

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

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

Именем Российской Федерации
РЕШЕНИЕ

г. Москва
21 марта 2013 года

Дело № А40-12/2013

Резолютивная часть решения объявлена 18 марта 2013 года
Полный текст решения изготовлен 21 марта 2013 года

Арбитражный суд города Москвы в составе:
председательствующего- судьи Корогодова И.В. (139-1),
при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Козловой Н.М.,
рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению
ЗАО "Энергетик"
к ФАС России, УФАС по Ростовской области
Третьи лица: ГБУ РО «Ростоблгазификация», ЗАО «Сбербанк-АСТ»
о признании незаконным решения от 19.11.2012г. № 91/03
в заседании приняли участие:
от заявителя – Исмаилов Р.А., дов. от 14.12.2012 г. б/н
от ответчиков:
ФАС России - Жукова Е.С., дов. от 21.02.2012 г. № ИА/5050
УФАС по Ростовской области – не явился, извещен
от третьих лиц – не явились, извещены

УСТАНОВИЛ:

С учетом уточнения заявленных требований ЗАО "Энергетик" обратилось в Арбитражный суд г.Москвы с заявлением к ФАС России, УФАС по Ростовской области о признании незаконным решения УФАС по Ростовской области от 19.11.2012 г. № 91/03 о внесении сведений в Реестр недобросовестных поставщиков.

Заявление мотивировано тем, что представленные ЗАО "Энергетик" доказательства в полной мере подтверждают факт непреднамеренного уклонения от заключения договора по итогам открытого аукциона в электронной форме ГБУ РО «Ростоблгазификация».

Представитель ответчика - ФАС России возражал против удовлетворения заявленных требований, указав, что оспариваемое решение вынесено УФАС по Ростовской области, территориальным органом антимонопольной службы.

Ответчик - УФАС по Ростовской области, третьи лица, извещенные надлежащим образом, в судебное заседание не явились. В представленном отзыве ГБУ РО «Ростоблгазификация» просило рассмотреть дело в его отсутствие. Суд рассматривает дело в порядке ст. ст. 123, 156 АПК РФ.

В представленном отзыве УФАС по Ростовской области возражало против удовлетворения заявленных требований, указав, что банковская банковская гарантия

ЗАО «Энергетик» не соответствовала требованиям ч.11 ст.41.12 Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»; Комиссия Ростовского УФАС России пришла к выводу, что ООО «Энергетик» не проявило той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства, и не приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

Третье лицо - ГБУ РО «Ростоблгазификация» возражало против удовлетворения заявленных требований, указав в отзыве, что направленная в адрес заказчика банковская гарантия не соответствовала требованиям ч. 11 ст. 41.12 Закона о размещении заказов.

Изучив материалы дела, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, проверив все доводы заявления и отзыва на него, суд считает заявленные требования не подлежащими удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии с ч.1 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) органов, осуществляющих публичные полномочия, 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.

Срок для обращения в суд, предусмотренный ч.4 ст.198 АПК РФ, заявителем не пропущен.

Как следует из материалов дела, 13.09.2012 г. на электронной площадке <http://www.sberbank-ast.ru> ГБУ РО «Ростоблгазификация» опубликовано извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме № 0358200039712000041 «На выполнение работ по проведению энергетического обследования объектов газоснабжения (газификации) с составлением энергетического паспорта и разработкой мероприятий по повышению энергетической эффективности объектов, расположенных в г. Волгодонске, г. Гуково, г. Донецке, г. Зверево, г. Каменск-Шахтинский, Каменском районе, г. Новочеркасске, г. Сальске, г. Семикаракорске, г. Шахты, Азовском, Аксайском, Багаевском, Боковском, Верхнедонском, Веселовском, Волгодонском, Дубовском, Егорлыкском, Зерноградском, Кагальницком, Константиновском, Куйбышевском, Мартыновском, Матвеево-Курганском, Мясниковском, Неклиновском, Обливском, Октябрьском, Пролетарском, Родионово-Несветайском, Сальском, Семикаракорском, Советском, Тацинском, Усть-Донецком, Чертковском, Шолоховском, Целинском, Зимовниковском районах», согласно которому начальная (максимальная) цена контракта составляет 4 331 585,92 рублей.

