

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>**Р Е Ш Е Н И Е**

Именем Российской Федерации

Дело № А40-158119/2012

г. Москва

09 апреля 2013 г.

Резолютивная часть объявлена 02 апреля 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 09 апреля 2013 г.

Арбитражный суд в составе:

Председательствующего Махлаева Т.И.

судьей: единолично

протокол ведет секретарь судебного заседания Копотилова О.В.

рассмотрел в заседании суда заявление ФКУ «Севзапуправтодор»

к ответчику: ФАС России

третьи лица: ООО «Олимп», ООО «Дивный град», ООО «Гидор», ООО «РТС-тендер»

о признании недействительными решений по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г., по

делу № К-1966/12 от 17.10.2012 г., по делу № К-2188/12 от 15.11.2012 г., предписаний

по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г., по делу К-1966/12 от 17.10.2012 г., по делу № К-

2188/12 от 15.11.2012 г.

в заседании приняли участие:

от заявителя – Малинина Н.В., паспорт, дов. от 28.12.2012

от ответчика: Лапина Ю.А. – удост. №7800, дов. №ИА/32326 от 04.10.2012 г.

от третьих лиц – от ООО «Олимп» - не явился, извещен

от ООО «РТС-тендер» - не явился, извещен

от ООО «Дивный град» - не явился, извещен

от ООО «Гидор» - не явился, извещен

УСТАНОВИЛ:

В судебном заседании объявлялся перерыв с 28.03.2013 г. по 02.04.2013 г.

ФКУ «Севзапуправтодор» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением, в котором просит обязать оператора электронной площадки www.rts-tender.ru возобновить размещение заказа путем проведения торгов в форме открытого аукциона на право заключения государственного контракта на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования федерального значения: Лот № 4: автомобильная дорога А-180 "Нарва" Санкт - Петербург - граница с Эстонской Республикой, км 31+440 - км 99+150, Ломоносовский и Волосовский районы; автомобильная дорога А-120 "Санкт - Петербургское южное полукольцо" Кировск - Мга -Гатчина - Большая Ижора, км 0+000 - км 106+400, Ломоносовский, Гатчинский и Тосненский районы; автомобильная дорога Р-23 Санкт - Петербург - Псков - Пустошка -Невель - граница с Республикой Белоруссия, км 31+436 - км 178+878, со старым направлением через г. Луга, за искл. г. Луга , с подъездами к п. Мшинская и д.

Долговка, Гатчинский и Лужский районы, Ленинградская область, обеспечив возможность Заявителю возможность заключить государственный контракт; признать недействительным решение ФАС России по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г.; признать недействительным решение ФАС России по делу № К-1966/12 от 17.10.2012 г.; признать недействительным решение ФАС России по делу № К-2188/12 от 15.11.2012г.; признать недействительным предписание ФАС России по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г.; признать недействительным предписание ФАС России по делу К-1966/12 от 17.10.2012 г.; признать недействительным предписание ФАС России по делу № К-2188/12 от 15.11.2012 г.

В обоснование заявленных требований ФКУ «Севзапуправтодор» ссылаются на следующие обстоятельства.

Согласно п.1 ч.4. ст.41.6 Закона заказчик обязан установить требования к качеству, техническим характеристикам работ, требования к их безопасности, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия выполняемых работ потребностям заказчика. При этом должны быть указаны используемые для определения соответствия эквивалентности предлагаемого к использованию при выполнении работ товара максимальные и (или) минимальные значения показателей эквивалентности и показатели, значения которых не могут изменяться.

Таким образом, по утверждению заявителя, объем установленных требований к характеристикам товара (показателям эквивалентности) соотнесен в первую очередь к потребностям заказчика и иным образом Законом 94-ФЗ не регулируется.

Как указывает ФКУ «Севзапуправтодор», в целях установления требований к товару (показателей эквивалентности), предлагаемому к использованию для выполнения объявленных заказчиком работ, заказчиком было отдельной таблицей размещено Приложение № 1 к документам об аукционах «Требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог», в котором были перечислены все товары, используемые при выполнении работ, требуемых предметом контракта, и требования к качеству, техническим, функциональным характеристикам (потребительским свойствам), к размерам и иные показатели, связанные с определением соответствия товара, используемого при выполнении работ, потребностям заказчика. При этом, в каждом пункте Приложения №1 для каждого материала (товара) Заявителем указаны конкретные показатели со ссылками на конкретные пункты ГОСТов, ОДМ, иных нормативных документов. Например, асфальтобетонная смесь (асфальтобетон) плотная, мелкозернистая тип А марки I должна по физико-механическим свойствам соответствовать ГОСТ 9128-2009, СНИП 3.06.03-85 (столбец 4 Приложения № 1 к документации), при этом в столбце 3 подлежат указанию участником размещения заказа конкретные показатели п. 1.1. - п. 1.10 физико-механических свойств предлагаемого к использованию материала, а именно: температура смеси при отгрузке, температура смеси при укладке, пористость минеральной части, остаточная пористость, водонасыщение по объему, пределы прочности при сжатии, сдвигоустойчивость, трещиностойкость, водостойкость, однородность смеси, в соответствии с указанными ГОСТом и СНИПом.

