



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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№ 09АП-16632/2012-АК
№ 09АП-17516/2012-АК

г. Москва
23 июля 2012 года

Дело № А40-101844/11-122-736

Резолютивная часть постановления объявлена 16 июля 2012 года
Постановление изготовлено в полном объеме 23 июля 2012 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Поташовой Ж.В.,
судей: Гончарова В.Я., Попова В.И.,
при ведении протокола помощником судьи Степкиным М.С.,

рассмотрев в открытом судебном заседании в зале суда №3 апелляционные жалобы
Управления муниципального заказа администрации города Владимира и муниципального
казенного учреждения города Владимира «Владстройзаказчик»
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.04.2012 по делу № А40-101844/11-
122-736, судьи Ананьиной Е.А.

по заявлению Управления муниципального заказа администрации города
Владимира (ОГРН 1083328006343 ; 600017, г.Владимир, ул. Горького, д. 40)
к ФАС России (ОГРН 1047796269663, 123995, Москва, ул. Садовая-Кудринская,
д.11)

третьи лица: 1) Муниципальное казенное учреждение города Владимира
«Владстройзаказчик» (ОГРН 1083328001778, 600017, Владимирская обл., г.Владимир,
ул.Горького, д.40), 2) ООО СК «МоноСтрой» (600016, г. Владимир, Промышленный
проезд,д.3), 3) ОАО «Единая электронная торговая площадка» (117312, г. Москва, 60-летия
октября пер.,д.9), 4) ООО «Еврострой» (192102, г. Санкт-Петербург, Салова,д.56)

о признании незаконными решения и предписания,
при участии:

от заявителя: Шехирев М.А. по доверенности от 27.07.2011 № 29-01-03/544, уд. 1;
от ответчика: Черкасова Ю.А. по доверенности от 22.08.2011 № ИА/31977, уд. №
0693;

от третьих лиц: 1) Севгич Н.Н. по доверенности от 26.01.2012 № 11; 2) Шигонцева
И.М. по доверенности от 21.10.2011; 3) Желенкова С.А. по доверенности от
27.06.2012; 4) не явился, извещен;

У С Т А Н О В И Л :

решением Арбитражного суда г. Москвы от 04.04.2012 отказано в удовлетворении
требований Управления муниципального заказа администрации города Владимира (далее
– заявитель, Управление) о признании незаконными решения и предписания Федеральной

антимонопольной службы России (далее – ФАС России, ответчик) от 10 августа 2011 по делу № К-1722/11, выданных ОАО «Единая электронная торговая площадка».

При этом суд первой инстанции исходил из соответствия оспариваемых решения, предписания требованиям Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд", наличия соответствующих полномочий антимонопольного органа, а также отсутствия нарушения законных прав и интересов Управления, что в силу ст. 198 АПК РФ исключает возможность удовлетворения заявленных требований при рассмотрении спора по существу.

Не согласившись с принятым решением, Управление обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Указывает, что решение ответчика противоречит Федеральному закону от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд». Ссылается на неполное выяснение судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов суда, изложенных в решении обстоятельствам дела, неправильное применение норм материального и процессуального права.

Третье лицо - муниципальное казенное учреждение города Владимира «Владстройзаказчик» также обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Отзывы на апелляционную жалобу не представлены.

Дело рассмотрено в порядке ст.ст.123, 156 АПК РФ в отсутствие представителя ООО «Еврострой», извещенного о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом.

В судебном заседании представитель заявителя доводы своей апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным по основаниям, изложенным в апелляционной жалобе, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Представил письменные пояснения в порядке ст. 81 АПК РФ. Поддержал доводы жалобы муниципального казенного учреждения города Владимира «Владстройзаказчик».

Представитель муниципального казенного учреждения города Владимира «Владстройзаказчик» доводы своей апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным по основаниям, изложенным в апелляционной жалобе, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Поддержал доводы жалобы заявителя.

Представитель ООО СК «МоноСтрой» доводы апелляционных жалоб поддержал в полном объеме, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным по основаниям, изложенным в апелляционной жалобе, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Представитель ответчика поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считая их необоснованными, просил решение суда оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать, изложил свои доводы. Представил письменные пояснения в порядке ст. 81 АПК РФ.

Представитель ОАО «Единая электронная торговая площадка» поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционных жалоб не согласился, считая их необоснованными, просил решение суда оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционных жалоб отказать, изложил свои доводы. Представил письменные пояснения в порядке ст. 81 АПК РФ.

Девятый арбитражный апелляционный суд, проверив законность и обоснованность решения в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ, выслушав лиц, участвующих в деле, с

учетом исследованных по делу доказательств и доводов апелляционной жалобы полагает, что судебный акт подлежит оставлению без изменения, исходя из следующего.

