

**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

г. Москва

Дело № А40-70509/12  
79-671

г.

Резолютивная часть решения объявлена 28 августа 2012 года

Полный текст решения изготовлен \_\_\_\_\_ года

Арбитражный суд в составе судьи Дранко Л. А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Федуловым С.С.

рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению ЗАО "БИОКАД"

к ФАС России

заинтересованное лицо: Министерство промышленности и торговли РФ

о признании недействительным решения от 27.04.2012 № КА-727/12, об обязанности повторно рассмотреть жалобу

при участии представителей :

от заявителя - Секарева Г.Е. дов. № 121 от 13.06.2012 г., от ФАС России Лапина Ю.А.

дов. от 07.10.2011г. № ИА/38026, от заинтересованного лица - Раевская Е.В. дов. от

22.12.2011г. 3 ХВ-14297/14

**УСТАНОВИЛ:**

ЗАО «БИОКАД» (далее Заявитель) обратилась в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы (далее ФАС России) от 27.04.2012 г. по делу № К-727/12 о нарушении законодательства РФ о размещении заказов, которым жалоба ЗАО «БИОКАД» на действия конкурсной комиссии заказчика при проведении конкурса была признана необоснованной.

Кроме того, заявитель просит обязать ФАС России повторно рассмотреть жалобу заявителя от 19.04.2012г.№553.

Заявитель в ходе судебного заседания поддержал заявленные требования в полном объеме по основаниям, изложенным в заявлении.

В частности, заявитель, считая оспариваемое решение формальным, указал, что заявка ЗАО «БИОКАД» в части содержания работ оформлена в соответствии с условиями конкурсной документации, так как содержит описание разработки состава (создания) лекарственного препарата Дарбэпоэтин альфа, а использованное ЗАО «БИОКАД» словосочетание «создание лекарственного средства» вместо «разработка состава лекарственного средства» является тождественным по смыслу и подразумевает совершение идентичных действий.

В связи с чем, по мнению заявителя, оспариваемое решение не соответствует части 2 статьи 12 и части 3 статьи 60 Закона о размещении заказов.

Представитель ФАС России представил письменный отзыв, материалы дела № К-727/12, возражал против удовлетворения требований заявителя по основаниям, изложенным в отзыве.

Третьим лицом Министерством промышленности и торговли РФ (далее также Заказчик) представлен отзыв на заявление, согласно которому заказчик считает требования заявителя не подлежащими удовлетворению.

В судебном заседании представитель Министерства промышленности и торговли РФ выступил в поддержку позиции антимонопольного органа.

Рассмотрев материалы дела, заслушав объяснения лиц, участвующих в деле, оценив относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности на основании ст.71 АПК РФ, суд оставляет заявленные требования без удовлетворения по следующим основаниям.

Согласно ст.198 АПК РФ организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение 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.

Таким образом, процессуальный закон устанавливает наличие одновременно двух обстоятельств, а именно, не соответствие оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту и нарушение оспариваемым актом прав и законных интересов организаций в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, для признания недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений указанных органов, должностных лиц.

Между тем, такие основания для признания оспариваемого решения недействительным в совокупности судом не установлены.

Согласно ст.17 и гл.8 Федерального закона РФ от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» (далее по тексту также – 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.

В соответствии с ч.1 ст.17 Закона о размещении заказов контроль за соблюдением, в том числе, заказчиком законодательства Российской Федерации и иных нормативно-правовых актов Российской Федерации о размещении заказов осуществляется ФАС России путем проведения плановых и внеплановых проверок.

Согласно п.3 ст.60 Закона о размещении заказов уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти вправе направить заказчику, оператору электронной площадки, в уполномоченный орган, специализированную организацию, конкурсную, аукционную или котировочную комиссию, участнику размещения заказа, подавшему жалобу, запрос о представлении сведений и документов, необходимых для рассмотрения жалобы.

