

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

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

**ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
РЕШЕНИЕ**

г. Москва
21 ноября 2012 г.

Дело № А40-109345/12
153-1119

Резолютивная часть объявлена 14 ноября 2012 г.
Решение изготовлено в полном объеме 21 ноября 2012 г.

Арбитражный суд в составе:

судьи Кастальской М.Н.

при ведении протокола судебного заседания секретарем Сергеевой М.С.

рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению ООО «Спецстоймонолит-1»

к Федеральная антимонопольная служба России

третьи лица: Федеральное казенное учреждение «Управление автомобильной магистрали Москва – Санкт-Петербург Федерального дорожного агентства»

Государственное унитарное предприятие «Агентство по государственному заказу, Инвестиционной деятельности межрегиональным связям Республики Татарстан»

о признании незаконным решения ФАС России от 01.08.2012 г. №К-1484/12 в первой части признать незаконным

в заседании приняли участие:

от заявителя: Овчинникова М.В. – дов. №08/8/121 от 27.06.2012 г.

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

от 3-х лиц – не явились, извещены

УСТАНОВИЛ:

ООО «Спецстоймонолит-1» обратилось в арбитражный суд г. Москвы с заявлением, в котором просит признать недействительным решение Федеральной антимонопольной службы от 01.08.2012 г. №К-1484/12 в первой части (признание жалобы ООО «Спецстоймонолит-1» необоснованной).

В обоснование заявленных требований ООО «Спецстоймонолит-1» ссылается на следующие обстоятельства. ООО «ССМ-1» подало жалобу в Федеральную антимонопольную службу России на неправомерные действия государственного заказчика - Федерального казенного учреждения «Управление автомобильной магистрали Москва - Санкт-Петербург Федерального дорожного агентства» и оператора электронных торгов Государственного унитарного предприятия «Агентство

по государственному заказу, инвестиционной деятельности и межрегиональным связям Республики Татарстан», совершенные при размещении государственного заказа на выполнение работ по капитальному ремонту автомобильной дороги М-9 «Балтия» - от Москвы через Волоколамск до границы с Латвийской Республикой (на Ригу) на участке км 321+000 - км 342+000 в Тверской области (номер аукциона 336100012512000040). Решением ФАС России от 01.08.2012 по делу № К-1484/12 жалоба ООО «ССМ-1» была признана необоснованной. По утверждению заявителя, Решение ФАС России от 01.08.2012 по делу № К-1484/12 в части признания жалобы ООО «ССМ-1» необоснованной является незаконным и необоснованным, нарушающим права и интересы Заявителя в сфере предпринимательской деятельности по следующим основаниям, поскольку при принятии решения, ФАС России не исследовал и не дал оценку основаниям и водам Заявителя. Пунктом 19.8 государственного контракта установлено, что срок действия государственного контракта является сроком выполнения сторонами всех своих обязательств, ответственно сроку действия государственного контракта установлено и требование по обеспечению подрядчиком исполнения всех обязательств по государственному контракту (пп. 5,1.6,18.2 государственного контракта, п. 13.1 р. 13 аукционной документации). Таким образом, срок предоставляемого подрядчиком обеспечения исполнения обязательств распространяется как на срок выполнения работ, так и на весь гарантийный срок. В соответствии с п. 5.1. государственного контракта, п. 4.3. документации об открытом аукционе в электронной форме: «Начало работ: с момента заключения государственного контракта. Окончание работ: «30» сентября 2013 года». Длительность производственного цикла выполнения работ составляет менее двух лет. Гарантийный срок на результаты отдельных видов работ составляет 8 лет (п. 10.2 государственного контракта, п. 3.1 аукционной документации). Исполняя требование Заказчика по предоставлению обеспечения, подрядчику необходимо предоставить обеспечение на весь срок действия контракта - примерно на 10 лет (30% от начальной максимальной цены контракта - 297 741 051 руб.). По утверждению заявителя, согласно п. 1 ст. 9 Федерального закона № 94-ФЗ, с учетом длительности производственного цикла выполнения работ (менее двух лет), срок действия настоящего государственного контракта не может быть более трех лет, следовательно и обеспечение должно распространяться на все работы и гарантийные обязательства только в пределах трехгодичного срока действия контракта. Таким образом, как указывает заявитель, Заказчик не правомочен устанавливать требование по предоставлению подрядчиком обеспечения исполнения государственного контракта на весь гарантийный срок. Заявитель также указывает на то, что ФАС России ошибочно ссылается на нормы права, регулирующие вопросы по гарантии качества товаров и дает им оценку, так как Заказчик установил гарантии качества работ, а не гарантии качества нового оборудования/товара, так как предметом государственного контракта является выполнение работ по капитальному ремонту автомобильной дороги. В п. 10.2 государственного контракта, п. 3.1. аукционной документации установил сроки гарантий качества работ: «- земляное полотно - 8 лет, основание дорожной одежды - 6 лет, нижний слой покрытия - 5 лет, верхний слой покрытия - 4 года, водопропускные трубы - 6 лет, регуляционные сооружения - 6 лет, автопавильоны - 8 лет, барьерное ограждение (на оцинкованное покрытие) - 5 лет, дорожные знаки - 7лет, стойки дорожных знаков (на оцинкованное покрытие) - 5 лет, сигнальные столбики - 3 года,

