

ГБУ «МОСРЕМОНТ»

ул. Садовая-Каретная, д. 18, г. Москва,
127006

Департамент города Москвы по
Конкурентной политике

Макаренко ул., д. 4, стр. 1, г. Москва,
105062

ООО «СМУ-305»

пр-кт Ленинский, д. 95, цок. эт.,
пом. X, оф. 24, г. Москва, 119313

РЕШЕНИЕ

по делу №077/06/106-22114/2021 о нарушении законодательства о контрактной системе

13.12.2021

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг (далее – Комиссия Управления) в составе:

Заместителя председателя Комиссии – главного государственного инспектора отдела обжалования государственных закупок Е.А. Мироновой,

Членов Комиссии:

Специалиста-эксперта отдела обжалования государственных закупок А.С. Леонтьевой,

Специалиста первого разряда отдела обжалования государственных закупок Э.З. Гугава,

рассмотрение жалобы проводилось дистанционно (посредством видеоконференцсвязи) в целях исполнения Указа Мэра Москвы от 25.09.2020 № 92-УМ «О внесении изменений в правовые акты города Москвы» и предупреждения распространения в городе Москве инфекции, вызванной коронавирусом 2019-nCoV,

при участии представителей Департамента города Москвы по Конкурентной политике, ГБУ «МОСРЕМОНТ», ООО «СМУ-305»,

рассмотрев жалобу ООО «СМУ-305» (далее — Заявитель) на действия ГБУ «МОСРЕМОНТ» (далее — Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения государственного контракта на выполнение строительно-монтажных работ по капитальному ремонту здания в ЦАО города Москвы (Закупка № 0173200001421001706) (далее – конкурс) в соответствии с Федеральным законом 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), 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 поставщиков (подрядчиков, исполнителей) для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденным приказом ФАС России от 19.11.2014 № 727/14 (далее — Административный регламент),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении открытого конкурса.

На заседание Комиссии Управления Заказчиком представлены документы и сведения, запрашиваемые письмом Московского УФАС России от 08.12.2021 №ЕИ/75009/21.

В результате рассмотрения жалобы, рассмотрев представленные документы и сведения, Комиссией Управления установлено следующее.

По мнению Заявителя, конкурсной комиссией Заказчика нарушены нормы Закона о контрактной системе в результате признания заявки Заявителя не соответствующей требованиям конкурсной документации.

Согласно протоколу подведения итогов открытого конкурса в электронной форме от 03.12.2021 №ППИ1 заявка ООО «СМУ-305» признана не соответствующей требованиям аукционной документации и Закона о контрактной системе на следующем основании: «Заявка участника признана не соответствующей требованиям документации закупки и законодательства РФ по следующим основаниям: «Заявка участника открытого конкурса в электронной форме признана не соответствующей требованиям документации по проведению открытого конкурса в электронной форме по основаниям, предусмотренным п. 3 ч. 4 ст. 54.7 и ч.6 ст.45 Федерального Закона от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ ввиду несоответствия участника требованиям, установленным конкурсной документацией (п.28.1 раздела IV «Размер и порядок обеспечения заявок на участие в закупке, обеспечения исполнения контракта, гарантийных обязательств»), а именно: требования к банковской гарантии утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 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», где в частности указано, что Банковская гарантия оформляется на условиях, определенных гражданским законодательством. В условии Гарантии, выданной Участнику закупки указано: «Обязательства ГАРАНТА перед БЕНЕФИЦИАРОМ по Гарантии прекращаются: вследствие отказа Бенефициара от своих прав по Гарантии (при этом Бенефициар считается отказавшимся от своих прав по Гарантии, в том числе в случае возврата Гаранту оригинала Гарантии или направлении Бенефициаром Гаранту соответствующего письменного уведомления)» Между тем, статья 378 ГК РФ

устанавливает: Обязательство гаранта перед бенефициаром по независимой гарантии прекращается:

- 1) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия;
- 2) окончанием определенного в независимой гарантии срока, на который она выдана;
- 3) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии;
- 4) по соглашению гаранта с бенефициаром о прекращении этого обязательства.

Прекращение обязательства гаранта по основаниям, указанным в подпунктах 1 и 2 пункта 1 статьи 378 ГК РФ, не зависит от того, возвращена ли ему независимая гарантия».

Таким образом, ст. 378 ГК РФ не предусматривает возможности прекращения банковской гарантии по инициативе Принципала. Кроме того, возможность прекращения банковской гарантии по инициативе Принципала, не соответствует требованию о ее безотзывности. Данное условие ограничивает права Бенефициара, поскольку получение Бенефициаром оригинала Гарантии, представленной в качестве обеспечения заявки при проведении закупки в электронной форме, не предусмотрено».

Заявитель не согласен с вышеуказанным отклонением его заявки и признания представленной банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения заявки не соответствующей ввиду того, что гарантом выступает банк, а не непосредственный исполнитель, в связи с чем какие-либо недобросовестные действия со стороны ООО «СМУ-305» не могут быть осуществлены, так как возврат по условиям гарантии осуществляется самим Заказчиком.