Из содержания ч.ч.1, 2 и 4 ст.57 Закона о размещении заказов следует, что любой участник размещения заказа вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ или оказание услуг для федеральных нужд, путем направления письменной жалобы в уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти в любое время размещения заказа, но не позднее чем через десять дней со дня подписания протокола оценки и сопоставления

заявок на участие в конкурсе, со дня проведения аукциона или со дня рассмотрения и оценки котировочных заявок.

Порядок рассмотрения дел о нарушении законодательства о размещении заказов установлен ст.17 и гл.8 Закона о размещении заказов.

Как следует из материалов дела, Министерством торговли и промышленности Российской Федерации 24.02.2012 на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о размещении заказов [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) (далее - Официальный сайт) размещено извещение № 0173100009512000037 о проведении открытого конкурса на право заключения государственных контрактов на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по федеральной целевой программе "Развитие фармацевтической и медицинской промышленности Российской Федерации на период до 2020 года и дальнейшую перспективу" с начальной (максимальной) ценой контракта 76 350 000 рублей.

27.03.2012 года Закрытое акционерное общество «БИОКАД» подало заявку на участие в указанном выше конкурсе по лоту №2 НИОКР «Разработка технологии и организация производства биотехнологического жизненно необходимого и важнейшего лекарственного средства Дарбэпоэтин альфа, не производимого отечественными производителями и не защищенного патентами иностранных компаний на территории Российской Федерации». Шифр «1.3 Дарбэпоэтин альфа 2012» (номер, присвоенный заявке Заказчиком - 2-049/13-ФМП-2).

Всего на участие в Конкурсе подано 8 заявок от участников размещения заказа.

В соответствии с протоколом рассмотрения заявок на участие в открытом конкурсе № 45р/02-13 от 11 апреля 2012 г. Конкурсная комиссия Минпромторга России рассмотрела заявку ЗАО «Биокад» на участие в конкурсе и установила, что в форме 4.5 (Предложения о качественных характеристиках работы, учитывающие требования заказчика, изложенные в разделе III Конкурсной документации), участником размещения заказа указано: содержание работы по проекту:

Разработка технологии получения субстанции:

1. Разработка технологии получения субстанции Дарбэпоэтина альфа;
2. Разработка методов контроля качества субстанции.

Разработка технологии получения ГЛФ:

3. Создание лекарственного средства Дарбэпоэтин альфа в форме раствора для инъекций;
4. Разработка технологии получения лекарственного средства Дарбэпоэтин альфа в форме раствора для инъекций;
5. Разработка методов контроля качества лекарственного препарата.

Проведение доклинического исследования и подготовка регистрационного досье для государственной регистрации:

6. Нарботка и контроль образцов субстанции и лекарственного препарата;
7. Доклинические исследования лекарственного препарата;
8. Разработка проекта ФСП на субстанцию и лекарственный препарат;
9. Разработка проекта ФСП на субстанцию и лекарственный препарат;
10. Валидация методов контроля качества субстанции и лекарственного препарата;
11. Разработка документов для государственной регистрации субстанции и лекарственного препарата в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации.

Организация промышленного производства, выпуск опытных партий:

12. Разработка регламента на субстанцию;
13. Разработка регламента на лекарственный препарат.

Заказчиком в Требованиях к техническим характеристикам работ по лоту № 2 (раздел III Конкурсной документации) указано:

«3. Содержание работы (минимально необходимый перечень) — Разработка состава и технологии производства лекарственного средства Дарбэпоэтин альфа в форме раствора для инъекций (далее — лекарственного препарата, ЛП)».

Таким образом, конкурсной комиссией заказчика в составе работ, приведенном участником размещения заказа в заявке на участие в конкурсе, было установлено отсутствие разработки состава лекарственного средства Дарбэпоэтин альфа в форме раствора для инъекций.