По утверждению заявителя, Заказчик правомерно установил требования к конкретным показателям товара, указав в приложении № 1 к документации об аукционе наименование товара и ссылку на соответствующий ГОСТ, ОДМ, СНИП, в которых, в свою очередь, содержатся конкретные требования к материалам, допустимым диапазонам различных физических показателей материалов.

Приложение № 1 содержит инструкцию по заполнению заявки и обращает внимание участника размещения заказа на необходимость соблюдения при оформлении ряда требований и положений, а именно: «Максимальные и (или) минимальные

значения показателей качества, технических характеристик товаров, их безопасности указаны в требованиях к товарам (приложение №1 к документации об открытом аукционе в электронной форме (столбец 3), в соответствующих указанных в документации об аукционе нормативных документах (ГОСТ, ОДМ, письмах, рекомендациях и т.д.). Конкретные показатели товаров, используемых участником размещения заказа, указываются по номенклатуре, характеристикам и требованиям, отраженным в требованиях к товарам (столбец 3), в соответствующих указанных в документации об аукционе нормативных документах (ГОСТ, ОДМ, письмах, рекомендациях и т.д.)».

Помимо отсылочных к ГОСТ, ОДМ, СНИП, иных нормативных актов, требований к материалам (товару), Приложение № 1 к документации об аукционе в ряде пунктов содержит требования с конкретными значениями. Так, в столбце 4 приложения № 1 к документации об аукционе указано, что световозвращающая пленка для изготовления дорожных знаков должна быть не ниже типа «Б» (пункт 13.1). Таблицей 5.2 ГОСТ Р 52290-2004 «Технические средства организации дорожного движения. Знаки дорожные. Общие технические требования» предусмотрено три типа пленки : «А», «Б», «В», каждому типу пленки присущи соответствующие коэффициенты световозвращения при разных углах освещения. Таким образом, очевидно, что участник размещения заказа может выбрать пленку типа «Б» или «В», так как и тот и другой тип пленки соответствует требованиям Заявителя, и указать ее в сведениях о конкретных показателях товара.

Аналогично сформулированы и требования Заказчика к марке по прочности щебня из изверженных и метаморфических основных горных пород: «не ниже 800» (изложены в столбце 4 (пункт 9.2) приложения № 1 к документации об аукционе. В соответствии с подпунктом 4.4.2 пункта 4 ГОСТ 8267-93 «Щебень и гравий из плотных горных пород для строительных работ. Технические условия» существует 7 марок щебня по прочности, при этом требованиям Заказчика соответствует щебень с маркой по прочности не ниже 800, в том числе щебень с марками «800», «1000», «1200». Участнику размещения заказа надлежало определить, щебень с какой маркой будет использоваться именно им при выполнении работ.

По утверждению заявителя, ФАС России не учтены при принятии оспариваемых решений требования статьи 704 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой подрядные работы по государственному контракту выполняются иждивением подрядчика из его материалов, его силами и средствами. В проекте государственного контракта указано, что качество выполняемых работ (в том числе все поставляемые Подрядчиком для выполнения работ материалы) должны соответствовать требованиям ГОСТов и подтверждаться соответствующими документами о качестве материалов, должны пройти входной лабораторный контроль. Указанные требования к материалам, используемым при содержании автомобильных дорог общего пользования, обусловлены требованиями Федерального закона «О безопасности дорожного движения» от 10.12.1995 №196-ФЗ, устанавливающего обязанность по обеспечению соответствия состояния дорог при их содержании установленным техническим регламентам и другим нормативным документам. Учитывая вышеизложенное, именно участнику размещения заказа надлежит определиться с выбором конкретного показателя того или иного материала (товара), и указать такой показатель в своей заявке на участие в аукционе, для чего Заявителем и были сформулированы требования таким образом, чтобы обеспечить участнику размещения заказа альтернативу исходя из имеющихся у него производственных возможностей.

ООО «Дивный Град» (участник размещения заказа, не допущенный к участию в аукционе), не указал конкретные показатели к материалам (товару), как того требовала документация об аукционе.