В силу ч.1 ст.45 Закона о контрактной системе Заказчики в качестве обеспечения заявок, исполнения контрактов, гарантийных обязательств принимают банковские гарантии, выданные банками, соответствующими требованиям, установленным Правительством Российской Федерации, и включенными в перечень, предусмотренный ч.1.2 ст.45 Закона о контрактной системе.

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 ст.45 Закона о контрактной системе реестрах банковских гарантий;
- 2) несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в ч. 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).

На основании п.4 ч.1 ст.54.3 Закона о контрактной системе конкурсная документация наряду с информацией, указанной в извещении о проведении открытого конкурса в электронной форме, должна содержать предусмотренные статьей 54.4 Закона о контрактной системе требования к содержанию, в том числе к описанию предложения участника открытого конкурса в электронной форме, к составу заявки на участие в открытом конкурсе в электронной форме и инструкцию по ее заполнению, при этом не допускается установление требований, влекущих за

собой ограничение количества участников закупки или ограничение доступа к участию в открытом конкурсе в электронной форме.

В п.28.1 Информационной карты конкурсной документации определены условия банковской гарантии, предоставляемой в качестве обеспечения заявки: «Банковская гарантия, выданная участнику закупки банком для целей обеспечения заявки на участие в закупке, должна соответствовать требованиям статьи 45 Федерального закона, постановления Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 г. № 1005. Банковская гарантия должна в том числе содержать: - указание на то, что все споры по банковской гарантии подлежат рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы. - 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. Срок действия банковской гарантии, предоставленной в качестве обеспечения заявки, должен составлять не менее чем два месяца с даты окончания срока подачи заявок».

Комиссией Управления установлено, что победителем конкурса направлен подписанный проект контракта и обеспечение исполнения контракта в виде банковской гарантии от 29.11.2021 №10296628, выданная АКБ «Абсолют Банк» (далее — Банковская гарантия).

Согласно ч.8.2 ст.45 Закона о контрактной системе дополнительные требования к банковской гарантии, используемой для целей Закона о контрактной системе, порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра банковских гарантий, порядок формирования и ведения закрытого реестра банковских гарантий, в том числе включения в него информации, порядок и сроки предоставления выписок из него, форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации.

В силу ч.2 ст.106 Закона о контрактной системе, лица права и законные интересы которых непосредственно затрагиваются в результате рассмотрения жалобы, вправе направить в контрольный орган в сфере закупок возражения на жалобу и участвовать в ее рассмотрении лично или через своих представителей.

На заседании Комиссии Управления представитель Заказчика пояснил, что в представленной Банковской гарантии в частности содержатся условия, которые противоречат положениям Закона о контрактной системе, поскольку Гарантия содержит условия, позволяющие прекратить ее действие путем возврата оригинала банковской гарантии Гаранту без фактического исполнения, уведомления и согласования данных действий с Заказчиком.

Ч.3 ст.45 Закона о контрактной системе установлено, 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.

На заседании Комиссии Управления установлено, что п.16 Банковской гарантии предусмотрено следующее п.13: «Обязательства ГАРАНТА перед БЕНЕФИЦИАРОМ по Гарантии прекращаются вследствие отказа Бенефициара от своих прав по Гарантии (при этом Бенефициар считается отказавшимся от своих прав по Гарантии, в том числе в случае возврата Гаранту оригинала Гарантии или направлении Бенефициаром Гаранту соответствующего письменного уведомления)».

В соответствии с ч.1 ст. 378 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательство гаранта перед бенефициаром по независимой гарантии прекращается:

- 1) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия;
- 2) окончанием определенного в независимой гарантии срока, на который она выдана;
- 3) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии;
- 4) по соглашению гаранта с бенефициаром о прекращении этого обязательства.

Таким образом, представленная банковская гарантия содержит условия, позволяющие прекратить ее действие в связи с недобросовестным поведением Принципала - возвращением ее в Банк-Гарант без фактического исполнения, уведомления и согласования данных действий с Бенефициаром, данным документом не предусмотрены ни порядок передачи оригинала банковской гарантии, ни необходимость каких-либо отметок заказчика о согласии с возвратом банковской гарантии. Банковская гарантия может быть возвращена и на основании субъективного усмотрения принципала, что ставит заказчика в заведомо невыгодное правовое положение.

Возможности гаранта включать те или иные обстоятельства в качестве условий для прекращения банковской гарантии в действующем законодательстве предусмотрена в ч. 2 ст. 378 Гражданского кодекса Российской Федерации. Согласно данной норме независимой гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром может быть предусмотрено, что для прекращения обязательства гаранта перед бенефициаром необходимо вернуть гаранту выданную им гарантию.

Возврат банковской гарантии выдавшему ее гаранту свидетельствует о прекращении использования этого способа обеспечения принципалом и исключает возможность предъявления бенефициаром требования гаранту. Иными словами, возвращение оригинального документа является очевидным подтверждением того, что никакая претензия по гарантии не будет предъявлена.

