

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

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

**Именем Российской Федерации
РЕШЕНИЕ**

г. Москва

07 сентября 2012 года

Дело № А40-92130/12

106-426

Резолютивная часть решения объявлена 03 сентября 2012 года

Полный текст решения изготовлен 07 сентября 2012 года

Арбитражный суд в составе:

Председательствующего - судьи Кузнецовой С.А.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Маршавиной А.М.

с использованием средств аудиозаписи в ходе судебного заседания

рассмотрев в открытом судебном заседании дело

по заявлению ООО «РусТрак» (ОГРН 1085257001917)

к ФАС России

3-е лицо: Федеральная таможенная служба, ЗАО «Сбербанк-АСТ»

о признании незаконным решения от 15.06.2012 по делу №К-1115/12 о нарушении законодательства о размещении заказов

при участии:

от заявителя – не явился, извещен

от ответчика – Киселева О.В. по дов от 30.08.2012 №ИА/28173

от третьих лиц:

от Федеральной таможенной службы - Рыдаева Л.И. по дов от 12.12.2011 №15-46/105-11д

от ЗАО «Сбербанк-АСТ» - Новоженов И.В. по дов от 13.03.2012 №2012-1303-1

УСТАНОВИЛ:

ООО «РусТрак» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы России по делу №К-1115/12 от 15.06.2012.

В обоснование заявленных требований заявитель указывает на то, что в действиях общества отсутствует вина и направленность на уклонение от заключения государственного контракта. Ссылается, что при заключении государственного контракта общество не имело возможности сделать запросы о поручителе в налоговые и иные органы, а руководствовалось только предоставленными документами, поскольку сроки заключения контракта ограничены, а согласно предоставленным документам бухгалтерской отчетности. Полагает, что поручитель соответствовал всем требованиям Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ.

Представитель ответчика возражал против удовлетворения заявленных требований по основаниям, изложенным в отзыве, ссылаясь на то, что 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 п.3 и 5 ч.2 ст.41.3 Закона о размещении заказов и подтверждающих его полномочия. Поскольку представленный договор поручительства не соответствовал требованиям ч. 20 ст. 41.12 Закона о размещении заказов, заказчиком правомерно было отказано в заключении контракта.

Представитель третьего лица – Федеральной таможенной службы, возражал против удовлетворения заявленных требований, указывая на то, что заявителем не были представлены надлежащие документы в отношении обеспечения исполнения контракта, в связи с чем ФАС России обоснованно вынесено оспариваемое решение.

Представитель третьего лица – ЗАО «Сбербанк-АСТ», возражал против удовлетворения заявленных требований.

ООО «РусТрак», извещенное в соответствии со ст.123 АПК РФ о времени и месте судебного разбирательства, своего представителя в суд не направило. Дело рассмотрено в порядке ч.5 ст.156 АПК РФ в ее отсутствие.

Изучив материалы дела, выслушав представителей лиц, участвующих в деле, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, проверив все доводы заявления и отзывов на нее, 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.

Установленный ч.4 ст. 198 АПК РФ срок на обжалование оспариваемого постановления заявителем не пропущен.

Как следует из материалов дела, 24.04.2012 ФТС России был объявлен открытый аукцион в электронной форме на поставку грузового автомобиля Хендай или эквивалент с начальной ценой контракта 1 860 000 руб. К участию в аукционе было допущено два участника: ООО «РусТрак» и ООО «Автокомтранс».

По результатам проведения открытого аукциона в электронной форме победителем аукциона было признано ООО «РусТрак» как участник аукциона, предложивший наиболее низкую цену государственного контракта на поставку грузового автомобиля Хендай или эквивалент (протокол подведения итогов открытого аукциона в электронной форме от 15.05.2012 № 33Э/2).

17.05.2012 ФТС России на электронную площадку направила проект государственного контракта на поставку грузового автомобиля Хендай или эквивалент (далее - государственный контракт).