дорожная разметка (термопластиком) - 1 год, дорожная разметка (краской) - 6 месяцев». Таким образом, по утверждению заявителя, участникам размещения заказа предлагаются незаконные условия контракта, так как стоимость обеспечения / банковской гарантии на срок ориентировочно 10 лет влечет несоизмеримые затраты, и банки, в своем большинстве, не предоставляют обеспечение на столь длительный срок. Разница между предоставлением подрядчиком обеспечения исполнения обязательств по государственному контракту в размере 297 741 051 рублей на 10 лет либо предоставлением подрядчиком обеспечения исполнения обязательств по данному контракту на такую же сумму на 3 года является несущественной. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке; установленное Заказчиком требование (обеспечение на весь гарантийный срок) направлено на ограничение количества участников размещения заказа, так как не каждый из них сможет предоставить обеспечение на десятилетний срок; заявитель своей жалобой от 26.07.2012 № 582/07 в ФАС России и настоящим заявлением в арбитражный суд не оспаривает условия, устанавливающие срок гарантийного обязательства, а оспаривает условия аукционной документации, устанавливающие срок действия государственного контракта и, соответственно, срок, на который предоставляется обеспечение выполнения государственного контракта; заявителем не была подана заявка на участие в данном аукционе в связи с тем, что изначально Заявитель хотел получить разъяснение от Заказчика (по обеспечению и сроку действия контракта), и, исходя из разъяснения, строить свое ценовое предложение. Как указывает заявитель, что ФАС России, не оценив полностью обстоятельства, свидетельствующие о наличии сбоя на электронной площадке, ошибочно установил его отсутствие. Участник размещения заказа ООО «ССМ-1» по данному аукциону 24.07.2012 четырежды пытался разместить на электронной площадке запрос Заказчику о разъяснении правомерности условий аукционной документации в части распространения срока обеспечения на гарантийный срок результата работ. При этом первые три раза при отправке запросов система оператора электронных торгов выдала сообщение: «Ошибка сервера в приложении V». Однако при четвертой попытке разместить запрос площадка отобразила информацию, что ООО «ССМ-1» использовало все три возможности, предусмотренные действующим законодательством. Таким образом, площадка засчитала все три первые попытки ООО «ССМ-1» на размещение запроса, иначе не представила бы Заявителю ООО «ССМ-1» именно 24.07.2012 информацию о невозможности размещения запроса по аукциону. Используя три попытки на размещение запроса о разъяснении по настоящему аукциону, в этот же день, 24.07.2012, представителем ООО «ССМ-1» в адрес электронной торговой площадки было отправлено письмо с сообщением о получении ошибки «Ошибка сервера в приложении 7» при попытках разместить запрос, и с просьбой о ее устранении. В ответ на которое, 25.07.2012 (на следующий день), электронная площадка порекомендовала Заявителю разместить запросы с использованием программы АРМ Участника (не веб-часть) в «Реестре запросов на разъяснение аукционной документации», чем ООО «ССМ-1» и пользовалось 25.07.2012. Запрос ООО «ССМ-1» в нарушение действующего законодательства, был размещен на площадке 25.07.2012, хотя программа не должна предоставлять участнику размещения заказа по истечении предусмотренного законом срока, возможность различать запросы (неактивный

режим). Соответственно, 25.07.2012 Заказчик предоставил ответ о невозможности предоставления разъяснений в связи с истечением предусмотренного законом срока. Следовательно, права Заявителя были нарушены оператором электронных торгов в ч. 3 ст. 41.7 Федерального закона N 94-ФЗ. Таким образом, как указывает заявитель, действия, совершенные государственным заказчиком и электронной торговой площадкой, не позволили ООО «ССМ-1» подать заявку на участие в открытом аукционе в электронной форме, что является нарушением ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Ответчик возражает против удовлетворения требований заявителя, ссылаясь на законность, обоснованность оспариваемого решения, 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. Исследовав материалы дела, выслушав объяснения представителей явившихся участников процесса, оценив представленные доказательства, суд признал заявление не подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

