудность при разрешении споров, вытекающих из обязательств, возникших между гарантом и бенефициаром в соответствии с гарантией, выданной в качестве обеспечения исполнения контракта, не установлена.

В то же время, в соответствии с п.8.13 проекта контракта, являющегося неотъемлемой частью документации о закупке, установлено, что в случае не урегулирования спора или в случае неполучения ответа в установленный срок, спор подлежит разрешению в Арбитражном суде Кировской области.

Такие правила подсудности установлены для разрешения споров, вытекающих из обязательства между принципалом и бенефициаром, то есть из основного обязательства, в надлежащее обеспечение которого выдана

гарантия.

В соответствии с п.1 ст.370 ГК РФ предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них.

Более того, статья 45 Закона о контрактной системе не содержит условия об определении в гарантии правил подсудности при разрешении споров между гарантом и бенефициаром.

При таких обстоятельствах Комиссия Кировского УФАС России приходит к выводу о соответствии п.8 выданной гарантии действующему законодательству.

Остальные условия банковской гарантии также соответствуют ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе, кроме того, в гарантии содержится перечень документов, в соответствии с постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 №1005.

В соответствии с 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 указанной статьи реестрах банковских гарантий;
- 2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в [частях 2 и 3](#) указанной статьи;
- 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).

Учитывая, что банковская гарантия №БГЮ03120770245-2018 от 03.12.2018 г., выданная АО "Народный банк", соответствует условиям ч.2 ст.45 Закона о контрактной системе, требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке, проекте контракта, Заказчик необоснованно отказал Заявителю в принятии банковской гарантии, представленной в качестве обеспечения исполнения контракта.

Таким образом, Заказчиком нарушены п.2,3 ч.6 ст.45 Закона о контрактной системе.

В соответствии с ч.7 ст.83.2 Закона о контрактной системе в течение трех рабочих дней с даты размещения на электронной площадке проекта

контракта, подписанного усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени победителя электронной процедуры, и предоставления таким победителем соответствующего требованиям извещения о проведении закупки, документации о закупке обеспечения исполнения контракта заказчик обязан разместить в единой информационной системе и на электронной площадке с использованием единой информационной системы контракт, подписанный усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени заказчика.

Учитывая необоснованный отказ Заказчика от принятия представленной Заявителем банковской гарантии, Комиссия Кировского УФАС России приходит к выводу о нарушении Заказчиком требований ч.7 ст.83.2 Закона о контрактной системе, выразившемся в отказе от заключения контракта.

Устранение допущенных нарушений возможно путем выдачи предписания.

На основании изложенного и в соответствии с ч. 8 ст. 106 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» Комиссия Кировского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать обоснованной жалобу ООО «АБЗ-Оричи» на действия КОГКУ «Дорожный комитет Кировской области» при заключении государственного контракта по результатам проведенного электронного аукциона на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования Кировской области регионального или межмуниципального значения и искусственных сооружений на них (номер извещения 0340200003318013807), в связи с нарушением Заказчиком п.2,3 ч.6 ст.45, ч.7 ст.83.2 Закона о контрактной системе.
2. Выдать предписание об устранении допущенных нарушений.
3. Передать материалы жалобы должностному лицу Кировского УФАС для рассмотрения вопроса о возбуждении производства по делу об административном правонарушении.

В соответствии с ч. 9 ст. 106 ФЗ от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев с момента его принятия.

