

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

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

ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
РЕШЕНИЕ

Дело № А40-116823/12  
146-60

г. Москва

**05 декабря 2012 г.**

Резолютивная часть объявлена 28 ноября 2012 г.

Решение изготовлено в полном объеме 05 декабря 2012 г.

**Арбитражный суд г. Москвы в составе:**

**Судьи А.Н. Рогова**

**протокол ведет секретарь судебного заседания Набиева Х.М.**

**рассмотрел в заседании суда дело по заявлению ООО «ДСК»**

к Федеральная антимонопольная служба России

заявление о признании незаконным решения ФАС России по делу №К-1135/12 о признании жалобы ООО «ДСК» на действия государственного заказчика необоснованной

при участии: от заявителя: Калинина М.В. (доверенность от 19.09.12г., паспорт);

Васильева Ю.А. – дов. №б/н. от 30.11.2012 г.

от заинтересованного лица: Лапина Ю.А. (доверенность от 04.10.12г. №ИА/32326, удостоверение).

**УСТАНОВИЛ:**

ООО «ДСК» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением, в котором просит признать незаконными решение Федеральной антимонопольной службы от 15.06.2012 г. № К-1135/12 о нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов.

В обоснование заявленных требований ООО «ДСК» ссылается на то, что истец после признания его победителем аукциона добросовестно и в срок исполнил все обязанности, предусмотренные п.4 ст.41.12 Закона, а именно в пятидневный срок со дня получения проекта контракта в электронной форме, направил оператору электронной площадки и проект контракта, и документ об обеспечении исполнения контракта, подписанные ЭЦП Истца.

При этом Заявителем в соответствии с требованием аукционной документации Заказчику был представлен договор поручительства № 2662/3 от 30 мая 2012 года, заключенный с ООО «Платинум», который обеспечивал исполнение контрактов в размере 493 276 847 рублей 40 копеек. Договор поручительства обеспечивал полное либо частичное неисполнение Заявителем обязательств по контракту, обязательства по выплате неустойки, обязательства по возмещению убытков. Согласно данным бухгалтерской отчетности поручителя за 2010 год с отметкой Инспекции ФПС России №10 по городу Москве о принятии соответствующих документов, а также копии бухгалтерской отчетности поручителя за 2011 год с отметкой ИФНС №16 по городу Москве о принятии соответствующих документов, поручитель полностью соответствовал требованиям Закона № 94-ФЗ.

Таким образом, по мнению заявителя, у Заказчика не было законных оснований полагать, что Заявитель не представил обеспечение исполнения государственного контракта и тем самым уклоняется от заключения выгодного для себя контракта.

Однако комиссия ФАС России не провела надлежащую проверку представленных на заседании комиссии по рассмотрению дела № К - 1135/12 сведений и необоснованно отказала Заявителю в удовлетворении жалобы, фактически признав его уклонившимся от заключения контракта. В обоснование своего решения комиссия ФАС ссылается на данные Письма ИФНС № 16 по г. Москве от 07.06.2012 № 20-14/18573. Однако в письме ИФНС №16 №20-14/18573 не содержится информации о показателях, которые в отношении поручителя требует Закон № 94-ФЗ.

Таким образом, как указывает истец, приведенное в оспариваемом решении обстоятельство, на основании которого Ответчиком принято оспариваемое решение, не соответствует действительности, что лишает Ответчика права на признание Истца уклонившимся от подписания государственного контракта и, как следствие, право на внесение в РНП, поскольку п.2 ст.19 Закона предусматривает только два основания для включения сведений об участнике размещения заказа в РНП, в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Оспариваемыми решением и предписанием ФАС России от 15.05.2012 г. по делу № К-1135/12 нарушено право заявителя как законного победителя аукциона заключить государственный контракт с государственным заказчиком и приступить к его исполнению, последствием чего является неполучение законной прибыли от осуществляемой нами хозяйственной деятельности.

Ответчик возражает против удовлетворения требований заявителя, ссылаясь на законность, обоснованность оспариваемого акта, отсутствие правовых оснований для удовлетворения требований заявителя.

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

В соответствии с пунктом 1 постановления Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 № 94 ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим контроль 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, осуществляемых Федеральной службой по оборонному заказу в соответствии с указом Президента Российской Федерации.