Предусмотренный ч. 4 ст. 198 АПК РФ срок для обращения в арбитражный суд заявителем соблюден.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ, при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Как следует из материалов дела, 25.05.2012 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 «Управление автомобильной магистрали Москва - Санкт-Петербург Федерального дорожного агентства» открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на капитальный ремонт автомобильной дороги М-9 «Балтия» - от Москвы через Волоколамск до границы с Латвийской Республикой (на Ригу) на участке км 321+000 км 342+000 в Тверской области (номер извещения 0336100012512000040) (далее - Аукцион) с начальной максимальной ценой 1 ПО 618 219 рублей.

В ФАС России поступила жалоба ООО «Спецстроймонолит-1» на действия Заказчика, ГУП «Агентство по государственному заказу, инвестиционной деятельности и межрегиональным связям Республики Татарстан» (далее - Оператор электронной площадки).

Решением ФАС России от 01.08.2012 по делу № К-1484/12 жалоба Заявителя была признана необоснованной.

В силу действия части 1 статьи 9 Закона о размещении заказов, под государственным или муниципальным контрактом понимается договор, заключенный заказчиком от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд. Под гражданско-правовым договором бюджетного учреждения на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг в целях Закона о размещении заказов понимается договор, заключаемый от имени бюджетного учреждения. Гражданско-правовые договоры бюджетных учреждений заключаются на срок, не превышающий трех лет, за исключением гражданско-правовых договоров бюджетных учреждений, предметом которых является выполнение работ по строительству, реконструкции, реставрации, капитальному ремонту, обслуживанию и (или) эксплуатации объектов капитального строительства, а также образовательных (высшее и среднее профессиональное образование) услуг, научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, которые могут заключаться на срок, превышающий три года, в случае, если длительность производственного цикла выполнения данных работ, услуг составляет более трех лет.

Таким образом, в указанной статье Закона о размещении заказов законодатель выделяет два вида договоров: государственный или муниципальный контракт; гражданско-правовой договор бюджетного учреждения. Вместе с тем, срок действия договора ограничен только для гражданско-правовых договоров бюджетных учреждений.

В силу действия части 2 статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации, государственное или муниципальное учреждение может быть автономным, бюджетным или казенным.

Право заключать гражданско-правовой договор установлено только для бюджетных учреждений.

В данном случае заказчиком является Федеральное казенное учреждение «Управление автомобильной магистрали Москва - Санкт-Петербург Федерального дорожного агентства». Казенным учреждением гражданско-правовые договоры заключаться не могут. По результатам торгов, проводимых таким учреждением, заключается государственный контракт, срок действия которого не ограничен Законом о размещении заказов.

Согласно пункту 11 части 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов, документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать сведения о размере обеспечения исполнения контракта, сроке и порядке его предоставления в случае, если заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта. Размер обеспечения исполнения контракта не может превышать тридцать процентов начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), указанной в извещении о проведении открытого аукциона в электронной форме. Заказчик, уполномоченный орган вправе определить обязательства по контракту, которые должны быть обеспечены, а в случае поставок новых машин и оборудования, начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) на поставки которых составляет пятьдесят миллионов рублей и более, поставок медицинского оборудования обязаны определить такие обязательства (в том числе обязательства о

предоставлении вместе с новыми машинами и оборудованием гарантий производителя и поставщика на товар) и обязательство о предоставлении вместе с товаром обеспечения гарантии поставщика на товара

В соответствии с пунктом 13.1 раздела 13 документации об Аукционе по государственному контракту, который заключается по результатам Аукциона победитель Аукциона предоставляет обеспечение исполнения контракта, которое должно обеспечивать своевременное и надлежащее исполнение всех обязательств победителя Аукциона по заключаемому контракту, включая сроки исполнения контракта в целом и его отдельных этапов, качества выполняемых по контракту работ, неисполнение обязательств по контракту, гарантийные обязательства, а также должно обеспечивать обязательства победителя Аукциона по уплате им штрафных санкций, предусмотренных контрактом, убытков, которые понес Заказчик вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по контракту.

Согласно пункту 13.1 раздела 13 документации об Аукционе в электронной форме, размер обеспечения контракта установлен Заказчиком в размере 30% от начальной максимальной цены контракта, а именно: 297 741 051 рубль.

