

**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 № А40-57348/12

72-391

06 августа 2012 г.

Резолютивная часть решения объявлена 31 июля 2012 года

Полный текст решения изготовлен 06 августа 2012 года

Арбитражный суд в составе: судьи Немовой О.Ю.

при ведении протокола секретарем Брода М.А.

рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению ООО «МК-137»

к заинтересованному лицу – ФАС России

по заявлению ООО «МК-137»

к заинтересованному лицу – Федеральная антимонопольная служба России

третье лицо – ГУ «Управление региональных автомобильных дорог Республики Бурятия», ЗАО «Сбербанк-АСТ», Республиканское агентство по государственным закупкам, ЗАО КБ «СИТИБАНК», ООО Строй торг»

о признании незаконным решения от 02.04.2012 г. по делу №К-504/12

при участии:

от заявителя (истца) – Берестенникова Т.И., дов. от 28.06.2012г. б/н, Ремнева Е.С. по дов. от 16.04.2012 г. б/н;

от заинтересованного лица (ответчика) – Гетоева И.А. по дов. от 16.09.2011 г.

№ИА/35217

от ГУ «Управление региональных автомобильных дорог Республики Бурятия», ЗАО «Сбербанк-АСТ», Республиканское агентство по государственным закупкам, ЗАО КБ «СИТИБАНК», ООО Строй торг» - не явились, извещены

У С Т А Н О В И Л :

ООО «МК-137» (далее – заявитель, Общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании незаконными решения Федеральной антимонопольной службы от 02.04.2012 г. по делу №К-504/12.

В обоснование заявленных требований заявитель ссылается на то, что Государственное учреждение «Управление региональных автомобильных дорог Республики Бурятия» необоснованно уклонилось от заключения контракта, являющегося предметом аукциона государственного контракта на «Выполнение работ по реконструкции автомобильной дороги Улан-Удэ-Турунтаево-Курумкан-Новый Уоян, км. 39 - км. 64 в Прибайкальском районе Республики Бурятия».

Ответчик требования заявителя не признал, представил письменный отзыв, в котором указывает, что им не выявлено нарушений со стороны заказчика, в то время как заявителем нарушены требования Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

3-и лица - ГУ «Управление региональных автомобильных дорог Республики Бурятия», ЗАО «Сбербанк-АСТ», Республиканское агентство по государственным закупкам, ЗАО КБ «СИТИБАНК», ООО Строй торг» в судебное заседание не явились, о времени и месте проведения судебного разбирательства извещены надлежащим образом.

Дело рассмотрено в порядке ст. 123, 156 АПК РФ.

Ходатайство заявителя об уточнении заявленных требований судом отклонено, как противоречащее ст. 49 АПК РФ, что отражено в протоколе судебного заседания.

Ходатайство заявителя об объединении дел в одно производство судом также отклонено, о чем вынесено определение в виде отдельного судебного акта.

Рассмотрев материалы дела, суд пришел к выводу о том, что требования заявителя не подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

Как усматривается из материалов дела, 02.02.2012 на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг (www.zakupki.gov.ru) размещено извещение о проведении Аукциона в электронной форме на право заключения контрактом, предметом которого является выполнение работ по реконструкции автомобильной дороги Улан-Удэ-Турунтаево-Курумкан-Новый Уоян, км. 39 - км. 64 в Прибайкальском районе Республики Бурятия».

В соответствии с протоколом подведения итогов открытого аукциона в электронной форме №010220000161200129-3 от 07.03.2011 победителем аукциона признано - ООО «МК-137».

В соответствии с частью 2 ст. 41.12 Федерального закона от 21.07.2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» государственный заказчик направило оператору электронной площадки в установленном порядке и сроки, проекты государственных контрактов для их направления победителю открытых аукционов.

13.03.2012 г. проект государственного контракта был направлен заказчиком заявителю.

16.03.2012 г. ООО «МК-137» через оператора электронной площадки направил заказчику подписанные электронной подписью государственный контракт и документ об обеспечении исполнения контракта в виде банковской гарантии от 15.03.2012 № ДБГ-853/2012 на сумму 404 655 114 рублей, выданной ЗАО Коммерческий банк «Ситибанк» (далее - ЗАО КБ «Ситибанк»).

Вместе с тем, на запрос б/н от 20.03.2012 заказчиком от ЗАО КБ «Ситибанк» получено уведомление от 20.03.2012 № 122944/169 следующего содержания: «настоящим доводим до Вашего сведения, что ЗАО КБ «Ситибанк» гарантию от 15.03.2012 номер ДБГ-853/2012 на сумму 404 655 114 рублей не выпускало».

В связи с чем, 27 марта 2012 года Заказчик разместил на электронной торговой площадке Протокол об отказе от заключения государственного контракта в связи с уклонением победителя аукциона от заключения контракта.

Решением Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 02.04.2012 г. по делу №К-504/12 жалоба заявителя на действия заказчика, которого заявитель счет неправомерно уклонившимся от заключения контракта с победителем аукциона, была признана необоснованной.

При этом ФАС России исходило из того, что представленная участником размещения заказа ООО «МК-137» банковская гарантия от 15.03.2012 № ДБГ-853/2012 не является документом, подтверждающим представление победителем аукциона в установленный срок документа об обеспечении исполнения контракта, представление которого предусмотрено аукционной документацией.

Не согласившись с вышеуказанными решениями, заявитель оспорил его в арбитражном суде.

Порядок обжалования действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии установлен ст.57 Закона о размещении заказов.

В силу указанной статьи любой участник размещения заказа имеет право обжаловать в судебном порядке, а также предусмотренном главой 8 закона, действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника размещения заказа.