Как следует из материалов дела, 30 июня 2011 на электронной торговой площадке на сайте ОАО «Единая электронная торговая площадка» в сети Интернет www.roseltorg.ru объявлен открытый аукцион в электронной форме на право заключения муниципального контракта на выполнение строительно-монтажных работ на объекте «Строительство перинатального центра в Восточном районе, г. Владимир».

(Реестровый номер 0328300032811000392) (далее - аукцион в электронной форме).

Согласно протоколу рассмотрению первых частей заявок от 22 июля 2011 Управлением допущено к аукциону в электронной форме 3 (три) участника размещения заказа.

В соответствии с протоколом проведения аукциона, процедура в электронной форме началась 28 июля 2011 в 09 час. 34 мин. 48 сек.

По результатам открытого аукциона в электронной форме, а также в соответствии с протоколом подведения итогов от 29 июля 2011 участник размещения заказа, предложивший наиболее низкую цену контракта - ООО СК «МоноСтрой» признан победителем аукциона.

04 августа 2011 в Федеральную антимонопольную службу от ООО «Еврострой» поступила жалоба на действия ОАО «Единая электронная торговая площадка», содержащая признаки нарушения законодательства Российской Федерации о размещении заказов, при проведении открытого аукциона в электронной форме. По мнению ООО «Еврострой», его права и законные интересы нарушены действиями оператора электронной площадки - ОАО «Единая электронная торговая площадка» перенесло дату проведения аукциона в электронной форме с 25.07.2011 (установлена извещением о проведении аукциона в электронной форме) на 28.07.2011. ООО «Еврострой» не смогло подать предложение о цене контракта в ходе проведения 28.07.2011 аукциона в электронной форме из-за сбоя в работе программно-аппаратного комплекса оператора электронной площадки. На аукционе в электронной форме ценовое предложение подавалось только одним участником размещения заказа из трех допущенных к участию в торгах.

По результатам рассмотрения указанной жалобы ответчиком возбуждено дело № К-1722/11 по признакам нарушения оператором электронной площадки ч. 23 ст. 41.10 Закона о размещении заказов.

10 августа 2011 состоялось заседание комиссии Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере размещения заказов г. Москвы по рассмотрению жалобы ООО «Еврострой» на действия ОАО «Единая электронная торговая площадка» при проведении Управлением аукциона в электронной форме на право выполнения строительно-монтажных работ на объекте «Строительство перинатального центра в Восточном районе, г. Владимир».

В ходе проведения внеплановой проверки комиссией ответчика установлено, что 28 июля 2011 сайт электронной торговой площадки www.roseltorg.ru подвергнулся DDos-атаке, в результате чего у заявителя ООО «Еврострой» отсутствовала возможность подать ценовое предложение в ходе проведения аукциона, который состоялся 23 июля 2011.

По результатам рассмотрения дела № К-1722/11 10 августа 2011 жалоба ООО «Еврострой» признана обоснованной. В действиях оператора электронной площадки установлены нарушения ч. 23 ст. 41.10 Закона о размещении заказов. На основании указанного решения ФАС России выдала предписание об устранении допущенных нарушений законодательства о размещении заказов.

Учитывая, что ООО «Еврострой» обжаловались только действия Оператора электронной площадки, ФАС России уведомила ОАО «Единая электронная торговая площадка» о дате и времени заседания по рассмотрению жалобы ООО «Еврострой».

Представитель оператора электронной площадки в ходе заседания комиссии ФАС России представил свои пояснения, согласился с доводами ООО «Еврострой»,

подтвердил, что 25.07.2011, 28.07.2011, 01.08.2011 электронная торговая площадка подверглась DDoS-атаке, вследствие чего в том числе у ООО «Еврострой» отсутствовала возможность подачи ценовых предложений в ходе проведения аукциона в электронной форме.

Как следует из представленных коллегии письменных пояснений, оператором электронной площадки подано заявление о возбуждении уголовного дела по факту наличия 25.07.2011 и 28.07.2011 DDoS-атаки, в результате которой электронная площадка была недоступна для участия в торгах и не состоялось 3000 тысяч открытых аукционов в электронной форме.

Согласно части 23 статьи 41.10 Закона о размещении заказов оператор электронной площадки обязан обеспечить непрерывность проведения открытого аукциона в электронной форме, надежность функционирования программных и технических средств, используемых для проведения открытого аукциона, равный доступ участников открытого аукциона к участию в нем.