Согласно Протоколу подведения итогов аукциона №035820003971200004173 от 12.10.2012 г. победителем признан ЗАО «Энергетик».

Согласно ч.8.1 Документации об аукционе заказчика, государственный контракт (договор) заключается с Победителем (участником) аукциона только после предоставления Заказчику обеспечения исполнения контракта (договора). Обеспечением исполнения государственного контракта (договора) может быть предоставлено в форме безотзывной банковской гарантии, или передачи Заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита), в размере обеспечения исполнения контракта (договора), указанном в документации об аукционе.

ЗАО «Энергетик» в качестве обеспечения исполнения контракта представило банковскую гарантию, выданную Акционерным Коммерческим Банком развития предприятий пассажирского транспорта г. Москвы ОАО «Мострансбанк» № 11/5131/12

от 16.10.2012 г. Согласно банковской гарантии Победителя, данная гарантия действует до 31 декабря 2012 г. включительно.

В п.8.1.2 Документации об аукционе Заказчика указано, что срок действия банковской гарантии должен устанавливаться с учетом предусмотренного соответствующим контрактом (договором) срока выполнения работ, поставки товаров, оказания услуг и на 1 (один) месяц покрывать такой срок.

Согласно Извещения о проведении открытого аукциона в электронной форме №0358200039712000041, срок исполнения договора - 31 декабря 2012 г. Таким образом, срок действия банковской гарантии должен истекать 31 января 2013 г.

Согласно п.8.1.2 Документации об аукционе Заказчика, в случае, если обеспечение исполнения контракта (договора) предоставляется в виде банковской гарантии, банковская гарантия должна соответствовать требованиям установленным законодательством Российской Федерации. Обязательным приложением к банковской гарантии является заверенная копия лицензии банка, иного кредитного учреждения, выдавших банковскую гарантию, на право осуществления данного вида деятельности.

ЗАО «Энергетик» к банковской гарантии ОАО «Мострансбанк» не приложена заверенная копия лицензии на право осуществления данного вида деятельности.

Решением Комиссии УФАС по Ростовской области от 19.11.2012 г. сведения об ЗАО "Энергетик" внесены в Реестр недобросовестных поставщиков.

Не согласившись с вынесенным решением, заявитель обратился в Арбитражный суд г. Москвы с указанными выше требованиями.

Порядок включения лиц в реестр недобросовестных поставщиков регулируется статьей 19 Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ. В соответствии с частью 2 приведенной статьи 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.

Исходя из положений этой нормы, реестр недобросовестных поставщиков с одной стороны является специальной мерой ответственности, установленной законодателем в целях обеспечения исполнения лицом принятых на себя в рамках процедуры размещения государственного или муниципального заказа обязательств. (пункт 2 части 2 статьи 11 Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ).

В соответствии с пунктом 3 Положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 № 292 ведение реестра, в том числе включение и исключение из реестра сведений о недобросовестных поставщиках (исполнителях, подрядчиках), осуществляется уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти в соответствии с полномочиями в установленной сфере деятельности.

Согласно постановлению Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 № 94 Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим контроль в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд.

Согласно ч. 8 ст. 19 Закона о размещении заказов, а также п. 12 Положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков в случае поступления сведений об уклонении участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта и отсутствия документов, свидетельствующих об отказе

участника размещения заказа от заключения контракта, в течение десяти рабочих дней уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти осуществляет проверку факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта.

В соответствии с пунктом 1 Приказа Федеральной антимонопольной службы от 27.08.2007 N 267 "О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного контракта, осуществления внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках" проверка проводится антимонопольным органом в случае непредставления заказчиками сведений об уклонении участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта и отсутствии документов, свидетельствующих о таком отказе.