В соответствии с Главой 8 Федерального закона от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ и Постановлением Правительства РФ от 20 февраля 2006 г. № 94 «О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд», ФАС России уполномочена на осуществление контроля в сфере размещения заказов орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

Порядок заключения договоров на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд установлен Федеральным законом от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов).

По результатам торгов заключается государственный (муниципальный) контракт на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд, то есть договор, заключенный заказчиком от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд. Договор заключается в порядке, предусмотренном ГК РФ и иными федеральными законами с учетом положений Закона о размещении заказов.

Согласно ч. 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов в течение пяти дней со получения проекта контракта участник открытого аукциона в электронной форме 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 или предусмотренный частью 4.1 ст. 41.12 Закона о размещении заказов протокол разногласий.

В соответствии с ч.11 ст. 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 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.

При этом при представлении лицом, с которым заключается контракт, в качестве документа об обеспечении исполнения контракта банковской гарантии, Заказчик в сроки, установленные Законом о размещении заказов, вправе осуществить проверку представленной банковской гарантии, в том числе обратиться в соответствующий банк за подтверждением факта выдачи банковской гарантии и ее достоверности.

Поскольку на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика предоставил документы и сведения, согласно которым Заказчиком на запрос б/н от 20.03.2012 получено уведомление от 20.03.2012 № 122944/169 от ЗАО КБ «Ситибанк» следующего содержания: «настоящим доводим до Вашего сведения, что ЗАО КБ «Ситибанк» гарантию от 15.03.2012 номер ДБГ-853/2012 на сумму 404 655 114 рублей не выпускало», суд полагает, что ответчик пришел к правомерному выводу, о том, что представление данной гарантии не может быть признано соблюдением заявителем требований ч.ч. 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов.

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, осуществляя предпринимательскую деятельность, заявитель несет риск неблагоприятных последствий совершения или несовершения юридически значимых действий.

ООО «МК-137» не было ограничено ни в способе обеспечения обязательства, ни в праве выбора контрагента и, следовательно, риск неблагоприятных последствий в данном случае лежит именно на заявителе.

Доводы заявителя на то, что пунктом 18 Документации об открытом аукционе в электронном виде на выполнение работ по реконструкции автомобильной дороги Улан-Удэ-Турунтаево-Курумкан-Новый Уоян, км. 39 -км. 64 в Прибайкальском районе Республики Бурятия, размещенной Заказчиком на электронной торговой площадке ЗАО «Сбербанк-АСТ» www.sberbank-ast.ru предусмотрена возможность течение 10 (Десяти) банковских дней предоставить государственному заказчику иное надлежащее обеспечение исполнения государственного контракта» если по каким-либо причинам обеспечение исполнения контракта стало недействительным, о незаконности оспариваемого решения не свидетельствует.

В силу статьи 373 Гражданского кодекса Российской Федерации банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное.

В пункте 18 Информационной карты документации об Аукционе Заказчиком установлено, что контракт заключается только после предъявления участником открытого аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, 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 обеспечения исполнения контракта, установленном документацией об открытом аукционе в электронной форме.

На основании изложенного, суд соглашается с доводами ответчика и заказчика о том, что замена обеспечения исполнения контракта возможна только в случае если обеспечение исполнения контракта изначально было действительным, но по каким-то причинам стало недействительным в дальнейшем, при этом вышеуказанная замена возможна только после заключения государственного контракта и в процессе его исполнения.

Кроме этого, предусмотренная в аукционной документации возможность замены обеспечения исполнения государственного контракта, в срок, установленной данной документацией, не может изменять императивно установленного частью 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов срока направления участником открытого аукциона подписанных электронной цифровой подписью проекта контракта, а также документа об обеспечении исполнения государственного контракта.

При этом суд соглашается с доводами ответчика о том, что исходя из общих принципов гражданского законодательства представление недействительных (ничтожных) документов приравнивается к непредставлению данных документов.

В вышеуказанный срок, надлежащий документ об обеспечении исполнения государственного контракта заявителем направлен не был, что свидетельствует о неисполнении заявителем обязанности, предусмотренной ч. 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов и наличии у государственного заказчика оснований для признания заявителя уклонившимся от заключения государственного контракта.

Доводы заявителя об отсутствии его вины в представлении ненадлежащей банковской гарантии об обратном и наличии оснований для признания оспариваемого решения не свидетельствуют, поскольку вопрос о причинах уклонения от заключения участника торгов от заключения государственного контракта и вина данного участника в несоблюдении требований ч. 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов решается на стадии рассмотрения антимонопольным органом вопроса о включении участника, уклонившегося от заключения государственного контракта, в реестр недобросовестных поставщиков, в то время как оспариваемое решение принято на основании жалобы заявителя на действия государственного заказчика.

В силу 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.

Поскольку судом совокупность указанных обстоятельств судом не установлено, основания для удовлетворения заявления отсутствуют.

Судом проверены все доводы заявителя, однако, они не опровергают установленных судом обстоятельств и не могут являться основанием для удовлетворения заявленных требований.

Расходы по государственной пошлине распределяются по правилам ст.ст. 110 АПК РФ и относятся на заявителя.

На основании изложенного, ст.124, 125, 447-449 ГК РФ, ст.2, 4, 12, 31, 35, 57 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», руководствуясь ст. ст. 27, 28, 29, 64, 65, 110, 123, 124, 176, 197-201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

Р Е Ш И Л:

В удовлетворении требований ООО «МК-137» о признании незаконными решения Федеральной антимонопольной службы от 02.04.2012 г. по делу №К-504/12 о нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов отказать полностью (проверено на соответствие Федеральному закону от 21.07.2005г. № 94-ФЗ).

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

Судья:

О.Ю.Немова