Не обеспечив участникам размещения заказа возможность подать предложения о цене контрактов во время проведения аукционов в электронной форме, оператор электронной площадки нарушил часть 23 статьи 41.10 Закона о размещении заказов, что содержит признаки административного правонарушения, предусмотренного частью 10 статьи 7.30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно решению ФАС России в действиях муниципального бюджетного учреждения «Владстройзаказчик» (далее - заказчик), уполномоченного органа нарушений законодательства Российской Федерации о размещении заказов не выявлено.

Довод Управления о том, что ответчик лишил его возможности непосредственно участвовать в рассмотрении жалобы ООО «Еврострой» обоснованно признан судом первой инстанции несостоятельным со ссылкой на ст. 8, ч. 2 ст. 60 Закона о размещении заказов.

Само по себе не уведомление заказчика и уполномоченного органа о поступившей в ФАС России жалобы ООО «Еврострой» на действия оператора электронной площадки не влияет на законность и обоснованность оспариваемого решения ФАС России, и не влечет признание его незаконным вследствие установленных нарушений законодательства Российской Федерации о размещении заказов, допущенных оператором электронной площадки.

На странице сайта оператора электронной площадки по аукциону в электронной форме, находящейся в открытом доступе (по адресу: [Как верно отмечено судом первой инстанции, оспариваемое решение и предписание ФАС России адресовано оператору электронной площадки. На основании пункта 7 оспариваемого предписания ФАС России именно оператору электронной площадки предписывалось в срок до 20 августа 2011 направить решение комиссии ФАС России от 10.08.2011 года по делу № К-1722/11 и предписание ФАС России в личные кабинеты заявителя \(по жалобе, поступившей в контролирующий орган\), заказчика, уполномоченного органа по аукциону в электронной форме, то есть всем сторонам, имеющим отношение к данному аукциону в электронной форме.](http://e1п.го8eИог2.ги/(га(1e/pa81/?д=0328300032811000392++&id=&customer=&customerinn=&publishedfrom=&publishedto=&endregistrati onfrom=&endregistrationto=&pricefrom=<fprice to=&guarantee p from=&g uarantee p to=&type a=on&type b=on<ftype c=on&type p=on&limit=50) оператором электронной площадки размещена информация о том, что «Аукцион приостановлен по требованию контролирующего органа».</p></div><div data-bbox=)

Как установлено судом первой инстанции, Управлением оспариваемые акты получены от оператора электронной площадки.

Отклоняя доводы заявителя и третьих лиц о не подтверждении оператором электронной площадки и антимонопольной службой факта DDos-атаки, суд обоснованно исходил из того, что заявителем и третьими лицами не доказаны обстоятельства, связанные с умыслом оператора электронной площадки и антимонопольной службы в переносе аукционов, назначенных на 25, 28 июля, на другую дату.

При этом действия оператора электронной площадки и антимонопольной службы в переносе аукционов, назначенных на 25, 28 июля, на другую дату, верно расценены судом, как направленные на обеспечение равного доступа к принятию участия в открытом аукционе в электронной форме участников размещения заказа.

Оценивая довод апелляционных жалоб, что точная дата DDoS-атаки ответчиком не установлена, коллегия отмечает следующее.

Как следует из материалов дела, пояснил представитель ОАО «Единая электронная торговая площадка» в апелляционном суде, 23.07.2011 с 23:00 ч. по 25.07.2011 по 11:30 ч. ОАО «Единая электронная торговая площадка» подверглась DDoS-атаке. Цель DDoS-атак вывести объект атаки из рабочего состояния. Технология DDoS-атак, которым подвергся сайт www.roseltorg.ru подразумевает исчерпание вычислительных ресурсов. Злоумышленники тем или иным способом пытаются "забить" канал, открывая максимально возможное количество соединений на тот или иной сервис или отправки огромного количества информации, которую сервер не в состоянии обработать, что ведет к потере скорости или полной остановке (зависанию) атакуемого ресурса. Данные действия приводят к невозможности обеспечить непрерывность проведения открытых аукционов, функционированию программных и технических средств, используемых для проведения открытых аукционов, равный доступ участников открытых аукционов к участию в торгах, нарушению сроков проведения процедур, что ведет к срыву исполнения государственного (муниципального) заказа.

В связи с возникшей внештатной ситуацией, которую спровоцировала DDoS-атака оператор электронной площадки вынужден был прибегнуть к защите, активировав гео-фильтр - часть аппаратно-программного комплекса, являющаяся программным компонентом оборудования, которое осуществляет блокировку от DDos-атак. Во время DDoS-атаки и при включенном гео-фильтре доступ участников размещения заказа, имеющих иностранные ip-адреса ограничивается.

