

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: info@mail.9aas.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****№ 09АП-21345/2012**г. Москва
21 августа 2012 года

Дело № А40-122230/11-154-1035

Резолютивная часть постановления объявлена 14 августа 2012 года

Постановление изготовлено в полном объеме 21 августа 2012 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи П.В. Румянцева

судей: Н.Н. Кольцовой, Б.С. Веклича

при ведении протокола помощником судьи Шимкус М.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании в зале №18 путем использования систем видеоконференц-связи, при содействии в её организации Арбитражного суда Тверской области, судьи Сенаева Р.И., секретаря судебного заседания Козадоевой К.И.

апелляционную жалобуФКУ "Упрдор "Россия"

на решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.06.2012 по делу № А40-122230/11-154-1035, принятое судьей Полукаровым А.В.,

по заявлению ФКУ "Упрдор "Россия" (170100, Тверь, ул. Желябова, д. 21)

к ФАС РФ (123995, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11)

третьи лица:

1) ООО «Стройальянс» (190068, Санкт-Петербург, пр-т Вознесенский, д. 45, лит. А);

2) ООО «Технопром» (105005, Москва, ул. Ладожская, д. 7)

3) ООО «Технопром» (190000, Санкт-Петербург, ул. М. Митрофаньевская, д. 4, лит. А)

4) ГУП «Агентство по государственному заказу, инвестиционной деятельности и межрегиональным связям Республики Татарстан» (420021, Казань, ул.Московская, д. 55)

о признании незаконным решения с выданным на его основании предписанием при участии:

от заявителя: Ковалева Е.В. по дов. от 13.04.2012;

от ответчика: Гетоева И.А. – по дов. № ИА/35217 от 16.09.2011;

от третьих лиц: не явились, извещены;

У С Т А Н О В И Л:

ФКУ «Упрдор «Россия» (далее – заявитель) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с требованием о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы (далее – ответчик, антимонопольный орган) от 12.10.2011 по делу № К-2239/11 с выданным на его основании предписанием от 12.10.2011 по делу № К-2240/11.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 04.06.2012 в удовлетворении заявленных требований отказано. Свои выводы суд мотивировал тем, что оспариваемое решение и предписание приняты ответчиком в пределах представленных законом полномочий, соответствуют нормам действующего законодательства и не нарушают права заявителя и доказательств обратного, а также доказательств допуска ответчиком

существенных процессуальных нарушений влияющих на законность и обоснованность оспариваемых актов суду не представлено.

Не согласившись с принятым решением, заявитель в апелляционной жалобе просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований в полном объеме. При этом податель жалобы указывает на то, что выводы, положенные судом в основу обжалуемого решения, не соответствуют фактическим обстоятельствам дела. Указывает, что оспариваемое решение не соответствует законодательству и нарушает права и законные интересы заявителя. В частности утверждает, что заказчик исполнил необходимые требования Закона о размещении заказов, а участники размещения заказа должны были выполнить требование ст. 41.8. указанного закона, таким образом, судом неверно истолкованы и применены нормы Закона о размещении заказов.

Отзывы на апелляционную жалобу не поступили.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал доводы апелляционной жалобы, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В судебном заседании представитель ответчика поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает их необоснованными, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы - отказать, изложил свои доводы.

Представители третьих лиц, надлежащим образом извещенных о месте и времени судебного разбирательства, в судебное заседание не явились. В соответствии со ст. 156 АПК РФ дело рассмотрено в отсутствие представителей указанных лиц.

Проверив законность и обоснованность решения в соответствии со ст. ст. 266 и 268 АПК РФ, Девятый арбитражный апелляционный суд с учетом исследованных доказательств по делу, доводов апелляционной жалобы, заслушанных мнений представителей сторон, полагает необходимым оставить обжалуемый акт без изменения, основываясь на следующем.

Как установлено судом и следует из материалов дела, 14.09.2011 ФКУ «Управление автомобильной магистрали Москва-Санкт-Петербург» Федерального дорожного агентства (заказчик) разместило извещение (номер извещения 0336100012511000093) на официальном сайте РФ www.zakupki.gov.ru (электронная площадка <http://etp.zakazrf.ru>) о проведении открытого аукциона в электронной форме на выполнение работ по капитальному ремонту автомобильной дороги М-9 «Балтия» - от Москвы через Волоколамск до границы Латвийской Республикой (на Ригу) на участке км. 195+000-км. 210+000 в Тверской области, а также аукционную документацию. Начальная (максимальная) цена государственного контракта – 816 600 270 руб.

