

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17
<http://www.msk.arbitr.ru>

Именем Российской Федерации

Р Е Ш Е Н И Е

г. Москва

Дело № А40-145161/2012

«20» марта 2013 г.

Резолютивная часть решения объявлена 18 марта 2013 года

Полный текст решения изготовлен 20 марта 2013 года

Арбитражный суд города Москвы в составе:

Судьи – Блинниковой И.А. (120-1461)

протокол ведет помощник судьи Сулиева Д.В.

Рассмотрев в открытом судебном заседании

дело по иску (заявлению) ЗАО "Корпорация Транснефтепродукт"

ответчик: ФАС России

третьи лица: 1. ООО КБ "Еврокапитал-Альянс" 2. ООО "ПрофИнвест"

о признании незаконным решения от 17.10.2012 г. по делу № Р-101/12
с участием:

от истца (заявителя): Котова С.Н. дов. от 13.02.2013 г. № 17

от ответчика: Лапина Ю.А. дов. от 04.10.2012 г. № ИА/32326

третьи лица: 1) неявка, 2) неявка

УСТАНОВИЛ:

ЗАО "Корпорация Транснефтепродукт" обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы России от 17.10.2012 г. по делу № Р-101/12 о включении ЗАО "Корпорация Транснефтепродукт" в реестр недобросовестных поставщиков в связи с уклонением от заключения контракта сроком на два года.

В обоснование заявленных требований заявитель указывает, что при вынесении решения ФАС России ограничился формальной констатацией ненадлежащего исполнения заявителем нормативных требований, относящихся к обеспечению исполнения контракта без выяснения и оценки всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи, в связи с чем решение не соответствует Федеральному закону от 21.07.2005г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» и нарушает права и законные интересы заявителя, поскольку основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков является только такое уклонение лица от заключения контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им умышленных действий (бездействия) в противоречие требованиям Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ. Вместе с тем, со стороны заявителя отсутствуют признаки недобросовестности, а также вина общества.

В судебном заседании заявитель требования поддержал в полном объеме по основаниям, изложенным в заявлении.

Ответчик представил отзыв и копии материалов дела о нарушении законодательства в сфере размещения заказов, против удовлетворения требований

заявителя возражал по основаниям, изложенным в отзыве, ссылаясь на законность и обоснованность вынесенного решения.

Третьи лица не воспользовались предоставленными им АПК РФ процессуальными правами, отзыв или иную письменную позицию по делу не представили, извещенные надлежащим образом о дате, месте и времени проведения судебного разбирательства, в судебное заседание не явилось, в связи с чем дело рассмотрено судом в порядке ст.ст.123 и 156 АПК РФ в отсутствие третьих лиц.

Рассмотрев материалы дела, выслушав доводы представителей явившихся в судебное заседание сторон, оценив относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности на основании ст.71 АПК РФ, арбитражный суд установил, что требования заявителей заявлены необоснованно и не подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

Как усматривается из материалов дела, ФГКУ «Войсковая часть 55056» (Заказчик) представила в ФАС России в соответствии со статьей 19 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» сведения в отношении ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» для включения в Реестр.

Комиссия в результате осуществления проверки факта уклонения от заключения государственного контракта и проведения на основании части 5 статьи 17 Закона о размещении заказов внеплановой проверки установила, что 08.08.2012 Заказчиком на официальном сайте для размещения информации о размещении заказов www.zakupki.gov.ru в сети «Интернет» размещено извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме на поставку топлива печного бытового для государственных нужд в 2012 году (номер извещения 0373100064612001113) (далее - Аукцион).

Начальная (максимальная) цена контракта составляет 4 794 900 рублей.

В соответствии с протоколом подведения итогов Аукциона от 03.09.2012 № 0373100064612001113-2 победителем Аукциона признано ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт».

ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» в порядке, установленном частью 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, направило проект контракта, подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника открытого аукциона, а также подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта в виде банковской гарантии №2113-3/3-2012 от ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» (далее - Банковская гарантия).

