



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД  
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12  
адрес электронной почты: [info@mail.9aas.ru](mailto:info@mail.9aas.ru)  
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

№ 09АП-16626/2012

г. Москва  
24.07.2012

Дело № А40-8209/12-119-85

Резолютивная часть постановления объявлена 18.07.2012.

Постановление изготовлено в полном объеме 24.07.2012.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Гончарова В.Я.,  
судей: Попова В.И., Поташовой Ж.В.,  
при ведении протокола помощником судьи Мальцевым А.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ФАС России на решение Арбитражного суда г.Москвы от 16.04.2012 по делу №А40-8209/12-119-85, судьи Быковой Ю.Л.

по заявлению ООО "СитиКапитал" (ОГРН 1107847266317, 199106, г.Санкт-Петербург, ул.Наличная, д.15, литер А, пом. 9-Н)

к ФАС России (ОГРН 1047796269663, 123995, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д.11)

третье лицо: Минобороны России (ОГРН 1037700255284, 119160, Москва, ул.Знаменка, д.19)

о признании незаконным решения от 07.10.2011 №П-609/11,  
при участии:

от заявителя: Борзенко П.Н. по дов. от 22.02.2012 №3;

от ответчика: Лапина Ю.В. по дов. от 07.10.2011 №ИА/37026;

от 3-го лица: Бабкина Е.Н. по дов. от 14.02.2012 №2723А;

### У С Т А Н О В И Л:

ООО "СитиКапитал" (далее – заявитель, общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании незаконным решения ФАС России (далее – ответчик, антимонопольный орган) от 07.10.2011 №П-609/11 в части внесения сведений о заявителе в реестр недобросовестных поставщиков и обязанности исключить данные сведения из реестра недобросовестных поставщиков.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 16.04.2012 заявленные требования удовлетворены.

При этом суд первой инстанции исходил из того, что злоупотребление и умысел на уклонение от заключения контракта со стороны общества не установлены.

В частности, суд указан на то, что несоответствие ООО «Ника» (далее – поручитель) требованиям ч.20 ст.41.12 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд" (далее – Закон о размещении заказов) общество не обязано было проверять с учетом предоставления поручителем соответствующих копии документов, в том числе, бухгалтерских балансов за

требуемые периоды на которых имелась отметка налогового органа об их принятии и согласно которым поручитель требованиям вышеназванным требованиям закона соответствует.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, ответчик обратился с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить в связи с недоказанностью имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными, несоответствием выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела, неправильным применением норм материального права и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований. В частности, указывает на уклонении заявителя от заключения контракта в виду несоответствия поручителя требованиям ч.20 ст.41.12 Закона о размещении заказов, а общество действуя добросовестно обязано было проверить сведения бухгалтерских балансов поручителя, в связи с чем полагает обоснованным оспариваемое решение в части внесении сведений о заявителе в реестр недобросовестных поставщиков.

Отзывы на апелляционную жалобу в порядке ст.262 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее - АПК РФ) от заявителя и Минобороны России (далее – министерство, заказчик) не поступили.

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

Представитель заявителя поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает жалобу необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать. Представил письменные объяснения по апелляционной жалобе в порядке ст.81 АПК РФ, которые приобщены судом к материалам дела.

Представитель министерства поддержал правовую позицию, изложенную в апелляционной жалобе, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований. Представил письменные объяснения по апелляционной жалобе в порядке ст.81 АПК РФ, которые приобщены судом к материалам дела

Проверив законность и обоснованность принятого решения в порядке ст.ст.266, 268 АПК РФ, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, изучив доводы апелляционной жалобы, письменных объяснений, заслушав представителей лиц участвующих в деле, суд апелляционной инстанции полагает, что принятое по данному делу решение подлежит отмене в связи с неправильным применением норм материального права, несоответствием выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела, исходя из следующего.

Как усматривается из материалов дела, министерство на официальном сайте [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) и на сайте [www.roseltorg.ru](http://www.roseltorg.ru) разместило извещение и документацию о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на поставку водосливных устройств ВСУ-5А (лот №1) (номер извещения 0173100004511001866).

В соответствии с протоколом рассмотрения заявок от 16.08.2011 №4075/1 к участию в аукционе допущен один участник – заявитель. Аукцион признан несостоявшимся.

Согласно протоколу подведения итогов открытого аукциона в электронной форме №4075/2 от 19.08.2011 победителем аукциона признано общество.