22.05.2012 ООО «РусТрак» подписало проект государственного контракта, а также, реализовав свое право на самостоятельный выбор способа обеспечения

исполнения контракта, в качестве обеспечения исполнения государственного контракта предоставило договор поручительства от 17.05.2012 № 58-17512-П и документы в отношении поручителя - ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд», указанные в п. 3, 5 ч. 2 статьи 41.3 Федерального закона от 27.06.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон).

Согласно ч. 22 ст. 41.12 Закона 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 п. 3 и 5 ч. 2 ст. 41.3 настоящего Федерального закона и подтверждающих его полномочия.

ФТС России, руководствуясь письмом ФАС России от 03.03.2011 «Разъяснение отдельных положений Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», направила письмо от 25.05.2012 № 08-258/26372 в ИФНС России № 5 по г. Москве договор поручительства с приложением для подтверждения соответствия (несоответствия) поручителя ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» требованиям действующего законодательства Российской Федерации.

Согласно поступившему из налогового органа в адрес ФТС России ответу от 28.05.2012 № 09-10/025335 заявленный поручитель не соответствует требованиям законодательства о размещении заказов, а именно: показатели бухгалтерской отчетности за 2010-2011 гг. не соответствуют требованиям, установленным в пункте 20 статьи 41.12 Закона. Согласно отчету о прибыли и убытках бухгалтерской отчетности за 1 квартал 2012 г., представленной ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» в ИФНС России № 5 по г. Москве, финансово-хозяйственная деятельность поручителем не ведется. Более того, представленные копии бухгалтерской отчетности за 2010-2011 гг. ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» заверены штампом, не используемым в инспекции.

Учитывая изложенное, ФТС России, выполняя предписания Закона, признала ООО «РусТрак» уклонившимся от заключения государственного контракта, на основании протокола об отказе от заключения государственного контракта от 29.05.2012 № 33Э/Зот.

На основании ч.11 ст.41.12 Закона ФТС России заключила государственный контракт со вторым участником аукциона -ООО «Автокомтранс».

Не согласившись с решением ФТС России ООО «РусТрак» подало в Федеральную антимонопольную службу жалобу на действия ФТС России при проведении аукциона в электронной форме в части необоснованного отказа от заключения государственного контракта.

Решением ФАС России от 15.06.2012 по делу № К-1115/12 жалоба ООО «РусТрак» признана необоснованной.

В соответствии со статьей 19 Закона ФТС России направила сведения и документы в ФАС России о внесении ООО «РусТрак» в реестр недобросовестных поставщиков.

Комиссия ФАС России приняла решение от 31.07.2012 о включении сведений в отношении ООО «РусТрак» в реестр недобросовестных поставщиков.

Таким образом, ООО «РусТрак» представило недостоверные сведения о поручителе, тем самым не обеспечив соблюдение прав заказчика относительно

условий и срока контракта, в рамках которого предусматривается эффективное использование бюджетных средств в предусмотренном законодательством порядке и в установленные сроки, что привело к нарушению публичных интересов в правоотношениях по исполнению государственного контракта.

При таких обстоятельствах суд соглашается с доводами ответчика о том, что ООО «РусТрак» не приняло всех необходимых и достаточных мер для заключения контракта, а финансовые средства ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» не могут покрыть все штрафные санкции, установленные в контракте. Следовательно, договор поручительства от 17.05.2012 г. № 58-17512-П, представленный в качестве обеспечения исполнения контракта, не является таковым, т.е. обеспечение исполнения контракта заявителем представлено не было.