На официальном сайте для размещения госзаказов заказчиком размещен электронный протокол рассмотрения первых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме №0336100012511000093-4, к которому прикреплен протокол рассмотрения заявок №134-Э от 07.10.2011г.

Согласно протоколу рассмотрения заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме участниками размещения заказа подана одна заявка, которая по результатам рассмотрения первых частей заявок аукционной комиссии заказчика, была допущена к участию в аукционе в электронной форме. На этом основании аукционной комиссией заказчика в соответствии с ч. 10 ст. 41.9 Федерального закона от 21.07.2005 г. №94-ФЗ открытый аукцион был признан несостоявшимся.

В протокол рассмотрения заявок согласно ч. 7 ст. 41.9 Федерального закона №94-ФЗ была внесена информация о признании открытого аукциона несостоявшимся.

Посчитав, что аукционной комиссией государственного заказчика при проведении аукциона были нарушены требования закона, ООО «Технопром» подало жалобу в ФАС России.

Основанием для признания жалобы ООО «Технопром» обоснованной послужило то, что в действиях заказчика установлено нарушение части 8 статьи 9, пункта 1 части 4 статьи 41.6, части 19 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

12.10.2011 по делу № К-2240/11 Комиссия ФАС России вынесла оспариваемое решение и предписание № К-2240/11.

Не согласившись с указанным решением и предписанием, заявитель обратился в арбитражный суд.

Принимая оспариваемое решение, суд первой инстанции, вопреки доводам жалобы, полно и всесторонне исследовал имеющие значение для дела обстоятельства, применил нормы материального права, подлежащие применению, и на их основании сделал правомерный вывод об отсутствии совокупности условий, необходимых для удовлетворения заявленных требований.

Согласно ст. 13 ГК РФ, ч. 1 ст. 198 АПК РФ, пункту 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.96 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта недействительным являются одновременно как его несоответствие закону или иному правовому акту, так и нарушение указанным актом охраняемых законом интересов юридического лица, обратившегося в суд с соответствующим требованием.

В силу ч.5 ст.41.9 Закона о размещении заказов, отказ в допуске к участию в открытом аукционе в электронной форме по основаниям, не предусмотренным частью 4 указанной статьи, не допускается.

Согласно ч.4 ст.41.9 Закона о размещении заказов участник размещения заказа не допускается к участию в открытом аукционе в электронной форме в случае: непредставления сведений, предусмотренных ч.4 ст.41.8 настоящего Федерального закона, или предоставления недостоверных сведений; несоответствия сведений, предусмотренных ч.4 ст.41.8 настоящего Федерального закона, требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме.

В соответствии с п/п «б» п.3 ч.4 ст.41.8 Закона о размещении заказов, первая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме при размещении заказа на выполнение работ, оказание услуг, для выполнения, оказания которых используется товар должна содержать согласие, предусмотренное п.2 ч.4 ст.41.8 Закона о размещении заказов, а также конкретные показатели используемого товара, соответствующие значениям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого для использования товара при условии отсутствия в документации об открытом аукционе в электронной форме указания на товарный знак используемого товара.

Так, в соответствии с пунктом 1 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов, документация об открытом аукционе в электронной форме наряду с предусмотренными частью 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов сведениями должна содержать сведения о товарах, работах, об услугах, соответственно на поставку, выполнение, оказание которых размещается заказ, и об условиях исполнения контракта, в том числе, требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствами товара, требования к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика. При этом должны быть указаны используемые для определения соответствия потребностям заказчика или эквивалентности предлагаемого к поставке или к использованию при выполнении работ, оказании услуг товара максимальные и (или) минимальные значения таких показателей и показатели, значения которых не могут изменяться.

Согласно документации об аукционе в электронной форме, первая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме состоит из двух частей и должна содержать в том числе «конкретные показатели, соответствующие значениям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого для поставки товара при условии отсутствия в документации об открытом аукционе в электронной форме указания на товарный знак».