В соответствии с приказом ФАС России от 14.11.2007 № 379 создана Комиссия по контролю в сфере размещения заказов (далее - Комиссия ФАС России). На комиссию ФАС России возложены обязанности по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

Согласно положениям, содержащимся в статье 17 и главе 8 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» (далее - Закон о размещении заказов) на федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов, возложена обязанность по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для федеральных нужд.

Порядок рассмотрения дел о нарушении законодательства о размещении заказов установлен статьей 17 и главой 8 Закона о размещении заказов.

В соответствии с частью 6 статьи 60 Закона о размещении заказов, по результатам рассмотрения жалобы федеральный орган исполнительной власти, принимают решение о выдаче предписаний, предусмотренных частью 9 статьи 17 Закона о размещении заказов, о совершении иных действий, предусмотренных статьей 17 Закона о размещении заказов или о признании жалобы участника размещения заказа необоснованной.

В соответствии с пунктом 1 части 9 статьи 17 Закона о размещении заказов при выявлении в результате рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика, либо конкурсной, аукционной или котировочной комиссии нарушений, федеральный орган исполнительной власти, вправе выдать заказчику, уполномоченному органу, специализированной организации, 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.

В соответствии с абзацем 2 части 3.35 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, утвержденного Приказом ФАС России от 14.11.2007 № 379 в случае выявления нарушений, которые не повлияли на результаты торгов, комиссия вправе не выдавать предписание об устранении выявленных нарушений.

Из материалов дела следует, что 07.03.2012 Заказчиком на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) (далее -Официальный сайт) размещено извещение о проведении Федеральным казенным учреждением «Межрегиональная дирекция по дорожному строительству в Дальневосточном регионе России Федерального дорожного агентства» (далее -Заказчик) открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на выполнение работ по реконструкции автомобильной дороги М-60 «Усури» от Хабаровска до Владивостока км 681,4 -км 687,7, Приморский край (номер извещения 0322100024512000025) (далее -Аукцион) с начальной максимальной ценой 1 644 260 000 рублей.

Согласно протоколу подведения итогов Аукциона от 03.05.2012 №0322100024512000025-3 единой комиссией признаны соответствующими требованиям документации об Аукционе и законодательства Российской Федерации о размещении заказов заявки на участие в Аукционе трех участников Аукциона, и победителем Аукциона признан участник размещения заказа победителем Аукциона признано ЗАО «Тихоокеанская мостостроительная компания» с ценой контракта 1 545 600 788,52 рублей.

В соответствии с протоколом об отказе от заключения контракта от 28.05.2012 №0322100024512000025-4 ЗАО «Тихоокеанская мостостроительная компания» признано уклонившимся от заключения государственного контракта.

На основании части 13 статьи 41.12 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» (далее - Закон о размещении заказов) Заказчик направил проект государственного контракта участнику размещения заказа, предложение о цене контракта которого содержит лучшие условия по цене контракта,

следующие после предложенных победителем открытого аукциона условий, то есть ООО «ДСК».

В соответствии с протоколом об отказе от заключения контракта от 08.06.2012 №0322100024512000025-5 ООО «ДСК» признано уклонившимся от заключения государственного контракта.

В соответствии с частью 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов участник открытого аукциона в электронной форме в течение пяти дней со дня получения проекта контракта 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.

Как следует из материалов аукционной документации, Заказчиком в пункте 13 «Размер обеспечения исполнения государственного контракта, срок и порядок его предоставления» документации об Аукционе установлено требование об обеспечении исполнения контракта в виде 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 30 % от начальной (максимальной) цены контракта (493 276 847 рублей 40 копеек).

Заявителем, в сроки, предусмотренные частью 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов направлен 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.

Заявителем в качестве обеспечения исполнения контракта представлен договор поручительства от 30.05.2012 № 2662/3 с размером обеспечения равным 493 276 847,40 рублей, поручителем по которому выступает ООО «Платинум». Также Заявителем, в соответствие с требованиями части 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, одновременно с договором поручительства представлены копии бухгалтерской отчетности поручителя.

В соответствии с частью 11 статьи 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 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, не направил оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника размещения заказа, подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта при условии, что заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта.

Согласно протоколу отказа от заключения государственного контракта по результатам открытого аукциона в электронной форме от 07.06.2012 №0322100024512000025/2 ООО «ДСК» признано уклонившимся от заключения государственного контракта по следующим основаниям.