Таким образом, у заказчика отсутствовала законная возможность заключения контракта с ООО «РусТрак» и заявитель является уклонившимся от заключения контракта

В соответствии с ч. 20 ст. 41.12 Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ в случае, если обеспечением исполнения контракта является договор поручительства, поручителем выступает юридическое лицо, государственная регистрация которого осуществлена в установленном порядке на территории Российской Федерации и которое соответствует следующим требованиям:

1) капитал и резервы поручителя, указанные в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должны составлять не менее чем триста миллионов рублей и превышать размер поручительства не менее чем в десять раз;

2) чистая прибыль поручителя, указанная в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должна превышать не менее чем в три раза размер поручительства или размер чистой прибыли поручителя должен составлять более чем сто миллионов рублей;

3) стоимость основных средств (в части зданий) поручителя, указанная в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должна составлять не менее чем триста миллионов рублей и превышать не менее чем в десять раз размер поручительства или стоимость указанных основных средств должна составлять более чем один миллиард рублей.

Соответствие поручителя требованиям, установленным частью 20 настоящей статьи, определяется по данным бухгалтерской отчетности за два последних отчетных года или, если договор поручительства заключен до истечения срока предоставления годовой отчетности, установленного законодательством Российской Федерации о бухгалтерском учете, по выбору поручителя по данным бухгалтерской отчетности за два отчетных года, предшествующих последнему отчетному году. При этом соответствие поручителя требованиям, установленным частью 20 настоящей статьи, определяется по данным бухгалтерской отчетности за каждый отчетный год (ч.21 статьи 41.12 Закона).

При этом ч.22 ст.41.12 Закона определено, что 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 настоящего Федерального закона и подтверждающих его полномочия.

Вместе с тем, согласно письму ИФНС России № 5 по г. Москве от 28.05.2012 №09-10/025335 ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» не может быть поручителем, поскольку данные бухгалтерского баланса за 2010-2011 года, отчета о

прибылях и убытках по состоянию за 1 квартал 2012 года, не соответствуют данным отчетности, находящейся в налоговом органе.

В этой связи, суд приходит к выводу о том, что антимонопольным органом правомерно сделан вывод о том, что ЗАО «Инвестиционная компания «Мидлэнд» не могло выступать в качестве поручителя, поскольку не соответствует требованиям, установленным ч.20 ст.41.12 Закона.

В соответствии с ч.11 ст. 41.12 Закона, 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.

Таким образом, Комиссия УФАС по Москве правомерно пришла к выводу, что заказчиком правомерно было отказано в заключении контракта.

Учитывая изложенное, оспариваемое решение Комиссии УФАС по Москве от 15.06.2012 №К-1115/12 в сфере размещения заказов, соответствует Федеральному закону от 21.07.2005 №94-ФЗ.

При этом не может быть принят во внимание довод заявителя о том, что общество не имело возможности проверить поручителя на соответствие требованиям Федеральному закону от 21.07.2005 №94-ФЗ.

Согласно ст. 2 ГК РФ под предпринимательской деятельностью понимается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Таким образом, предпринимательство основывается на рисках, в том числе и в части неблагоприятных последствий.

Исходя из изложенного, у организации есть право выбора контрагента и, следовательно, риск неблагоприятных последствий должен лежать именно на заявителе.

Кроме того, согласно ч. 8 ст. 19 Закона о размещении заказов, а так же 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.

Процедура вызова на заседание Комиссии Управления и истребования объяснений участника размещения заказа, включаемого в реестр недобросовестных поставщиков, не предусмотрена законодательством о размещении заказов.

При принятии соответствующего решения уполномоченный орган руководствуется исключительно документами, представляемыми государственным Заказчиком и лишь уведомляет участника размещения заказа (ч.7, 11, 13 Положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков).

В связи с чем, ссылки заявителя на незаконность действий (бездействий) антимонопольного органа при проверке факта уклонения ООО «РусТрак» от заключения государственного контракта в обоснование своих требований в рамках настоящего дела, не могут быть приняты во внимание.

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 заявления о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы России по делу №К-1115/12 от 15.06.2012.– отказать.

Проверено на соответствие ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд".

На решение может быть подана апелляционная жалоба в месячный срок с даты его принятия (изготовления в полном объеме).

Судья

С.А. Кузнецова