Также в документации об аукционе (столбец 4, пункт 10.17 приложения № 1 к документации об аукционе) сформулированы требования Заявителя к марке герметика, а именно: марка герметика должна быть не ниже Г35. ООО «Дивный град» в своей заявке указало марку герметика Г25. Такое несоответствие предложенного участником размещения заказа показателя используемого материала в соответствии с требованиями п. 4 ч. 1 ст. 12 Закона о размещении заказов является бесспорным основанием для отказа участнику размещения заказа в допуске к участию в аукционе, что не было учтено членами комиссии ФАС России по контролю в сфере размещения заказов при принятии оспариваемых решений.

Заявитель также указывает на то, что пунктом 15.4 проекта государственного контракта предусмотрено право Заказчика в одностороннем порядке отказаться от исполнения обязательств по Контрактам в случаях: а) в случае задержки Подрядчиком начала выполнения работ по содержанию Объекта более чем на одни сутки от момента начала срока выполнения работ по содержанию Объекта, указанного в п.4.2. Контракта, по причинам, не зависящим от Заказчика; б) в иных случаях предусмотренных гражданским законодательством РФ. Возможность одностороннего отказа Заказчика от исполнения государственного контракта прямо предусмотрена ст. ст. 450, 717 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Таким образом, по утверждению заявителя, положения части 8 статьи 9 Закона не исключают возможности одностороннего отказа от исполнения государственного контракта, когда такой отказ допускается законом, в данном случае ГК РФ. В связи с чем считаю, что условия проектов государственных контрактов о возможности его одностороннего отказа от исполнения государственных контрактов со стороны Заказчика в полной мере соответствуют требованиям ГК РФ, не нарушают требований части 8 статьи 9 Закона.

Заявитель также указывает на то, что на основании того, что Заказчик в документации об аукционе установил требования к конкретным показателям товаров, используемых при выполнении работ без указания товарных знаков, требования к составу первой части заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме были установлены в частях 1, 2 пункта 1.3.1 документации об аукционе следующим образом: «1.3. Заявка должна состоять из двух частей. 1.3.1. Первая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме должна содержать указанные в одном из следующих подпунктов сведения: 1. Согласие участника размещения заказа на выполнение работ, соответствующих требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме, на условиях, предусмотренных документацией об открытом аукционе в электронной форме; 2. Конкретные показатели используемого товара, соответствующие значениям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого для использования товара при условии отсутствия в документации об открытом аукционе в электронной форме указания на товарный знак используемого товара (сведения представляются по форме, установленной приложениями №1 к документам об открытых аукционах в электронной форме)».

Обжалуемые предписания ФАС России содержат следующее указание: «Единой комиссии рассмотреть первые части заявок, поданных участниками размещения заказа, в том числе Заявителем (ООО «Дивный град»), в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о размещении заказов, в том числе не учитывать требования, установленные Заказчиком в приложении 1 к документации об Аукционе «требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог» о необходимости предоставления участником размещения заказа в составе заявки на участие в Аукционе конкретных показателей материалов (товаров)

применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог»

Однако требованиями законодательства Российской Федерации о размещении заказов, а именно требованиями подп. «б» п. 3 ч. 4 ст. 41.8 Закона 94-ФЗ, воспроизведенными Заявителем в ч. 2 подп. 1.3.1 п. 1.3 документации об аукционе, предусмотрена обязанность участника размещения заказа указать в первой части заявки на участие в аукционе конкретные показатели используемого товара, соответствующие значениям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого для использования товара.

При этом обжалуемые предписания не содержат требования к Заявителю не учитывать подп. 1.3.1 п. 1.3 документации об аукционе, а обязывают не учитывать только требования Приложения № 1 к документации об аукционе.

Таким образом, по утверждению Учреждения, обжалуемые предписания ФАС России вынесены с неустраняемыми противоречиями и не могут быть исполнены Заявителем.

Заявитель должен включить в проект контракта сведения о товарном знаке и (или) конкретные показатели товара, указанные в заявке на участие в открытом аукционе такого участника.

Обжалуемые предписания ФАС России обязывают Заявителя допустить к участию в аукционе ООО «Дивный град», первая часть заявки которого, как указывалось выше, не содержит конкретные показатели товара и, более того, содержит марку герметика, не соответствующую требованиям документации об аукционе и не допустимую по требованиям безопасности дорожного движения.

Как указывает заявитель, при таких обстоятельствах государственный контракт не может и не должен быть заключен с указанным участником размещения заказа.