05.09.2011 общество направило оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью государственный контракт и договор поручительства от 05.09.2011 №81-0912-Т, заключенный с ООО «Ника», в качестве обеспечения исполнения государственного контракта.

09.09.2011 заказчиком размещен протокол об отказе в заключении государственного контракта, в связи с предоставлением обеспечения исполнения государственного контракта, несоответствующего ч.20 ст.41.12 Закон о размещении заказов.

12.09.2011 в антимонопольный орган поступило обращение заявителя на действия заказчика при проведении аукциона.

Решением антимонопольного органа от 12.10.2011 №ГЗП/00563 действия заказчика признаны несоответствующими ч.1 ст.41.5 Закона о размещении заказов, в отношении заявителя сведения включены в реестр недобросовестных поставщиков в связи с уклонением от заключения государственного контракта сроком на 2 года.

На основании данного решения антимонопольный орган разместил сведения о заявителе в РНП на официальном сайте РФ в сети «Интернет».

Считая вынесенное решение в указанной части незаконным, общество обратилось в суд с настоящим заявлением.

Согласно 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) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный 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.

Согласно ч.2 ст.201 АПК РФ, с учетом разъяснений, содержащихся в п.6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» основаниями для принятия арбитражным судом решения о признании акта государственного органа и органа местного самоуправления недействительным, решения и действия (бездействия) незаконным являются одновременно как несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту, так и нарушение в результате этого прав и законных интересов заявителя в указанной сфере деятельности.

В силу ч.5 ст.200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действие (бездействие).

На основании ч.20 ст.41.12 Закона о размещении заказов 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: 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; 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; 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.

В силу ч.21 ст.41.12 Закона о размещении заказов соответствие поручителя требованиям, установленным ч.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 ч.20 настоящей статьи, определяется по данным бухгалтерской отчетности за каждый отчетный год.

Частью 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов предусмотрено, что 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.

Согласно части 11 статьи 41.12 Закона о размещении заказов победитель открытого аукциона в электронной форме или иной участник открытого аукциона, с которым заключается государственный или муниципальный контракт, признается уклонившимся от заключения контракта, в случае не направления участником в срок, предусмотренный частью 4 названной статьи, оператору электронной площадки проекта контракта (подписанного электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника размещения заказа), а также подписанного электронной цифровой подписью указанного лица документа об обеспечении исполнения контракта.

В случае выбора участником аукциона такого способа обеспечения как поручительство документом об обеспечении, в смысле ч. 11 ст. 41.12 Закона N 94-ФЗ, является договор поручительства вместе с документом, указанным в ч.22 ст. 41.12 Закона N 94-ФЗ. Таким образом, возможность заключения государственного контракта с участником открытого аукциона в электронной форме возникает лишь при одновременном предоставлении таким участником договора поручительства и предусмотренных законом документов.

В соответствии с частью 2 статьи 19 Закона о размещении заказов сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, включаются в реестр недобросовестных поставщиков.

Судом первой инстанции установлено и материалами дела подтверждено, что обществом в целях заключения государственного контракта при предоставлении бухгалтерских документов к договору поручительства представило недостоверные сведения, которые, с учетом тех обстоятельств, что недостоверность выявлена лишь в ходе проверки этих сведений государственным заказчиком через соответствующий запрос в контролирующий налоговый орган, признаны основанием для отказа в заключении контракта.

Суд апелляционной инстанции полагает необходимым отметить, что сведения о поручителе представлялись обществом по средствам заверения электронно-цифровой подписью, а также представлены через оператора электронной площадки, следовательно, участник несет ответственность за подлинность представленных документов, их соответствие действующему законодательству.

Цель включения в законодательство о размещении государственных заказов возможности требования государственным заказчиком обеспечения обязательств участниками размещения заказа - эффективное использование средств бюджета, возможность государственного заказчика обеспечить своевременное и качественное потребности субъектов Российской Федерации в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий субъектов Российской Федерации, в том числе для реализации региональных целевых программ.

Лицо, принимая решение об участии в процедуре размещения государственного и муниципального заказа и подавая соответствующую заявку, несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, предусмотренных указанным Законом, в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие требованиям этого Закона, в том числе, приведших к невозможности заключения контракта с ним как лицом, признанным победителем конкурса.

Таким образом, действуя добросовестно, заявитель при заключении договора поручительства и направлении его заказчику вместе с бухгалтерской отчетностью обязан был проверить достоверность представленной им информации.

У общества имелась возможность на данной стадии получить требуемую информацию из официальных источников, запросив у ФГУП ГМЦ Росстата данные бухгалтерской отчетности поручителя на основе банка данных, созданных на основании Постановления Правительства РФ от 21.04.1995 № 399 «О совершенствовании информационной системы предоставления бухгалтерской отчетности».