Таким образом, установление Заказчиком в документации об Аукционе в электронной форме требований о необходимости предоставления участником Аукциона в электронной форме обеспечения контракта, в том числе, на срок предоставления гарантий качества на товары, являющиеся предметом Аукциона в электронной форме, не противоречит Закону о размещении заказов.

В соответствии с частью 3 статьи 41.7 Закона о размещении заказов, любой участник размещения заказа, получивший аккредитацию на электронной площадке, вправе направить на адрес электронной площадки, на которой планируется проведение открытого аукциона в электронной форме, запрос о разъяснении положений документации об открытом аукционе в электронной форме. При этом такой участник размещения заказа вправе направить не более чем три запроса о разъяснении положений документации об открытом аукционе в электронной форме в отношении одного открытого аукциона в электронной форме.

Согласно части 4 статьи 41.7 Закона о размещении заказов, в течение двух дней со дня поступления от оператора электронной площадки указанного в части 3 статьи 41.7 Закона о размещении заказов запроса заказчик, уполномоченный орган, специализированная организация размещают разъяснение положений документации об открытом аукционе в электронной форме с указанием предмета запроса, но без указания участника размещения заказа, от которого поступил запрос, на официальном сайте при условии, что указанный запрос поступил заказчику, в уполномоченный орган не позднее чем за пять дней до дня окончания подачи заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме.

Заявителем не представлены документы, с достоверностью подтверждающие технический сбой на сайте Оператора электронной площадки 24.07.2012, не позволивший Заявителю направить запрос о разъяснении положений документации об Аукционе.

Программно-технический функционал Оператора электронной площадки 24.07.2012 работал в штатном режиме, технические сбои не зафиксированы. В соответствии с руководством пользователя электронной торговой площадки Оператора электронной площадки, в случае возникновения трудностей при работе пользователя

через веб-часть сайта, пользователь имеет возможность использовать консольное приложение (АРМ Поставщик), в том числе, для отправки запросов о разъяснении положений документации об Аукционе в электронной форме.

По запросу о разъяснении положений документации об Аукционе, направленному Заявителем на адрес Оператора электронной площадки 25.07.2012, Заказчиком не размещено разъяснение положений документации об Аукционе в электронной форме с указанием предмета запроса, в связи с истечением срока поступления Заказчику указанного разъяснения положений документации об Аукционе в электронной форме, предусмотренного частью 4 статьи 41.7 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 недействительным обжалуемого Заявителем Решения ФАС России необходимо наличие двух обязательных условий, а именно: несоответствие его 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).

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

В силу действия статьи 4 АПК РФ, за судебной защитой в арбитражный суд может обратиться лицо, чьи права и законные интересы нарушены, а предъявление иска имеет цель восстановления нарушенного права.

В соответствии со статьей 65 АПК РФ, заявитель должен доказать, каким образом оспариваемый акт нарушает его права и законные интересы, а также в защиту и на восстановление каких прав предъявлены требования о признании недействительным оспариваемого Решения ФАС России.

Вместе с тем, Заявитель не представил доказательств фактического нарушения его прав, также Заявитель не доказал, какие его права могут быть восстановлены путем подачи иска о признании Решения ФАС России недействительным.

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

Оспариваемое Решение, не содержит каких либо распоряжений и предписаний в отношении Заявителя, не предполагает совершение Заявителем каких-либо действий, не нарушает его права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, не возлагает на Заявителя каких-либо обязанностей и не

создает иных препятствий для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Кроме того, Предписание ФАС России исполнено в полном объеме и 28.08.2012 по результатам проведенного Аукциона между Федеральным казенным учреждением «Управление автомобильной магистрали Москва - Санкт-Петербург Федерального дорожного агентства» и иным юридическим лицом заключен государственный контракт по твердой цене в размере 1 110 618 219 рублей.

При указанных обстоятельствах, приведение сторон в первоначальное положение невозможно, и, следовательно, избранный истцом способ защиты не приводит к восстановлению его субъективных прав.

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

На основании изложенного и руководствуясь ст.ст. 4, 64, 65, 71, 75, 110, 123, 156, 167 -170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ, суд

РЕШИЛ:

В удовлетворении заявления ООО «Спецстоймонолит-1» к Федеральной антимонопольной службе о признании незаконным решения ФАС России от 01.08.2012 г. №К-1484/12 в первой части отказать в полном объеме.

Решение может быть обжаловано в месячный срок со дня его принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья

М.Н. Кастальская