Кроме того, по состоянию на день подачи настоящего заявления государственный контракт на выполнение работ содержанию автомобильных дорог общего пользования федерального значения: Лот № 4: автомобильная дорога А-180 "Нарва" Санкт - Петербург - граница с Эстонской Республикой, км 31+440 - км 99+150, Ломоносовский и Волосовский районы; автомобильная дорога А-120 "Санкт - Петербургское южное полукольцо" Кировск - Мга - Гатчина - Большая Ижора, км 0+000 - км 106+400, Ломоносовский, Гатчинский и Тосненский районы; автомобильная дорога Р-23 Санкт - Петербург - Псков - Пустошка - Невель - граница с Республикой Белоруссия, км 31+436 - км 178+878, со старым направлением через г. Луга, за искл. г. Луга, с подъездами к п. Мшинская и д. Долговка, Гатчинский и Лужский районы, Ленинградская область, не заключен, и возможность заключения контракта объективно отсутствует, что является прямым нарушением права и законного интереса Заказчика на выполнение возложенных на последнего уставом (пункт 3.1) функций по реализации на территории Российской Федерации государственной дорожной политики; удовлетворению потребностей населения, экономики, государства в автомобильных перевозках и созданию необходимых условий для реализации конституционных прав граждан на свободу перемещения; обеспечению безопасного и бесперебойного движения транспортных средств по автомобильным дорогам общего пользования федерального значения, сохранению, а также улучшению их транспортно-эксплуатационного состояния, повышению пропускной способности. Указанные функции осуществляются ФКУ «Севзапуправтодор» в форме размещения государственных заказов с заключением государственных контрактов на выполнение дорожных работ (пункт 3.2.1 устава).

В настоящее время на основании предписания по делу № К-2188/12 от 15.11.2012 заключение государственного контракта оператором электронной площадки www.rts-tender.ru заблокировано.

ФАС России по заявлению возражает, ссылаясь на законность, обоснованность оспариваемых решений и предписаний, отсутствие правовых оснований для удовлетворения требований заявителя.

Представители 3-х лиц, извещенные надлежащим образом о дате, месте, времени проведения судебного разбирательства, в судебное заседание не явились.

Дело рассмотрено в отсутствие представителей 3-х лиц в соответствии со ст.ст. 123, 156 АПК РФ.

Выслушав представителей заявителя и ответчика, рассмотрев материалы дела, арбитражный суд установил, что заявленные требования, с учетом уточнений, не подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии со ст.198 АПК РФ, граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно ч.1 ст.65 АПК РФ, каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующие орган или должностное лицо.

Согласно постановления Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 №94 «О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд», Положения «О ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков», утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 № 292, антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим контроль в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

В силу действия п. 1 Приказа ФАС России от 26.01.2011 № 30 «Об утверждении Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы», территориальный орган ФАС России осуществляет функции по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа), рекламы, а также по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд (за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу).

Судом установлено, что оспариваемые решения и предписания ФАС России вынесены в пределах предоставленных полномочий.

Как следует из материалов дела, 11.09.2012 на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказании услуг (www.zakupki.gov.ru) размещено извещение о проведении Федеральным казенным учреждением «Федеральное управление автомобильных дорог «Северо-Запад» имени Н.В. Смирнова Федерального дорожного агентства» открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования федерального значения: Лот № 4 (номер извещения 0372100041512000171) (далее - Аукцион) с начальной максимальной ценой 1 725 427 055 рублей. На участие в Аукционе было подано 2 заявки от участников размещения заказа.

В ФАС России поступила жалоба участника размещения заказа ООО «Олимп» на действия Заказчика.

По результатам рассмотрения указанной жалобы Комиссия ФАС России признала ее обоснованной в части утверждения документации об Аукционе в электронной форме с нарушениями Закона о размещении заказов, а именно невозможности из нее определить какие именно показатели технических материалов (товаров) определены максимальными и минимальными значениями и какие показатели определены значениями, которые не могут изменяться, и в части условия об одностороннем расторжении контракта Заказчиком (решение и предписание ФАС России от 03.10.2012 по делу № К-1883/12). В действиях Заказчика выявлены нарушения части 8 статьи 9, пункта 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов.

На основании статей 1 и 3 Закона о размещении заказов поставка товаров, выполнение работ и оказание услуг для удовлетворения потребностей Российской Федерации (субъектов Российской Федерации, муниципальных образований), государственных (муниципальных) заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления их функций и полномочий за счёт средств федерального бюджета (бюджетов субъектов Российской Федерации и средств местных бюджетов), осуществляется путём размещения заказов в соответствии с правилами, установленными Законом о размещении заказов.

В силу действия пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о размещении заказов, размещение заказа может осуществляться путём проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме.