Порядок сбора и обработки годовой бухгалтерской отчетности организаций и представления сводной информации органам государственной власти и местного самоуправления, а также другим заинтересованным пользователям, утвержден постановлением Госкомстата РФ от 27.09.1995 № 157 (зарегистрирован Минюстом России 13.02.1996 № 1030).

Не приняв необходимых и достаточных мер по проверке достоверности бухгалтерской отчетности поручителя и соответствия его предъявляемым требованиям, общество злоупотребило своими правами, не выполнило надлежащим образом возложенные на него обязанности, в результате чего уклонилось от заключения контракта.

Включение общества в реестр недобросовестных поставщиков основано на требовании нормы ч.2 ст.19 Закона о размещении заказа - в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, а также о поставщиках

(исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Анализ вышеприведенных положений Закона о размещении заказов свидетельствует о том, что включение сведений о лице в реестр недобросовестных поставщиков по существу является санкцией за недобросовестное поведение данного лица, выразившееся в уклонении от заключения контракта.

Одним из последствий такого включения (в качестве санкции за допущенное нарушение) является ограничение прав такого лица на участие в течение установленного срока в конкурсах по размещению государственного и муниципального заказов (пункт 2 части 2 статьи 11 Закона).

В судебных актах Конституционного Суда Российской Федерации (постановления от 30.07.2001 N 13-П, от 21.11.2002 N 15-П, определения от 07.06.2001 N 139-О, от 07.02.2002 N 16-О) отражено, что применяемые государственными органами санкции должны отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционно защищаемым целям и ценностям, исключать возможность их произвольного истолкования и применения.

По смыслу статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния.

С учетом изложенного суд при рассмотрении вопроса о законности решения уполномоченного органа о включении лица в реестр недобросовестных поставщиков не может ограничиться только формальной констатацией ненадлежащего исполнения заявителем тех или иных нормативных требований без выяснения и оценки всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи. Иное противоречит задачам арбитражного судопроизводства.

Касательно вины общества в содеянном суд апелляционной инстанции полагает необходимым отметить, что доказательств невозможности соблюдения заявителем положений действующего законодательства по причинам, не зависящим от него, обществом суду в порядке ч.1 ст.65 АПК РФ не представлено.

Заявитель - коммерческая организация, осуществляющая предпринимательскую деятельность.

В соответствии с п.1 ст.2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность.

Принимая решение об участии в размещении государственного заказа, общество тем самым возложило на себя риск неблагоприятных последствий, предусмотренных за нарушение требований закона о размещении заказов.

На основании изложенного суд полагает, что заявителем не предприняты необходимые, достаточные и разумные меры с целью заключения государственного контракта (не проверены представленные поручителем документы), с учетом добросовестного поведения общество обязано было проверить переданные им сведения, а включение общества в реестр недобросовестных поставщиков в настоящем случае является необходимой мерой ответственности, поскольку отвечает целям реализации ведения такого реестра и является соразмерной.

Оспариваемое в части решение принято полномочным органом при наличии законных оснований, поэтому не может нарушать законные права и интересы общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Доказательств иного заявителем суду в порядке ч.1 ст.65 АПК РФ не представлено.

Таким образом, решение арбитражного суда по настоящему делу подлежит отмене ввиду неправильного применения судом норм материального права, несоответствия выводов суда обстоятельствам дела. При этом суд апелляционной инстанции полагает возможным принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований.

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

Судебные расходы в связи с рассмотрением апелляционной жалобы в силу ст.110 АПК РФ возлагаются на заявителя.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.110, 266, 268, 269,270, 271 АПК РФ, суд

#### **ПОСТАНОВИЛ:**

решение Арбитражного суда г.Москвы от 16.04.2012 по делу №А40-8209/12-119-85 отменить.

В удовлетворении заявления, ООО "СитиКапитал" о признании незаконным решения ФАС России от 07.10.2011 №П-609/11 в части внесения сведений об ООО "СитиКапитал" в реестр недобросовестных поставщиков и обязанности ФАС России исключить из данного реестра сведения об ООО "СитиКапитал" - отказать.

Взыскать с ООО "СитиКапитал" (ОГРН 1107847266317) в пользу федерального бюджета 2.000 (две тысячи) рублей государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы.

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 Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

В.Я. Гончаров

Судьи:

В.И. Попов

Ж.В. Поташова

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.