В соответствии с ч. 19 ст. 41.12 Закона о размещении заказов в случае, если заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта, контракт заключается только после предоставления участником открытого аукциона в электронной форме, 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, установленном документацией об открытом аукционе в электронной форме. Способ обеспечения исполнения контракта из указанных в настоящей части способов определяется таким участником открытого аукциона в электронной форме самостоятельно.

Согласно п.8.1.2 Документации об аукционе Заказчика, в случае, если обеспечение исполнения контракта (договора) предоставляется в виде банковской гарантии, банковская гарантия должна соответствовать требованиям установленным законодательством Российской Федерации. Обязательным приложением к банковской гарантии является заверенная копия лицензии банка, иного кредитного учреждения, выдавших банковскую гарантию, на право осуществления данного вида деятельности.

ЗАО «Энергетик» к банковской гарантии ОАО «Мострансбанк» не было приложено заверенной копии лицензии на право осуществления данного вида деятельности.

В соответствии с ч. 11 ст. 41.12 Закона о размещении заказов участник открытого аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, признается уклонившимся от заключения контракта в случае, если такой участник открытого аукциона в срок, предусмотренный частями 4, 4.4. и 4.6 настоящей статьи, не направил оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника размещения заказа, проект контракта или протокол разногласий в случаях, предусмотренных настоящей статьей, а также подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта при условии, что заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта.

Согласно ч. 2 ст. 19 Закона о размещении заказа 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.

Доводы заявителя, являющиеся, по его мнению, основанием для признания оспариваемого решения незаконным, не нашли подтверждения в ходе судебного разбирательства.

В соответствии с положениями ст. 401 ГК РФ лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по

характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства, а также, 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.

Прикрепление к контракту «ошибочной» банковской гарантии должностным лицом заявителя указывает на вину в форме неосторожности, то есть в поведении лица отсутствует должная внимательность и осмотрительность, какая требовалась от него в силу своих обязательств.

Устанавливая недобросовестность участника размещения заказа, антимонопольный орган исходит из положений ст. 2 ГК РФ, устанавливающей, что предпринимательская деятельность осуществляется субъектом на свой страх и риск и он несет последствия совершения или несовершения им отдельных действий рамках предоставленных ему гражданских прав. При этом антимонопольный орган также оценивает и соотносит степень таких действий участника с их последствиями в рамках конкретной процедуры размещения заказа.

Учитывая изложенное, суд приходит к выводу о том, что оспариваемый ненормативный акт вынесен с соблюдением норм процессуального и материального права.

Суд также отмечает, в соответствии со ст. 13 ГК РФ, п. 6 Постановления Пленума ВС РФ 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.

Согласно ст. 65 АПК РФ заявитель должен доказать, каким образом оспариваемое решение нарушает его права и законные интересы, а также в защиту и на восстановление каких прав предъявлены заявлены указанные требования.

Однако в данном случае доказательств нарушения прав и законных интересов ЗАО "Энергетик" в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности не представлено.

При указанных обстоятельствах требования заявителя удовлетворению не подлежат ввиду отсутствия оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 201 АПК РФ.

На основании ст. 19 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд", руководствуясь ст.ст. 29, 75, 167-170, 198-201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

Согласно ч. 3 ст. 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 110, 167-170, 176, 197-201 АПК РФ, суд

РЕШИЛ:

В удовлетворении требований ЗАО "Энергетик" о признании недействительным решения УФАС по Ростовской области от 19.11.2012 г. № 91/03 о внесении сведений в Реестр недобросовестных поставщиков, обязании ФАС России аннулировать запись №

РНП.1111579-12 от 28.11.2012 г. в реестре недобросовестных поставщиков отказать (проверено на соответствие Федеральному закону от 21.07.2005г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»).

Решение может быть обжаловано в течение месяца со дня принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья

И.В. Корогодов