Заказчик, в целях подтверждения подлинности Банковской гарантии, направил в ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» запрос от 12.09.2012 № 23/1/4-3358. Согласно полученной информации в письме от 12.09.2012 № 208 от ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» банковская гарантия №2113-3/3-2012 не выдавалась.

Протоколом об отказе от заключения контракта от 14.09.2012 № 0373100064612001113-4 ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» признано Заказчиком уклонившимся от заключения контракта в соответствии с частью 11 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

На основании изложенного, ФАС России пришел к выводу, что ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» в срок, установленный Законом о размещении заказов не направило Оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью Заявителя документ об обеспечении исполнения контракта, ввиду чего Комиссия, руководствуясь статьей 19 и Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 № 292 «Об утверждении Положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков», вынесла решение от 17.10.2012 г. по

делу № Р-101/12 о включении ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» в реестр недобросовестных поставщиков в связи с уклонением от заключения контракта сроком на два года.

Не согласившись с вынесенным решением, ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с настоящим заявлением.

Предусмотренный ч. 4 ст. 198 АПК РФ срок для обращения в арбитражный суд с заявленными требованиями соблюден.

Посчитав вынесенное решение не соответствующим действующему законодательству, а также нарушающим права и законные интересы заявителя, последний обратился в Арбитражный суд г. Москвы с настоящим заявлением.

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, незаконных 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.

В соответствии со ст. 13 ГК РФ, п. 6 Постановления Пленума ВС и Пленума ВАС РФ от 01.07.1996г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта недействительным, является, одновременно как несоответствие его закону или иному нормативно-правовому акту, так и нарушение указанным актом гражданских прав и охраняемых интересов граждан или юридических лиц, обратившихся в суд с соответствующим требованием.

Таким образом, в круг обстоятельств подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействий) госорганов входит проверка соответствия оспариваемых актов закону или иному нормативно-правовому акту и проверка факта нарушения оспариваемыми актами прав и законных интересов Российской Федерации, а также неопределенного круга лиц.

Удовлетворяя заявленные требования, суд исходил из следующего.

Согласно Постановлению 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», 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 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).

Таким образом, оспариваемые в рамках настоящего дела действия и акты органа государственной власти осуществлены и вынесены им в пределах законной компетенции.

В соответствии с ч. 2 ст. 19 Закона о размещении заказов в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения государственного или муниципального контракта, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми государственные или муниципальные контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими государственных или муниципальных контрактов.

Реестр недобросовестных поставщиков является специальной мерой ответственности, установленной законодателем в целях надлежащего исполнения лицом принятых на себя в рамках процедуры размещения государственного или муниципального заказа обязательств. При этом, как следует из нормы п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона о размещении заказов, одним из последствий такого включения (в качестве санкции за допущенное нарушение) может являться ограничение прав лица на участие в течение установленного срока в конкурсах по размещению государственного и муниципального заказа.

При конкретных обстоятельствах такое соотношение степени недобросовестности участника, то есть нарушения условий государственного контракта, расторгнутого в связи с этим судом, и последствий, которые наступили по их результатам, не позволяют прийти к выводу о том, что ограничение гражданских прав Заявителя вследствие включения его в реестр последствий, возникших из его действий, не соответствующих требованиям Закона о размещении заказов и гражданского законодательства.

Согласно ч.4 ст.41.12 Закона о размещении заказов в течение пяти дней со дня получения проекта контракта участник открытого аукциона в электронной форме направляет оператору электронной площадки проект контракта, подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника открытого аукциона, а также подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта в случае, если заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта или предусмотренный ч.4.1. ст. 41.12 Закона о размещении заказов.