Согласно части 1 статьи 41.1 Закона о размещении заказов под открытым аукционом в электронной форме на право заключить контракт понимается открытый аукцион, проведение которого обеспечивается оператором электронной площадки на сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в порядке, установленном настоящей главой.

Пунктом 1 части 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов предусмотрено, что документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать требования к содержанию и составу заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме в соответствии с частями 4 и 6 статьи 41.8 Закона о размещении заказов и инструкцию по ее заполнению.

В соответствии с пунктом 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме наряду с предусмотренными частью 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов сведениями должна содержать требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика. При этом должны быть указаны используемые для определения соответствия потребностям заказчика или эквивалентности предлагаемого к поставке или к использованию при выполнении работ товара максимальные и (или) минимальные значения таких показателей и показатели, значения которых не могут изменяться.

Как следует из материалов аукционной документации, в приложении 1 к документации об Аукционе в электронной форме установлены «требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог». В пункте 1 указанного приложения к документации об Аукционе в электронной форме участнику размещения заказа необходимо указать «конкретные показатели п. 1.1-п. 1.10 физико-механических свойств, предлагаемого к использованию материала в соответствии с п.4-5 ГОСТ 9128-2009. п.4-5 ГОСТ 54401-2011 и СНиП 3.06.03-85 п. 10». Из пунктов 1.1-1.10 указанного приложения к документации об Аукционе в электронной форме невозможно определить какие именно показатели определены максимальными и минимальными значениями и какие показатели определены значениями, которые не могут изменяться, что нарушает пункт 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов.

Комиссия ФАС пришла к выводу, что документация об аукционе в электронной форме не содержит указания на конкретные показатели, которые следовало указать участникам размещения заказа, а именно не установлены используемые для определения соответствия потребностям заказчика показатели и показатели, значения которых не могут изменяться по товарам, указанным в аукционной документации. В документации об аукционе не отражены максимальные и (или) минимальные значения показателей и показатели, значения которых не могут изменяться по товарам, которые используются при выполнении работ, в связи с чем, представление конкретных показателей участниками размещения заказа в составе первых частей заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме было невозможным.

Также в ФАС России поступила жалоба участника размещения заказа ООО «Дивный град» на действия Заказчика.

По результатам рассмотрения указанной жалобы Комиссия ФАС России признала ее обоснованной (решение и предписание ФАС России от 17.10.2012 по делу № К-1966/12). В действиях Заказчика выявлены нарушения пункта 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов, Единой комиссии части 5 статьи 41.9 Закона о размещении заказов.

В соответствии с протоколом рассмотрения первых частей заявок на участие в Аукционе от 03.10.2012 № 0372100041512000171-3 ООО «Дивный град» отказано в допуске к участию в Аукционе, в том числе на основании не указания в заявке марок некоторых товаров (материалов) используемых при выполнении соответствующих работ, а именно: не указана марка щебня фракции из изверженных и метаморфических основных горных пород по прочности; не указана наибольшая крупность зерен гравия и содержание зерен гравия в природной ПГС; не указана марка световозвращающей пленки для изготовления дорожных знаков и диаметр дорожных стоек горячего оцинкования для типа знака.

В соответствии с пунктом 1 части 4 статьи 41.9 Закона о размещении заказов, участник размещения заказа не допускается к участию в открытом аукционе в электронной форме в случае непредставления сведений, предусмотренных частью 4 статьи 41.8 Закона о размещении заказов, или предоставления недостоверных сведений.

Согласно подпункту «б» пункта 3 части 4 статьи 41.8 Закона о размещении заказов первая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме должна содержать, в том числе согласие, предусмотренное пунктом 2 части 4 статьи 41.8 Закона о размещении заказов, а также конкретные показатели используемого товара, соответствующие значениям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого для использования товара при условии отсутствия в документации об открытом аукционе в электронной форме указания на товарный знак используемого товара.

Согласно пункту 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме наряду с предусмотренными частью 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов сведениями должна содержать требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика. При этом должны быть указаны используемые для определения соответствия потребностям заказчика или эквивалентности предлагаемого к поставке или к использованию при выполнении работ товара максимальные и (или) минимальные значения таких показателей и показатели, значения которых не могут изменяться.

Из представленных материалов аукционной документации следует, что в приложении 1 к документации об Аукционе установлены «требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог». В пункте 1 указанного приложения к документации об Аукционе участнику размещения заказа необходимо указать: конкретные показатели п.9.1-п.9.23 физико-механических свойств, предлагаемого к использованию материала в соответствии с п.4 ГОСТ 8736-93, п.4 ГОСТ 8267-93, п.1 ГОСТ 23735-79; конкретные показатели п.13.1-п.13.7 свойств, предлагаемого к использованию материала в соответствии с п.5-6 ГОСТ 52290-2004.

В пунктах 9.1-9.23, 13.1-13.7 к документации об Аукционе установлены «требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог» (далее - Требование). Однако, часть пунктов Требования (пример пункт 9.1 Требования - зерновой состав, %, по массе) не содержит максимальные и минимальные значения, по которым необходимо представить конкретные показатели характеристик материалов (товаров), применяемых при выполнении работ (оказание услуг). По таким пунктам в Требовании есть лишь указание на ГОСТы, при этом не указано, какими конкретно ГОСТами и пунктами в этих ГОСТах необходимо руководствоваться для представления конкретных показателей по пунктам Требования в составе первой части заявки на участие в Аукционе.

Комиссия ФАС пришла к выводу, что Заказчиком в документации об Аукционе в нарушение пункта 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов не установлены показатели для определения соответствия товара, используемого при выполнении работ, потребностям Заказчика.

В связи с тем, что Заказчиком надлежащим образом не установлены в документации об Аукционе показатели для определения соответствия товара, используемого при выполнении работ, потребностям Заказчика, Комиссия считает, что действия Единой комиссии, принявшей решение об отказе Заявителю в допуске к участию в Аукционе, нарушают часть 5 статьи 41.9 Закона о размещении заказов.

В ФАС России поступила жалоба участника размещения заказа ООО «Дивный град» на действия Заказчика.

По результатам рассмотрения указанной жалобы Комиссия ФАС России признала ее обоснованной (решение и предписание ФАС России от 15.11.2012 по делу № К-2188/12). В действиях Заказчика выявлены нарушения части 9 статьи 17 Закона о размещении заказов.

В соответствии с пунктом 1 части 9 статьи 17 Закона о размещении заказов при выявлении в результате проведения плановых и внеплановых проверок, а также в результате рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации или оператора электронной площадки либо конкурсной, аукционной или котировочной комиссии нарушений указанными в части 1 статьи 17 Закона о размещении заказов лицами законодательства Российской Федерации и (или) иных нормативных правовых актов Российской

Федерации о размещении заказов уполномоченные на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти, орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления вправе выдать заказчику, уполномоченному органу, специализированной организации, оператору электронной площадки, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, в результате действий (бездействия) которых были нарушены права и законные интересы участников размещения заказа, обязательные для исполнения предписания об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством Российской Федерации, в том числе об аннулировании торгов.

17.10.2012 Комиссия рассмотрела жалобу Заявителя на действия Единой комиссии, выразившиеся в необоснованном отказе Заявителю в допуске к участию в Аукционе, на основании чего вынесла решение и предписание по делу от 17.10.2012 № К-1966/12 (далее - Решение, Предписание)

Согласно Решению Комиссия признала отказ Заявителю в допуске к участию в Аукционе на основании неуказания в первой части заявки на участие в Аукционе конкретных показателей соответствующих товаров (материалов) неправомерным, в связи с тем, что из положений документации об Аукционе не возможно определить какие именно показатели определены максимальными и минимальными значениями и какие показатели определены значениями, которые не могут изменяться.

Согласно пункту 4 Предписания Единой комиссии предписано рассмотреть первые части заявок, поданных участниками размещения заказа, в том числе Заявителем, в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о размещении заказов и с учетом решения от 17.10.2012 по делу № К-1966/12, в том числе не учитывать требования, установленные Заказчиком в приложении 1 к документации об Аукционе «требования к техническим характеристикам материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог» о необходимости предоставления участником размещения заказа в составе заявки на участие в Аукционе конкретных показателей материалов (товаров) применяемых по выполнению работ (оказание услуг) по содержанию автомобильных дорог. Также, Заказчику, Единой комиссии, Оператору электронной площадки предписано осуществить дальнейшее проведение процедуры размещения заказа в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о размещении заказов и с учетом решения от 17.10.2012 по делу № К-1966/12 (пункт 5 Предписания). Дата окончания срока исполнения Предписания - 31.10.2012.

Однако, согласно протоколу рассмотрения первых частей заявок от 07.11.2012 № 301-Э Заявителю отказано в допуске к участию в Аукционе на основании не указания в первой части заявки на участие в Аукционе конкретных показателей предлагаемых к использованию материалов при проведении соответствующих работ, в том числе: не представлены конкретные показатели по марке прочности щебня, не указан тип световозвращающей пленки.

Следовательно, Единой комиссией, в нарушение Предписания, Заявитель повторно не допущен к участию в Аукционе на основаниях, аналогичных изложенным в материалах дела от 17.10.2012 по делу № К-1966/12.