Как следует из данного Протокола, в пункте 15 раздела II Конкурсной документации указано: «В случае если заявленные участником размещения заказа предложения о качественных характеристиках работ (формы 4.2, 4.5 Раздела IV) не соответствуют Требованиям к техническим характеристикам работ (Раздел III. настоящей конкурсной документации), такая заявка на участие в конкурсе отклоняется на этапе рассмотрения заявок на участие в конкурсе».

Таким образом, 11.04.2012 года на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов Заказчиком опубликован Протокол № 45р/02-13 рассмотрения заявок на участие в открытом конкурсе от 11.04.2012 года, в соответствии с пунктом 10 и пунктом 10.1 которого конкурсная комиссия Заказчика приняла решение отказать в допуске к участию в открытом конкурсе ЗАО «БИОКАД».

Не согласившись с указанным решением, ЗАО «БИОКАД» обратилось в Федеральную антимонопольную службу России (далее - ФАС России) с жалобой на действия конкурсной комиссии Заказчика, отклонившей заявку Общества.

По мнению ЗАО «БИОКАД», его права и законные интересы нарушены тем, что Конкурсная комиссия Заказчика при рассмотрении заявок на участие в Конкурсе по лоту № 2 необоснованно отклонила заявку Общества.

В ходе рассмотрения жалобы ЗАО «БИОКАД» на действия конкурсной комиссии заказчика при проведении конкурса антимонопольным органом было установлено, что в заявке Заявителя на участие в Конкурсе по лоту № 2 в форме 4.5 (Предложения о качественных характеристиках работы, учитывающие требования заказчика, изложенные в разделе III Конкурсной документации) в пункте 3 таблицы 2 «Содержание работ по проекту» указано «создание лекарственных средств Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекции».

Вместе с тем, Заказчиком в пункте 3 «Содержание работы (минимально необходимый перечень), «Требования к техническим характеристикам научно-исследовательской и опытно-конструкторской работы» раздела III Конкурсной документации установлено требование по разработке состава и технологии производства лекарственного средства Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекций.

Также ходе заседания Комиссии было установлено, что в составе работ, приведенных Заявителем в заявке на участие в Конкурсе, отсутствует предложение по разработке состава лекарственного средства Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекций, что не соответствует требованиям Конкурсной документации и является нарушением пункта 1 части 4 статьи 12 Закона о размещении заказов.

Таким образом, комиссия антимонопольного органа пришла к выводу о том, что Конкурсная комиссия Заказчика согласно пункту 4 части 1 статьи 12 Закона о размещении заказов обоснованно отклонила заявку на участие в Конкурсе ЗАО «БИОКАД».

На основании изложенного, ФАС России не установила нарушений в действиях заказчика и пришла к выводу о необоснованности жалобы заявителя, и вынесла оспариваемое решение.

Оспариваемое решение принято ФАС России в соответствии с предоставленными полномочиями в пределах компетенции.

В соответствии с п. 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 17.08.09 №521 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 ст. 17 и главе 8 Закона 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.

Из содержания частей 1, 2 и 4 статьи 57 Закона о размещении заказов следует, что любой участник размещения заказа вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии (далее - Заказчик), при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ или оказание услуг для федеральных нужд, путем направления письменной жалобы в уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти в любое время размещения заказа, но не позднее чем через десять дней со дня подписания протокола оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе, со дня проведения аукциона или со дня рассмотрения и оценки котировочных заявок.

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

В соответствии с ч. 1 ст. 1 Закона о размещении заказов, указанный закон устанавливает единый порядок размещения заказов на территории Российской Федерации. Главной целью установления такого порядка является эффективное использование средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования.

Согласно п. 4 Постановления Правительства РФ от 30.06.2004 N 331 "Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе" Федеральная антимонопольная служба осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями.

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 оспариваемым решением ФАС России, и какое право Заявителя подлежит восстановлению.