Заказчиком в соответствии с требованиями части 2 статьи 41.12 Закона о размещении заказов направлен Оператору электронной площадки проект контракта, прилагаемый к документации об Аукционе, без подписи Заказчика. Оператором электронной площадки в соответствии с частью 3 статьи 41.12 Закона о размещении заказов направлен проект контракта без электронной цифровой подписи лица, имеющего право действовать от имени Заказчика, участнику размещения заказа, с которым заключается контракт - ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт».

Федеральная антимонопольная служба Письмом от 17 марта 2011 года № АК/9281 «О разъяснении норм федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд в части обеспечения исполнения государственного контракта» дает следующие разъяснения:

В соответствии с п. 15.2 ч. 15 ст. 22, п. 9 ч. 4 ст. 34 и и. 11 ч. 3 ст. 41.6 Закона о размещении заказов документация о торгах должна содержать размер обеспечения исполнения государственного или муниципального контракта, срок и порядок его предоставления в случае, если заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта.

Заказчик, в качестве обеспечения исполнения государственного контракта, может принимать безотзывную банковскую гарантию, выданной банком или иной кредитной организацией, договор поручительства или денежные средства, переданные Заказчику в залог, в том числе в форме вклада (депозита), в размере обеспечения исполнения контракта.

Таким образом, принимать простой вексель, в качестве обеспечения исполнения государственного контракта, неправомерно.

При этом в соответствии с ч. 4 ст. 29, ч. 4 ст. 38 и ч. 19 ст. 41.12 Закона о размещении заказа (в ред. Федерального закона от 27.07.2010 N 240-ФЗ) в случае, если заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта, контракт заключается только после предоставления участником размещения заказа, с которым заключается контракт, безотзывной банковской гарантии, выданной банком или иной кредитной организацией, договора поручительства или передачи заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита), в размере обеспечения исполнения контракта, предусмотренном конкурсной документацией, документацией об аукционе или документацией об открытом аукционе в электронной форме соответственно.

На основании изложенного ФАС России указывает, что в соответствии с частью 1 статьи 29, частью 1 статьи 38 и частью 11 статьи 41.12 Закона о размещении заказов участник размещения заказа, с которым заключается государственный или муниципальный контракт, признается уклонившемся от заключения государственного или муниципального контракта в случае непредоставления безотзывной банковской гарантии, выданной банком или иной кредитной организацией, договора поручительства или передачи заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита), в размере обеспечения исполнения контракта, предусмотренном документацией о торгах.

Также ФАС России обращает внимание, что, в случае, если договор поручительства составлен лицом, несоответствующим требованиям, установленным положениями Закона о размещении заказов, такое обеспечение исполнения государственного или муниципального контракта является ненадлежащим и считается не предоставленным.

Пункт 28.4. ст.65 закона о размещении заказа определяет что, при установлении государственным или муниципальным заказчиком требования обеспечения исполнения контракта размер такого обеспечения должен составлять от десяти до тридцати процентов начальной (максимальной) цены контракта. В случае, если государственным или муниципальным контрактом предусмотрена выплата аванса, размер обеспечения исполнения контракта, определенный настоящей частью, увеличивается на размер аванса.

Заказчиком в документации об Аукционе установлено требование об обеспечении исполнения контракта в размере 479 490,00 рублей.

ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» в соответствии с требованиями части 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов направлены Оператору электронной площадки подписанные электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени Заявителя, проект контракта, а также документ об обеспечении исполнения контракта.

На заседании Комиссии ФАС России установлено, что ЗАО «Корпорация Транснефтепродукт» в составе указанного документа об обеспечении исполнения контракта направлена Оператору электронной площадки банковская гарантия № 2113-3/3-2012 от ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» (далее - Банковская гарантия).

Заказчик в целях подтверждения подлинности Банковской гарантии направил в ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» запрос от 12.09.2012 № 23/1/4-3358.

Согласно полученной информации в письме от ООО КБ «Еврокапитал-Альянс» от 12.09.2012 № 208 банковская гарантия № 2113-3/3-2012 не выдавалась.