Таким образом, Единой комиссией не исполнено предписание по делу от 17.10.2012 № К-1966/12, что нарушает часть 9 статьи 17 Закона о размещении заказов.

В соответствии с частью 8 статьи 9 Закона о размещении заказов расторжение контракта допускается исключительно по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

Согласно пункту 15.4 проекта контракта документации об Аукционе в электронной форме «заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения обязательств по Контракту в следующих случаях: в случае задержки Подрядчиком начала выполнения работ по содержанию

Объекта более чем на одни сутки от момента начала срока выполнения работ по содержанию Объекта, указанного в п.4.2. Контракта, по причинам, не зависящим от Заказчика; в иных случаях предусмотренных гражданским законодательством РФ. При этом обязательства по настоящему Контракту считаются прекращенными с момента получения Подрядчиком уведомления Заказчика.

Таким образом, положения проекта контракта свидетельствуют о наличии возможности внесудебного порядка расторжения заказчиком контракта при отсутствии на то согласия поставщика (подрядчика, исполнителя).

Довод Заявителя о том, что указанный пункт проекта контракта документации об Аукционе основан на нормах гражданского права, не принимается судом по следующим основаниям.

Пунктом 1 статьи 2 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) предусмотрено, что гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Согласно пункту 2 статьи 3 ГК РФ, иные федеральные законы, регулирующие гражданские отношения, принимаются в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

Пункт 1 статьи 527 ГК РФ указывает, что государственный или муниципальный контракт заключается на основе заказа на поставку товаров для государственных или муниципальных нужд, размещаемого в порядке, предусмотренном законодательством о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

В соответствии со ст. 765 ГК РФ, основания и порядок заключения государственного или муниципального контракта на выполнение работ для государственных и муниципальных нужд определяются в соответствии с положениями статьи 527 ГК РФ.

Согласно части 1 статьи 1 Закона о размещении заказов регулирует отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказания услуг для государственных и муниципальных нужд. При это частью 4 статьи 9 Закона о размещении заказов предусмотрено, что заказ признается размещенным со дня заключения такого контракта.

Таким образом, при принятии решения о законности действий по размещению заказа для государственных и муниципальных нужд, необходимо руководствоваться положениями специального закона - Закона о размещении заказов, так как на данный факт указывают положения Гражданского кодекса Российской Федерации, исключая из сферы действия Гражданского кодекса Российской Федерации вопросы правомерности размещения заказа.

Заявитель в подтверждение своей позиции ссылается на нормы статьи 450 ГК РФ, регулирующие вопросы исполнения договоров. Согласно пункту 3 указанной статьи договор считается соответственно расторгнутым, в случае если односторонний отказ от исполнения договора полностью или частично допускается законом или соглашением сторон.

Таким образом, довод Заявителя о необходимости применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации к отношениям по утверждению документации о торгах, в том числе проекта контракта, не может быть признан правомерным, так как регулирует вопросы прекращения уже существующих в рамках контракта отношений между заказчиком и поставщиком (подрядчиком), при том, что

проект контракта не подписан заказчиком и участником размещения заказа, а по смыслу пункта 3 статьи 450 ГК РФ соглашение сторон должно быть выражено путем подписания соответствующего документа или обмена письмами.

При этом, учитывая тот факт, что положения пункта 3 статьи 450 ГК РФ допускают, в том числе возможность одностороннего отказа от заключения контракта в случае, если это предусмотрено соглашением сторон, не установление в действиях заказчика при утверждении документации о торгах нарушения части 8 статьи 9 Закона о размещении заказов, регулирующего вопросы размещения заказа для государственных и муниципальных нужд, может привести к злоупотреблениям со стороны заказчика, выраженных в действиях по необоснованному отказу поставщику в исполнении государственного контракта, нарушению законных прав и интересов поставщиков, неэффективному использованию бюджетных средств.

Кроме того, нормы части 8 статьи 9 Закона о размещении заказов связаны с положениями статьи 19 Закона о размещении заказов, устанавливающими механизм привлечения к ответственности недобросовестных поставщиков путем их включения в реестр недобросовестных поставщиков.

Таким образом, в случае отказа заказчика в одностороннем порядке от исполнения контракта, связи с существенным нарушением поставщиком (подрядчиком, исполнителем) условий исполнения контракта у контролирующего органа отсутствует право установления факта недобросовестности исполнения государственного или муниципального контракта поставщиком и включения сведений о нем в реестр.

Таким образом, включение Заказчиком в проект контракта указанного условия является нарушением части 8 статьи 9 Закона о размещении заказов.

В соответствии с абзацем 1 статьи 13 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) ненормативный акт, не соответствующий закону или иным правовым актам и нарушающий гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина, может быть признан судом недействительным.

В совместном постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.96 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», в частности в абзаце втором пункта 1 установлено, что если суд установит, что оспариваемый акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со статьей 13 ГК РФ он может признать такой акт недействительным.

Таким образом, для признания недействительными обжалуемых Заявителем актов ФАС России необходимо наличие двух обязательных условий, а именно: несоответствие их закону и наличие нарушения прав заявителя.

Обязанность Заявителя доказать нарушение своих прав вытекает из части 1 статьи 4, части 1 статьи 65, части 1 статьи 198 и части 2 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).

Доказательств несоответствия оспариваемых решений и предписаний ФАС России в материалах дела не имеется и заявителем не представлено.

Заявителем также не указано, какое именно его право было нарушено оспариваемыми актами ФАС России, и какое право Заявителя подлежит восстановлению.

Судом в судебном заседании установлено, что оспариваемые акты ФАС России не создает Заявителю препятствий для осуществления экономической деятельности, в том числе по размещению заказов.

Судом рассмотрены все доводы заявителя, однако они не могут служить основанием для удовлетворения заявленных требований.

При принятии настоящего решения, суд также учитывает тот факт, что 16.01.2013 между Федеральным казенным учреждением «Федеральное управление автомобильных дорог «Северо-Запад» имени Н.В. Смирнова Федерального дорожного агентства» и ООО «ГИДОР» заключен государственный контракт по твердой цене контракта в размере 1 673 664 243,32 рубля. При указанных обстоятельствах, избранный заявителем способ защиты не приводит к восстановлению его субъективных прав, а материальный интерес заявителя к принятому решению ФАС России имеет абстрактный характер, так как отсутствует неопределенность в сфере правовых интересов истца, устранение которой возможно в случае удовлетворения заявленных требований, поскольку в настоящее время предписание исполнено, а как следует из правового смысла части 1 статьи 4 АПК РФ обращение с иском в суд должно иметь своей целью восстановление нарушенных прав.

При указанных обстоятельствах, у суда отсутствуют правовые основания для удовлетворения иска в части оспаривания решений и предписаний Федеральной антимонопольной службы России по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г., по делу №К-1966/12 от 17.10.2012 г., по делу № К-2188/12 от 15.11.2012 г.

В своем заявлении ФКУ «Севзапуправтодор» просит также обязать оператора электронной площадки www.rts-tender.ru возобновить размещение заказа путем проведения торгов в форме открытого аукциона на право заключения государственного контракта на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования федерального значения: Лот № 4: автомобильная дорога А-180 "Нарва" Санкт - Петербург - граница с Эстонской Республикой, км 31+440 - км 99+150, Ломоносовский и Волосовский районы; автомобильная дорога А-120 "Санкт - Петербургское южное полукольцо" Кировск - Мга -Гатчина - Большая Ижора, км 0+000 - км 106+400, Ломоносовский, Гатчинский и Тосненский районы; автомобильная дорога Р-23 Санкт - Петербург - Псков - Пустошка -Невель - граница с Республикой Белоруссия, км 31+436 - км 178+878, со старым направлением через г. Луга, за искл. г. Луга , с подъездами к п. Мшинская и д. Долговка, Гатчинский и Лужский районы, Ленинградская область, обеспечив возможность Заявителю возможность заключить государственный контракт.

Данное требование неподведомственно арбитражному суду в силу действия ст.ст. 27-29 АПК РФ. В компетенцию арбитражного суда не входит обязанность оператора электронной площадки возобновить размещение заказа.

Расходы по госпошлине возлагаются на заявителя, в соответствии со ст. 110 АПК РФ.

На основании ст.ст. 8, 12, 13 Гражданского кодекса РФ, ст. 41.1, 41.6, 41.9 ФЗ от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», и руководствуясь ст.ст. 4, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 167-170, 176, 198 АПК РФ, суд

РЕШИЛ:

Отказать ФКУ «Севзапуправтодор» в удовлетворении заявления о признании недействительными решений и предписаний Федеральной антимонопольной службы России по делу № К-1883/12 от 03.10.2012 г., по делу №К-1966/12 от 17.10.2012 г., по делу № К-2188/12 от 15.11.2012 г.

В части обязанности ответчика возобновить размещение заказа путем проведения торгов, обеспечив заявителю возможность заключить государственный контракт – производство по делу прекратить.

Проверено на соответствие положениям Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Решение может быть обжаловано в месячный срок в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

Т.И.Махлаева