Однако, в настоящем случае, документация об аукционе в электронной форме не содержит указания на конкретные показатели, которые следовало указать участникам размещения заказа в составе первой части заявок на участие в аукционе в электронной форме.

Таким образом, судебная коллегия приходит к выводу, что, не отразив в документации об аукционе конкретные показатели товара, а установив только согласие участника размещения заказа на выполнение работ на условиях, предусмотренных документацией об открытом аукционе в электронной форме, заказчик неправомерно признал открытый аукцион несостоявшимся.

Довод подателя жалобы о соответствии проекта государственного контракта требованиям части 8 статьи 9 Закона о размещении заказов судебная коллегия признает необоснованным, исходя из следующего.

Пунктом 18.2 части 18 «Порядок расторжения контракта» приложения № 3 к документации об Аукционе в электронной форме установлены случаи, при которых Заказчик имеет право расторгнуть контракт в судебном порядке.

Согласно пункту 18.3 части 18 «Порядок расторжения контракта» документации об Аукционе в электронной форме в случае наступления одного из событий, изложенных в пункте 18.2 расторжение контракта признается по соглашению сторон. Контракт считается расторгнутым с момента направления подрядчику уведомления Заказчика о расторжении контракта по соглашению сторон. Одобрение подрядчика в этом случае не требуется.

Закон о размещении заказов является специальным законом и подлежит применению к отношениям, связанным с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

Частью 8 статьи 9 Закона о размещении заказов установлен императивный порядок расторжения государственного или муниципального контракта: по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

В связи с этим, установление заказчиком в документации об аукционе в электронной форме возможности одностороннего расторжения контракта является нарушением части 8 статьи 9 Закона о размещении заказов.

Довод подателя жалобы о правомерности установления требования к обеспечению исполнения контракта в виде банковской гарантии не соответствует требованиям Закона о размещении заказов.

Согласно пункту 13.6 части 13 «Размер обеспечения исполнения государственного контракта, срок и порядок его предоставления» документации об аукционе в электронной форме обязательным приложением к банковской гарантии является, в том числе заверенная копия лицензии Центрального банка Российской Федерации на имя гаранта (банка) с перечнем банковских операций, право на осуществление которых представлено кредитной организации.

В соответствии с частью 19 статьи 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.

Предоставление каких-либо иных документов одновременно с безотзывной банковской гарантией не предусмотрено Законом о размещении заказов.

Кроме того, на официальном сайте Центрального банка Российской Федерации содержится доступная для ознакомления информация о лицензиях выданных Центральным банком Российской Федерации кредитным организациям.

Суд приходит к выводу, что установление заказчиком в документации об аукционе в электронной форме требования о приложении к банковской гарантии заверенной копии лицензии Центрального банка Российской Федерации на имя гаранта (банка) с перечнем банковских операций, право на осуществление которых представлено кредитной организации, является нарушением части 19 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

Довод подателя жалобы о том, что антимонопольным органом допущены процессуальные нарушения при рассмотрении жалобы, в виде отсутствия размещения информации на официальном сайте, не могут являться основанием для отмены оспариваемого акта, поскольку не повлияли на существо вышеуказанного решения.

Таким образом, оспариваемый ненормативный акт вынесен с соблюдением норм процессуального и материального права, в пределах компетенции антимонопольного органа.

Кроме того, судом апелляционной инстанции также как и судом первой инстанции не установлено наличия каких-либо препятствий при осуществлении заявителем предпринимательской и иной экономической деятельности, а также возложения на него какой-либо обязанности и нарушений прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Доказательств в подтверждение данного факта заявителем не представлено.

Таким образом, решение суда первой инстанции является законным и обоснованным, соответствует материалам дела и действующему законодательству, в связи с чем, отмене не подлежит. Нормы материального и процессуального права применены судом правильно.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают выводы суда, положенные в основу оспариваемого судебного акта.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта в порядке ч. 4 ст. 270 АПК РФ, не допущено.

Руководствуясь ст. ст. 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.06.2012 г. по делу № А40-122230/11-154-1035 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральный арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья:

П.В. Румянцев

Судьи:

Б.С. Веклич

Н.Н. Кольцова