На основании изложенного, ответчиком правомерно установлено, что заявитель не принял необходимые и достаточные меры для проверки достоверности, представленной посредником банковской гарантии, и, предъявив этот документ в качестве обеспечения обязательств по контракту, не выполнило требование части 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

Представленная суду Банковская гарантия № БГ 50918-1822-2012 от 10.09.2012 г. судом рассмотрена и признается ненадлежащей, поскольку содержащееся в п. 1 положение об отсутствии ответственности гаранта за не возврат принципалом

авансовых платежей бенефициару противоречит положениям гражданского законодательства о банковской гарантии как способе обеспечения исполнения обязательства.

Кроме того, банковская гарантия выдан 10.09.2012 г., а оплата за предоставление банковской гарантии произведена только 19.09.2012 г., что также ставит под сомнение действительность банковской гарантии.

Таким образом, заявитель уклонился от заключения государственного контракта путем непредставления в установленный срок надлежащего обеспечения по нему и не предпринял всех от него зависящих мер по представлению действительной банковской гарантии (определение ВАС РФ от 20.11.2012 № ВАС-15767/12).

В силу статей 309 и 310 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с его условиями и требованиями закона, одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом.

В соответствии со статьей 401 Гражданского кодекса Российской Федерации лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Факт непредставления заявителем в установленном порядке предусмотренных Законом о размещении заказов документов в отношении поручителя подтвержден.

Обстоятельств, действий третьих лиц создающих фактические препятствия заявителю для реализации требований Закона о размещении заказов не имелось. Анализ положений Закона о размещении заказов позволяет сделать вывод, что включение сведений о лице в РНП по существу является санкцией за недобросовестное поведение данного лица, выразившееся в уклонении от заключения контракта. Применение данной специальной меры ответственности обусловлено установлением вины в действиях лица, сведения о котором подлежат включению в РНП. Из материалов дела следует, что заявитель имел возможность исполнить предусмотренные статьей 41.12 Закона о размещении заказов положения по заключению контракта, уважительных причин, препятствующих соблюдению данных положений, им не приведено, Комиссией ФАС России не установлено.

Доводы Заявителя об отсутствии его вины в уклонении от заключения государственного контракта документально не подтверждены, так как доказательств невозможности соблюдения заявителем положений действующего законодательства по причинам, не зависящим от него, не представлено.

Заявитель, направив ненадлежащие документы об обеспечении государственного контракта в форме банковской гарантии, своими действиями исключил возможность заключения государственного контракта по результатам проведенного Аукциона, следовательно, от его заключения уклонился.

Поскольку уклонение от заключения контракта в виде представления ненадлежащей банковской гарантии явилось следствием поведения заявителя и обусловлено субъективными причинами: небрежностью заявителя при подготовке и подаче документов для заключения государственного контракта, ФАС России правомерно пришел к выводу о включении заявителя в реестр недобросовестных поставщиков.

Согласно ч. 3 ст. 201 АПК РФ, арбитражный суд, установив, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, соответствует закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и

законные интересы заявителя, принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Судом рассмотрены все доводы заявителя, однако, они не могут служить основанием к удовлетворению заявленных требований.

Расходы по уплате госпошлины распределяются в соответствии со ст. 110 АПК РФ и относятся на заявителя.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст. 64, 65, 71, 75, 110, 123, 156, 167 -170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ,

РЕШИЛ:

Проверив на соответствие Федеральному закону №94-ФЗ от 21.07.2005 «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», заявление закрытого акционерного общества "Корпорация Транснефтепродукт» о признании недействительными решения Федеральной антимонопольной службы России от 17.10.2012 г. по делу № Р-101/12 о включении ЗАО "Корпорация Транснефтепродукт» в реестр недобросовестных поставщиков оставить без удовлетворения.

Решение может быть обжаловано в течение месяца со дня его принятия в Арбитражный суд апелляционной инстанции.

Судья

И.А.Блинникова