Как указано в протоколе, реальные данные отчетности не соответствуют требованиям пункта 20 ст. 41.12 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». ООО «ДСК» не исполнило требования

аукционной документации, не предоставило надлежащего обеспечения исполнения государственного контракта.

Представителем Заказчика на заседании Комиссии представлено письмо инспекции Федеральной налоговой службы № 16 по городу Москве (исх. № 20-14/18573 от 07.06.2012), выданное на запрос Заказчика о достоверности копий бухгалтерской отчетности ООО «Платинум», представленной Заявителем наряду с договором поручительства. Согласно данному письму показатели бухгалтерской отчетности, направленной Вами не соответствуют показателям бухгалтерской отчетности, зарегистрированной в информационном ресурсе инспекции.

Частями 20, 21, 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов установлены требования к поручителям, перечень предоставляемых вместе с договором поручительства документов и порядок их оформления.

Требования, установленные частями 20, 21, 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, относятся к обеспечению исполнения контракта, подтверждают подлинность и достоверность предоставленного обеспечения и направлены на защиту интересов заказчика от недобросовестных поставщиков.

В силу части 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов в случае, если обеспечением исполнения контракта является договор поручительства, контракт может быть заключен только после предоставления участником открытого аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, одновременно с договором поручительства соответствующих копий бухгалтерских отчетностей поручителя, представленных в налоговый орган в установленном порядке, а также документов в отношении поручителя, указанных в пунктах 3 и 5 части 2 статьи 41.3 Закона о размещении заказов и подтверждающих его полномочия.

В случае непредставления в сроки, установленные Законом о размещении заказов, участником аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, одновременно с подписанными электронной цифровой подписью проектом государственного контракта и договором поручительства документов, предусмотренных частью 21 статьи 41.12, заключение контракта исключается (определение ВАС РФ от 17.09.2012 № ВАС-11731/12).

Таким образом, в случае выбора участником аукциона такого способа обеспечения как поручительство, участник аукциона обязан одновременно передать оператору электронной площадки подписанный цифровой подписью проект контракта, подписанный электронной цифровой подписью договор поручительства с приложенными к нему документами бухгалтерской отчетностью поручителя, учредительными документами и документами, подтверждающими полномочия руководителя организации – поручителя.

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 (постановление 9ААС от 28.09.2011 по делу № А40-30266/11-2-176).

Поскольку Заявитель выбрал способ обеспечения исполнения контракта в виде договора поручительства, то Заявитель обязан был представить все документы, перечисленные в части 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов (данный перечень является исчерпывающим).

Заявитель в целях соблюдения установленных заказчиком требований представило договор поручительства, приложив к нему копии недостоверной бухгалтерской отчетности поручителя ООО «Платинум», в связи с чем суд соглашается с выводами Комиссия ФАС России, изложенными в оспариваемом решении о том, что данные документы не соответствуют требованиям, предъявляемым к поручителю и установленные частью 20 статьи 41.12 Закона о размещении заказов. Следовательно, Заявителем документально не подтверждена действительность договора поручительства.

Не подписание контракта выразилось в том, что победитель не направил вместе с договором поручительства документы, соответствующие частям 19-22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

Таким образом. Заявитель, направив документ об обеспечении государственного контракта в форме договора поручительства, в то время как поручитель требованиям Закона о размещении заказов не соответствовал, своими действиями исключил возможность заключения государственного контракта по результатам проведения аукциона, следовательно, от его заключения уклонился.

В настоящем случае Заявителем не были предприняты все необходимые и разумные меры с целью заключения государственного контракта, в поведении общества присутствуют признаки недобросовестности.

С учетом изложенного, заявитель документально не подтвердил несоответствие оспариваемого решения положениям Федерального закона №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», в связи с чем, у суда отсутствуют правовые основания для удовлетворения требований заявителя.

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

На основании ст.ст. 8, 12, 13 Гражданского кодекса РФ, и руководствуясь ст.ст. 4, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 167-170, 176, 198 АПК РФ, суд

#### РЕШИЛ:

В удовлетворении требований ООО «ДСК» о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы от 15.06.2012 г. № К-1135/12 о нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов – отказать.

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 течение месяца со дня принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья

А.Н. Рогов