Как следует из п. 3 ч. 1 ст. 378 Гражданского кодекса Российской Федерации, отказ от гарантии является односторонней сделкой, которую может осуществить только одно лицо — бенефициар.

Учитывая то обстоятельство, что институт банковских гарантий, используемых для целей Закона о контрактной системе, имеет специальное правовое регулирование, расширение возможностей гаранта в части включения тех или иных условий для прекращения обязательств по банковской гарантии, может при определенных обстоятельствах привести к потере ею своих функций по обеспечению исполнения обязательств (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.09.2016 №Ф05-13771/2016).

В связи с тем что оригинал банковской гарантии на момент подписания контракта отсутствует у Заказчика (Бенефициара), а также в связи с тем, что у Принципала и у

Гаранта нет законом установленной обязанности предоставлять Бенефициару оригинал банковской гарантии, само действие по возврату оригинала банковской гарантии может быть осуществлено Принципалом, имеющим оригинал банковской гарантии, что в данном конкретном случае не исключается положениями банковской гарантии, в котором основанием для признания Бенефициара отказавшимся от своих прав является сам факт возврата банковской гарантии без привязки к лицу, которым должен быть осуществлен этот возврат.

Согласно п. 2 ч. 6 ст. 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является несоответствие банковской гарантии условиям, указанным в ч.2 и 3 ст.45 Закона о контрактной системе.

Законом о контрактной системе не предусмотрена обязанность Заказчика согласования банковской гарантии, направленной в качестве обеспечения исполнения контракта, а также не предусмотрена замена обеспечения исполнения контракта, в том числе в случае отказа в принятии банковской гарантии на основании несоответствия положениям Закона о контрактной системе.

В соответствии с п. 2.4. Правил предоставления АКБ «Абсолют Банк» (ПАО) банковских гарантий в рамках продукта «Банковские гарантии» (Приложение к приказу ПАО АКБ «Абсолют Банк» от 24.03.2021 No 429), размещенных на официальном сайте <https://absolutbank.ru/corporative/guarantees/garantiya-na-uchastie-v-zakupkakh/>) установлено:

«2.4. Утраченная Банковская гарантия восстановлению не подлежит, а Вознаграждение по утраченной Банковской гарантии не подлежит возврату ГАРАНТОМ ПРИНЦИПАЛУ».

Таким образом, оригинал банковской гарантии передается Принципалу, который при отсутствии соответствующих оговорок о наличии обязанности по передаче его в адрес Бенефициара, имеет возможность вернуть ее в банк в период исполнения обязательств.

Ни в банковской гарантии, ни в указанных Правилах предоставления банковских гарантий не содержится никаких оговорок о поручении Гаранта Принципалу по передаче оригинала Бенефициару.

Указанные обстоятельства полностью опровергают доводы жалобы о том, что недобросовестные действия со стороны ООО «СМУ-305» не могут быть осуществлены, так как возврат по условиям гарантии осуществляется самим Заказчиком.

Согласно ч.4 ст.54.7 Закона о контрактной системе заявка на участие в открытом конкурсе в электронной форме признается не соответствующей требованиям, установленным конкурсной документацией:

1) в случае непредставления документов и информации, предусмотренных пунктами 1 - 3, 7 части 6 статьи 54.4 Закона о контрактной системе, либо несоответствия указанных документов и информации требованиям, установленным конкурсной документацией;

2) в случае наличия в документах и информации, предусмотренных частью 11 статьи 24.1, частями 4 и 6 статьи 54.4 Закона о контрактной системе, недостоверной информации на дату и время рассмотрения вторых частей заявок на участие в таком конкурсе;

3) в случае несоответствия участника такого конкурса требованиям,

установленным конкурсной документацией в соответствии с частью 1, частями 1.1 и 2.1 (при наличии таких требований) статьи 31 Закона о контрактной системе;

4) в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами, принятыми в соответствии со статьей 14 Закона о контрактной системе;

5) в случае непредставления документов, предусмотренных пунктом 5 части 6 статьи 54.4 Закона о контрактной системе, при осуществлении закупки товаров, работ, услуг, в отношении которых установлен запрет, предусмотренный статьей 14 Закона о контрактной системе.

Таким образом, Комиссия Управления приходит к выводу, что у Заказчика имелись основания для признания банковской гарантии не соответствующей требованиям конкурсной документации и принятие конкурсной комиссией решения в части признания заявки Заявителя не соответствующей является правомерным.

Исследовав представленные материалы, руководствуясь Административным регламентом, Законом о контрактной системе, Комиссия Управления

Р Е Ш И Л А:

1. Признать жалобу ООО «СМУ-305» на действия ГБУ «МОСРЕМОНТ» необоснованной.

2. Снять ограничения, наложенные на определение поставщика (подрядчика, исполнителя) в части заключения контракта.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в Арбитражном суде г. Москвы в течение 3 (трех) месяцев с даты его принятия в порядке, установленном гл. 24 АПК РФ.

Заместитель председателя Комиссии
Члены Комиссии:

Е.А. Миронова
А.С. Леонтьева
Э.З. Гугава