Признание недействительным, как несоответствующего законодательству ненормативного акта антимонопольного органа, в соответствии со статьей 12 ГК РФ является способом защиты нарушенных прав и охраняемых законом интересов юридического лица при обращении с заявлением в арбитражный суд.

В силу 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.

Согласно статье 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, избранный заявителем способ защиты не позволяет обязать ФАС России повторно рассмотреть жалобу заявителя, как того просит последний, поскольку это не предусмотрено действующим законодательством, а фактически жалоба заявителя рассмотрена.

Также Заявитель не указал, какие его права могут быть восстановлены путем подачи рассматриваемого заявления.

В соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 12 Закон о размещении заказов при рассмотрении заявок на участие в конкурсе или заявок на участие в аукционе участник размещения заказа не допускается конкурсной или аукционной комиссией к участию в конкурсе или аукционе в случае несоответствия заявки на участие в конкурсе или заявки на участие в аукционе требованиям конкурсной документации либо документации об аукционе, в том числе наличие в таких заявках предложения о цене контракта, превышающей начальную (максимальную) цену контракта (цену лота), начальную (максимальную) цену единицы товара, начальную (максимальную) цену запасных частей (каждой запасной части) к технике, к оборудованию, начальную (максимальную) цену единицы услуги и (или) работы.

Заказчик самостоятельно принимает все решения при формировании лотов на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, в том числе в отношении предмета размещаемого заказа, включая потребности в определенной форме выпуска лекарственных средств (ампулы, таблетки и т.д.), начальной (максимальной) цене контракта, сроков и иных условий выполнения указанных работ, с учетом ограничений, установленных законодательством Российской Федерации о размещении заказов.

Заказчиком в пункте 3 «Содержание работы (минимально необходимый перечень), «Требования к техническим характеристикам научно-исследовательской и опытно-конструкторской работы» раздела III Конкурсной документации установлены работы, входящие в предмет государственного контракта, а именно, требование по разработке состава и технологии производства лекарственного средства Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекций. Кроме указанного перечня работ участник размещения заказа вправе включить дополнительные мероприятия, необходимые для выполнения поставленных в пункте 2 целей и задач НИОКР.

Между тем, содержание государственного контракта, по смыслу статьи 432 ГК РФ, это существенные условия, относительно которых сторонами достигнуто соглашение, к которым относится предмет такого контракта, который основывается на потребностях государственного заказчика и раскрывается в конкурсной документации.

По смыслу части 1 статьи 769 ГК РФ предметом договора на выполнение научно-исследовательских работ являются, обусловленные техническим заданием заказчика, научные исследования.

Так, в силу пункта 1 раздела I «Предмет государственного контракта» проекта государственного контракта по лоту № 2 Конкурсной документации исполнитель обязуется выполнить обусловленную техническим заданием научно-исследовательскую и опытно-конструкторскую работу.

В соответствии с подпунктом 7.1.2 пункта 7.1 «Срок и условия заключения государственного контракта» Конкурсной документации государственный контракт заключается на условиях, указанных в поданной участником конкурса, с которым заключается государственный контракт, заявке на участие в конкурсе, и в конкурсной документации.

Заказчиком в подпункте 3.5.1 пункта 3.5 «Требования к описанию предлагаемых работ» Конкурсной документации указано, что описание предлагаемых к выполнению работ производится в соответствии с требованиями, указанными в Информационной карте конкурса по форме 4.5, приведенной в Разделе IV «Примерные образцы форм, входящие в состав заявки на участие в конкурсе, предлагаемые для заполнения участниками размещения заказа».

В заявке ЗАО «БИОКАД» на участие в Конкурсе по лоту № 2 в форме 4.5 (Предложения о качественных характеристиках работы, учитывающие требования заказчика, изложенные в разделе III Конкурсной документации) в пункте 3 таблицы 2 «Содержание работ по проекту» указано «создание лекарственных средств Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекции».

