

ОШИБКИ УЧАСТНИКОВ КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЫ ПРИ РАБОТЕ С БАНКОВСКИМИ ГАРАНТИЯМИ. ПРАКТИКА КОНТРОЛЯ ФАС РОССИИ



ТОЛСТОБОКОВ
Олег Николаевич,

к. техн. н., эксперт по комплексному контролю государственных и общественных закупок

Практика применения Закона № 94-ФЗ показала, что существенное число банковских гарантий, подаваемых в качестве обеспечения исполнения контракта участниками размещения заказа, оказалось поддельными. Принципиальным отличием нового закона о КС является ужесточение подходов к обеспечительным мерам исполнения контрактных обязательств и введение нового инструмента в закупках — реестра банковских гарантий. Анализируя первые итоги сложившейся практики закупок, автор статьи делает вывод о том, что участники контрактной системы осуществляют многочисленные правонарушения при работе с банковскими гарантиями, что влечет за собой применение контрольными органами административной ответственности к организаторам закупки. В некоторых случаях следует говорить о признаках состава преступления в действиях должностных лиц.

Напомним, что ранее в силу положений Закона № 94-ФЗ обязанности по установлению обеспечительных мер в случае заключения контрактов с НМЦК до 50 млн рублей не было. В настоящее время анализ решений центрального аппарата ФАС России показал, что некоторые заказчики допускают нарушения новых требований Закона № 44-ФЗ в части обязательного и надлежащего установления требований о предоставлении залога денежных средств либо безотзывной банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта, в случае определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) по результатам торгов. Так, согласно ч. 1 ст. 96 Закона о КС, заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке, проекте контракта, приглашении принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) закрытым способом должно быть установлено требование обеспечения исполнения контракта, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 96 № 44-ФЗ.

Например, ФАС России признала нарушением ч. 1 ст. 96 Закона о КС действия заказчика в части неустановления в аукционной документации на право заключения государственного контракта на строительство детского сада требований об обеспечении исполнения контракта (см. решение ФАС России от 15 апреля 2014 г. по делу № К-598/14).

В решении ФАС России от 21 ноября 2014 г. по делу № 1711/14 зафиксирован факт установления заказчиком ненадлежащим образом размера обеспечения исполнения контракта, что нарушает п. 8 ст. 42 Закона о КС. В соответствии с извещением о проведении аукциона, опубликованном на официальном сайте, размер обеспечения исполнения контракта составлял 6 900 000 рублей. При этом, согласно п. 14 разд. 3 «Информационная карта электронного аукциона» документации об аукционе, размер обеспечения исполнения контракта составлял 6 598 700 рублей. Согласно п. 8 ст. 42 Закона о КС, заказчик обязан разместить извещение об осуществлении закупки в единой информационной системе, если иное не предусмотрено Законом о контрактной системе. В извещении об осуществлении закупки должен содержаться в том числе размер обеспечения исполнения контракта, порядок предоставления такого обеспечения, требования к такому обеспечению. Таким образом, с позиции ФАС России заказчиком не установлен надлежащим образом размер обеспечения исполнения контракта, что нарушает п. 8 ст. 42 Закона о КС и содержит признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП.

РАЗМЕР ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА ДОЛЖЕН БЫТЬ НЕ МЕНЕЕ РАЗМЕРА АВАНСА

Согласно ч. 6 ст. 96 Закона о КС, размер обеспечения исполнения контракта должен составлять от 5 до 30% начальной (максимальной) цены кон-

тракта, указанной в извещении об осуществлении закупки. В случае если начальная (максимальная) цена контракта превышает 50 млн рублей, заказчик обязан установить требование обеспечения исполнения контракта в размере от 10 до 30% начальной (максимальной) цены контракта, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса). В случае если аванс превышает 30% начальной (максимальной) цены контракта, размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в размере аванса. В случае если предложенная в заявке участника закупки цена снижена на 25% и более по отношению к начальной (максимальной) цене контракта, участник закупки, с которым заключается контракт, предоставляет обеспечение исполнения контракта с учетом положений ст. 37 Закона о контрактной системе.

Рассматривая жалобу заявителя на установление в конкурсной документации размера аванса, превышающего размер обеспечения исполнения контракта, ФАС России признала действия заказчика соответствующими закону о КС (см. решение ФАС России от 9 октября 2014 г. по делу № К-1461/14). Согласно пп. 3.7 п. 3 проекта контракта Конкурсной документации, «Заказчик в течение 30 (тридцати) дней с момента предоставления ему банковской гарантии для хранения и учета перечисляет Подрядчику аванс в размере 30% суммы контракта в соответствии с постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 20.10.2010 № 1435 «Об организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга и порядке формирования и реализации Адресной инвестиционной программы» (далее — постановление) на основании счета, выставленного Подрядчиком, последующее авансирование выполняемых работ предусматривается после подтверждения Подрядчиком выполнения предусмотренных контрактом работ в объеме произведенного авансового платежа. Сроки погашения аванса установлены постановлением». Извещением о проведении конкурса установлен размер обеспечения исполнения контракта в размере 30% от начальной (максимальной) цены контракта. Таким образом, довод заявителя был признан необоснованным.

НЕПРАВОМЕРНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ ЗАКАЗЧИКОВ ПРИ ПРЕДОСТАВЛЕНИИ БАНКОВСКИХ ГАРАНТИЙ

С учетом императивного характера нормы ч. 2 ст. 45 Закона о КС о содержании банковской гарантии требование Заказчика о предоставлении

с безотзывной банковской гарантией «заверенной надлежащим образом копии лицензии банка, выдавшего безотзывную банковскую гарантию» не предусмотрено положениями Закона о КС. В решении ФАС России от 2 октября 2014 г. по делу № К-1435/14 указано, что вышеназванное требование заказчика нарушает ч. 2 ст. 45 Закона о КС, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 45 Закона о КС банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом;
- обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;
- обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1% денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 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; срок действия банковской гарантии;
- 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;

установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

При этом требование заказчика, установленное в ч. 7 пп. 6.2.7 Конкурсной документации о предоставлении с безотзывной банковской гарантией «заверенной надлежащим образом копии лицензии банка, выдавшего безотзывную банковскую гарантию», не предусмотрено положениями Закона о КС и нарушает ч. 2 ст. 45 Закона о КС.

Кроме того, при рассмотрении жалоб ФАС России выявляет ошибки по установлению в аукционных документах условий о предоставлении обеспечения исполнения контракта в бумажном виде с сопроводительным письмом. Например, как следует из решения ФАС России от 22 мая



2014 г. № К-820/14, установление требования о предоставлении обеспечения исполнения контракта в бумажном виде с сопроводительным письмом не соответствует ч. 9 ст. 60 № 44-ФЗ и нарушает п. 8 ч. 1 ст. 64 № 44-ФЗ. В соответствии с ч. 9 ст. 60 в случае, если Законом о КС предусмотрено направление документов и информации заказчиком участнику электронного аукциона или этим участником заказчику, указанный документооборот осуществляется через электронную площадку, за исключением случая заключения контракта по результатам такого аукциона. Согласно п. 8 ч. 1 ст. 64 Закона о КС, документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать следующую информацию: размер обеспечения исполнения контракта, срок и порядок предоставления указанного обеспечения, требования к обеспечению исполнения контракта. Вместе с тем в п. 15 Информационной карты документации об аукционе установлено следующее требование: «До заключения контракта обеспечение исполнения контракта с сопроводительным письмом предоставляется участником аукциона,

с которым заключается контракт, заказчику по адресу: 127381, г. Москва, ул. Неглинная, д. 23, по рабочим дням с 9.00 до 18.00 (с 9.00 до 16.45 по пятницам) по московскому времени».

СРОК ДЕЙСТВИЯ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ ДОЛЖЕН ПРЕВЫШАТЬ СРОК ДЕЙСТВИЯ КОНТРАКТА НЕ МЕНЕЕ ЧЕМ НА ОДИН МЕСЯЦ

Особое место в практике обжалований занимают жалобы участников закупок на неправомерные сроки действия требуемых заказчиками банковских гарантий. Бытует мнение, что банковская премия за выдачу банковской гарантии напрямую зависит не только от суммы банковской гарантии, но и срока ее действия. Соответственно, из положений закупочной документации должно четко следовать, на какой срок победителям торгов необходимо предоставить обеспечение исполнения контракта в виде банковской гарантии.

В соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 45 Закона о КС банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать срок действия банковской

гарантии с учетом требований ст. 44 и 96 Закона о КС. В соответствии с ч. 3 ст. 96 Закона о КС срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

Например, на заседании комиссии ФАС России установлено, что в п. 15 Раздела 1 «Информация об аукционе в электронной форме» документации об аукционе указано, что срок действия обеспечения исполнения контракта должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

В п. 2.4 разд. 5 «Проект государственного контракта» документации об аукционе заказчиком установлен срок поставки товара, завершения работы, а именно: до 15 декабря 2014 г. Кроме того, в п. 13 «Срок действия контракта» разд. 5 «Проект государственного контракта» документации об аукционе определен срок окончания действия

контракта: «60 дней по истечении срока, указанного в п. 2.4 контракта». Таким образом, довод заявителя о том, что требования, установленные заказчиком в документации об аукционе к обеспечению исполнения контракта, не соответствуют Закону о КС, не нашел своего подтверждения (см. решение ФАС России от 6 октября 2014 г. по делу № К-1446/14).

Аналогичный вывод об отсутствии нарушений Закона о КС в части неустановления заказчиком срока действия банковской гарантии был сделан в решении ФАС России от 4 декабря 2014 г. по делу № К-1790/14. Так, согласно п. 5.1 государственного контракта Конкурсной документации, установлено: «До заключения контракта подрядчик представляет обеспечение на сумму ____ рублей __ копеек (30% от начальной (максимальной) цены Контракта) со сроком действия до 30.01.2016 года».



НЕПРАВОМЕРНОЕ СОДЕРЖАНИЕ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ

В соответствии с ч. 3 ст. 45 Закона о КС 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.

Рассматривая жалобу заявителя о том, что действия заказчика, выразившиеся в отказе от заключения государственного контракта с заявителем, не соответствуют Закону о КС, ФАС России не признала действия заказчика противоречащими законодательству о контрактной системе (см. решение ФАС России от 25 августа 2014 г. по делу № К-1255/14). Согласно протоколу подведения итогов аукциона, заявитель был признан победителем аукциона. Согласно ч. 5 ст. 96 Закона о КС, участник аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, признается уклонившимся от заключения контракта в случае, если такой участник аукциона в электронной форме не предоставил обеспечение исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта. Так, заказчиком на официальном сайте был опубликован протокол об отказе от заключения контракта. Заявитель разместил на сайте оператора электронной площадки проект контракта, а также банковскую гарантию № БГ-677/14 от 31.07.2014, подписанные усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени участника закупки. По условиям п. 15 ч. III «Информационная карта электронного аукциона» документации об аукционе к участникам аукциона предъявлено требование о предоставлении обеспечения исполнения контракта в размере 5% от начальной (максимальной) цены государственного контракта, что составляет 149 972, 23 рубля. Положениями п. 16 части III «Информационная карта электронного аукциона» документации об аукционе предусмотрено 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, в случае предоставления победителем аукциона обеспечения исполнения государственного контракта в виде безотзывной банковской гарантии. На заседании

Комиссии ФАС России установлено, что в банковской гарантии № БГ-677/14 от 31.07.2014, представленной заявителем в качестве обеспечения исполнения контракта, отсутствует «право 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». Таким образом с позиции ФАС России действия заказчика, выразившиеся в отказе от заключения государственного контракта с заявителем на основании ч. 5 ст. 96 Закона о КС, соответствуют законодательству о контрактной системе.

Следует отметить, что Постановление Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. № 1005 устанавливает закрытый перечень документов, представляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, а именно: 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); 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); документ, подтверждающий полномочия единоличного исполнительного органа (или иного уполномоченного лица), подписавшего требование по банковской гарантии (решение об избрании, приказ о назначении, доверенность).

Как следует из решения ФАС России от 1 сентября 2014 г. по делу № К-1281/14 при рассмотрении жалобы установлено, что Заявителем в качестве документа, подтверждающего предоставление обеспечения исполнения контракта, представлена банковская гарантия № 0006840 от 15.08.2014, выданная ОАО «Объединенный Кредитный Банк». На заседании Комиссии ФАС России представитель заказчика пояснил, что при рассмотрении банковской гарантии установлено, что банковская гарантия не соответствует требованиям Постановления от 08.11.2013 № 1005 и п. 7.9. документации об аукционе. Согласно п. 2 банковской гарантии от 15.08.2014 № 006840, предоставленной заявителем, «бенефициар наряду с письменным требованием и документом, содержащим указания на нарушения принципалом обязательств по до-

говору, предоставляет гаранту копии документов, подтверждающих неисполнение/ненадлежащее исполнение принципалом обязательств по договору, копию договора, а также расчет суммы требования». Таким образом, довод заявителя о том, что заказчик неправомерно отказался заключить государственный контракт с заявителем, не нашел своего подтверждения.

В другом случае поставщик также предоставил заказчику банковскую гарантию, не соответствующую по содержанию установленным заказчиком требованиям. П. 26 информационной карты документации об аукционе установлено: «Размер обеспечения исполнения контракта составляет 30% от начальной (максимальной) цены контракта». В соответствии с п. 15.2.7 «Инструкция участникам закупки» банковская гарантия должна быть безотзывной и содержать в том числе установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии. Согласно перечню документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии, утвержденному Постановлением Правительства Российской Федерации от 08.11.2013 № 1005, бенефициар одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии (далее требование по банковской гарантии) направляет гаранту следующие документы:

- 1) 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);
- 2) 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);
- 3) документ, подтверждающий полномочия единоличного исполнительного органа (или иного уполномоченного лица), подписавшего требование по банковской гарантии (решение об избрании, приказ о назначении, доверенность).

Также, согласно Приложению № 3 к Информационной карте, образец банковской гарантии со-

держит указанный перечень документов. Вместе с тем представленная на заседание Комиссии ФАС России представителями заказчика банковская гарантия заявителя не содержит указанных документов. Таким образом, довод заявителя о том, что заказчик неправомерно отказался от заключения государственного контракта, не нашел своего подтверждения (см. решение ФАС России от 29 октября 2014 г. по делу № К-1549/14).

БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ ДОЛЖНА БЫТЬ ЗАРЕГИСТРИРОВАНА В РЕЕСТРЕ БАНКОВСКИХ ГАРАНТИЙ

Нельзя не отметить, что ключевой новацией № 44-ФЗ, обуславливающей правоприменительную практику, является регистрация банковских гарантий в реестре банковских гарантий в порядке, установленном ПП РФ от 08.11.2013 № 1005. При этом, согласно п. 1 ч. 6 ст. 45 № 44-ФЗ, основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является отсутствие информации о банковской гарантии в реестре банковских гарантий. Напомним, что вышеуказанная норма действовала до 31 марта 2014 г.

Рассматривая 6 февраля 2014 г. по делу № К-225/14 жалобу заявителя на неустановление требований в аукционной документации о том, что основанием для отказа в принятии банковской гарантии заказчиком является отсутствие информации о банковской гарантии в реестре банковских гарантий, ФАС России не признала нарушением № 44-ФЗ, так как вышеуказанные положения п. 1 ч. 6 ст. 45 № 44-ФЗ, согласно ч. 1.1 ст. 114 № 44-ФЗ, вступили в силу с 31 марта 2014 г.

Кроме того, как следует из решения ФАС России от 27 октября 2014 г. по делу № К-1534/14, ФАС России не поддержала довод заявителя о том, что копия банковской гарантии ООО «Строймонтаж-14» отсутствует в реестре банковских гарантий на официальном сайте Российской Федерации. На заседании Комиссии ФАС России установлено, что в реестре банковских гарантий на официальном сайте содержится информация о банковской гарантии победителя.

И в заключение хотелось бы обратить особое внимание участников контрактной системы на недопустимость заключения контракта в случае предоставления банковской гарантии, не соответствующей требованиям закупочной документации и закона о КС. Так, в соответствии с решением ФАС России от 11 ноября 2014 г. № К-1617/14 материалы по указанному делу направлены в правоохранительные органы для рассмотрения вопроса о наличии признаков состава преступления в действиях должностных лиц. В соответствии с п. 3.1.2 проекта контрак-

та жизненного цикла на выполнение комплекса работ по проектированию, строительству, последующему техническому обслуживанию объектов наружного освещения в г. Нижний Тагил «Окончание работ: 31 декабря 2042 года». На заседание Комиссии ФАС России представители заказчика показали банковскую гарантию от 31.11.2014 № IGR14/EKBR/0613, выданную победителю на сумму 1 874 649 100,50 рублей сроком действия до 01.02.2018. Следовательно, победитель, предоставив банковскую гарантию, не соответствующую требованиям ч. 3 ст. 96 Закона о контрактной системе, не исполнил требования Закона о контрактной системе и документации об аукционе. Таким образом, заказчик

МКУ «Служба заказчика городского хозяйства», не признав победителя аукциона уклонившимся от заключения контракта, нарушил ч. 13 ст. 70 Закона о контрактной системе, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 7.32 КоАП. В связи с тем, что по итогам проведения аукциона контракт заключен, предписание об устранении нарушений Закона о КС не было выдано, при этом, как было отмечено выше, материалы по делу от 11.11.2013 № К-1617/14 направлены в правоохранительные органы для рассмотрения вопроса о наличии признаков состава преступления в действиях указанных должностных лиц. ■