В этой связи 28.07.2011 доступ участников размещения заказа на электронную площадку так же был ограничен в связи с устранением последствий DDoS-атаки, что подтверждено приложенными к направленным в ФАС жалобам распечатками срин-шотов (т.1 ,л.д.75,76,79, 103-105,111-114,118-127), не отрицалось оператором и при рассмотрении жалоб ответчиком.

Устранение последствий DDoS-атаки пришлось на период подачи ценовых предложений по вышеуказанному открытому аукциону в электронной форме, что не позволило обеспечить непрерывность проведения открытых аукционов и равный доступ для всех участников открытых аукционов, чем нарушены права участников размещения заказа в связи с невозможностью подачи заявки для участия в открытом аукционе в электронной форме.

Отклоняется довод апелляционных жалоб об отсутствии у ФАС России полномочий на вынесение оспариваемых актов.

В соответствии с пунктом 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 пунктом 5.3.1.12 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331 (далее - Положение), ФАС России осуществляет контроль и надзор за соблюдением заказчиком, уполномоченным органом или специализированной организацией либо конкурсной, аукционной или котировочной комиссией законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации о размещении заказов.

В соответствии с приказом ФАС России от 17.08.2009 № 521 создана комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере размещения заказов. 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 статье 17 и главе 8 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» (далее - 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.

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 и 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 размещения на официальном сайте протокола оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе, протокола проведения аукциона или протокола 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 частью 6 статьи 60 Закона о размещении заказов по результатам рассмотрения жалобы федеральный орган исполнительной власти, принимает решение о выдаче предписаний, предусмотренных частью 9 статьи 17 Закона о размещении заказов, о совершении иных действий, предусмотренных статьей 17 Закона о размещении заказов или о признании жалобы участника размещения заказа необоснованной.

Заявитель и третье лицо, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, не указали какое именно их право нарушено и подлежит восстановлению при том, что оспариваемым предписанием предписывалось назначить новую дату проведения аукционов, разместить на электронной площадке информацию о новых датах проведения аукционов, срок которых должен быть назначен не ранее 6 рабочих дней и не позднее 15 рабочих дней с момента размещения информации о дате и времени проведения аукционов.

Следовательно, решение и предписания приняты ФАС России в рамках предоставленных полномочий, в соответствии с законом, не нарушают прав и законных интересов подателей апелляционных жалоб, в связи с чем, оснований для их удовлетворения не имеется.

Доводы апелляционной жалобы ООО СК «Монострой» о том, что суд первой инстанции неправомерно отказал в удовлетворении ходатайств о назначении экспертизы, а также в нарушение норм процессуального законодательства разрешил данное ходатайство не отдельным определением, как того требует пункт 4 статьи 82 АПК РФ, являются несостоятельными.

В соответствии с частью 1 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации вопрос о назначении экспертизы отнесен на усмотрение арбитражного суда и разрешается в зависимости от необходимости разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний.

Следовательно, в рассматриваемом споре, суд первой инстанции обоснованно счел возможным рассмотреть дело по имеющимся доказательствам.

Согласно пункту 4 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации о назначении экспертизы или об отклонении ходатайства о назначении экспертизы арбитражный суд выносит определение.

В соответствии со статьей 184 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд вправе вынести определение как в виде отдельного судебного акта, так и в виде протокольного определения, что отражено в протоколах судебных заседаний (т.3, л.д.103, т.4, л.д.42).

Учитывая изложенное, арбитражный апелляционный суд считает, что судом первой инстанции при рассмотрении спора установлены все обстоятельства, имеющие значение для дела, полно, всесторонне и объективно исследованы представленные доказательства в их совокупности и взаимосвязи с учетом доводов и возражений, приводимых сторонами, и вынесено законное и обоснованное решение.

Нарушений норм процессуального права, влекущих отмену судебного акта в любом случае, судом первой инстанции не допущено.

Рассмотрев ходатайство муниципального казенного учреждения города Владимира «Владстройзаказчик», исходя из организационно - правового статуса лица и руководствуясь ст. 105 АПК РФ, пп. 1.1 пункта 1 статьи 333.37 Налогового кодекса Российской Федерации, разъяснениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Информационном письме от 13.03.2007 N 117 "Об отдельных вопросах практики применения главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации", коллегия считает возможным удовлетворить заявленное ходатайство, и освободить лицо от уплаты государственной пошлины за подачу апелляционной жалобы.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 110, 266, 267, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г.Москвы от 04.04.2012 по делу № А40-101844/11-122-736 оставить без изменения, апелляционные жалобы - 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 Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Ж.В. Поташова

Судьи:

В.Я. Гончаров

В.И. Попов

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