В составе работ, приведенных ЗАО «БИОКАД» в заявке на участие в Конкурсе, отсутствует предложение по разработке состава лекарственного средства Дарбэпоэтина альфа в форме раствора для инъекций, что не соответствует требованиям Конкурсной документации и является нарушением пункта 1 части 4 статьи 12 Закона о размещении заказов.

В соответствии с подпунктом 15 раздела II «Информационная карта конкурса» Конкурсной документации участник размещения заказа представляет в составе заявки на участие в конкурсе предложения о качестве предлагаемых к выполнению работ по формам 4.2, 4.5, представленным в Разделе IV Конкурсной документации. Качество предлагаемых к выполнению работ должно соответствовать Требованиям к техническим характеристикам работ (Раздел III конкурсной документации). В случае, если заявленные участником размещения заказа предложения о качественных характеристиках работ (формы 4.2, 4.5 Раздела IV) не соответствуют Требованиям к техническим характеристикам работ (Раздел III. настоящей конкурсной документации), такая заявка на участие в конкурсе отклоняется на этапе рассмотрения заявок на участие в конкурсе.

В силу подпункта 5.2.4 пункта 5.2 «Рассмотрение заявок на участие в конкурсе и допуск к участию в конкурсе» Конкурсной документации участник размещения заказа не допускается к участию в конкурсе в случае несоответствия заявки на участие в конкурсе требованиям настоящей конкурсной документации.

Таким образом, Конкурсная комиссия Заказчика согласно пункту 4 части 1 статьи 12 Закона о размещении заказов отклонила заявку на участие в Конкурсе Заявителя при наличии оснований.

Кроме того, в соответствии с подпунктом 3.6.2 пункта 3.6 «Требования к оформлению заявок на участие в конкурсе» Конкурсной документации сведения, которые содержатся в заявках на участие в конкурсе участников размещения заказа, не должны допускать двусмысленных толкований.

В случае наличия в заявке сведений, содержащих двусмысленные толкования, участник размещения заказа вправе направить Заказчику изменение заявки, конкретизирующее вышеуказанные сведения и дающие им однозначное толкование.

Так, подпунктом 4.3.1 пункта 4.3 «Изменения и отзыв заявок на участие в конкурсе» Конкурсной документации установлено право участника размещения заказа изменить заявку на участие в конкурсе в любое время до момента вскрытия Конкурсной комиссией конвертов с заявками на участие в конкурсе и открытия доступа к поданным в форме электронных документов заявкам на участие в конкурсе путем уведомления Заказчика об этом до истечения срока подачи заявок на участие в конкурсе, установленного в соответствии с пунктом 17 Информационной карты конкурса.

Из смысла пункта 1 статьи 2 ГК РФ и пункта 2 статьи 15 Конституции РФ следует, что юридическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет риск наступления неблагоприятных последствий, в частности, от некорректного составления заявки на участие в торгах.

Предпринимательская деятельность, которую осуществляет Заявитель, предполагает осуществление своих прав и обязанностей разумно и добросовестно, что означает проявление должной осмотрительности при составлении заявки на участие в Конкурсе.

Таким образом, в рассматриваемом случае суд приходит к выводу об отсутствии совокупности необходимых условий для признания оспариваемого решения недействительным.

В соответствии со ст.201 АПК РФ арбитражный суд установив, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения государственных органов и иных органов, осуществляющих публичные полномочия, соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Руководствуясь ст.ст. 64, 65, 71, 75, 167-170, 176, 180, 181, 197-201 АПК РФ, суд  
РЕШИЛ:

В удовлетворении заявления ЗАО «БИОКАД» об оспаривании решения ФАС России от 27.04.2012 по делу № КА-727/12 о нарушении законодательства РФ о размещении заказов; об обязанности ФАС России повторно рассмотреть жалобу ЗАО «БИОКАД» № 553 от 19.04.2012 – отказать.

Решение может быть обжаловано в месячный срок с даты его принятия в  
Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья: