



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-15812/2012-АК

г. Москва
18 июля 2012 года

Дело № А40-2917/12-84-27

Резолютивная часть постановления объявлена 11 июля 2012 года
Постановление изготовлено в полном объеме 18 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 апелляционную жалобу ООО
"Проект Холдинг"
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.04.2012 по делу № А40-2917/12-84-27,
судьи Сизовой О.В.,
по заявлению ООО "Проект Холдинг" (ОГРН 5077746930608; 101000, г.Москва, ул.
Покровка, д. 20/1, стр. 1)
к Федеральной антимонопольной службе (123995, г.Москва, Д-242, ГСП-5, Садовая
Кудринская, д. 11)
третьи лица: Управление делами Президента Российской Федерации (103132, г.Москва,
Никитников пер., д. 2, под. 5), ОАО «Единая электронная торговая площадка» (117312,
г.Москва, пр. 60-летия Октября, д. 9)
о признании недействительным решения от 07.09.2011 по делу № Р-48/11 о включении
сведений в реестр недобросовестных поставщиков; обязанности исключить сведения из реестра,
при участии:
от заявителя: Зиновский С.Б. по доверенности от 06.12.2011;
от ответчика: Лапина Ю.А. по доверенности от 07.10.2011 № ИА/38026, уд. № 7800;
от третьих лиц: от Управления делами Президента Российской Федерации – не явился,
извещен; от ОАО «Единая электронная торговая площадка» - не явился,
извещен;

У С Т А Н О В И Л :

решением Арбитражного суда г. Москвы от 12.04.2012, принятым по данному делу,
отказано в удовлетворении требований ООО "Проект Холдинг" (далее – заявитель, Общество) о
признании недействительным решения ФАС России от 07.09.2011 по делу №Р-48/11 о
включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков; обязанности исключить сведения из
реестра.

При этом суд первой инстанции исходил из соответствия оспариваемого решения
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 Общества, что в силу ст. 198 АПК РФ исключает возможность удовлетворения заявленных требований при рассмотрении спора по существу.

Не согласившись с принятым решением, Общество обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Указывает, что решение Федеральной антимонопольной службы 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 права.

Отзыв на апелляционную жалобу не представлен.

От Управления делами Президента Российской Федерации и от ОАО «Единая электронная торговая площадка» поступили ходатайства о рассмотрении дела в их отсутствие. Дело рассмотрено в порядке ст.ст.123, 156 АПК РФ в отсутствие представителей третьих лиц, извещенных о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом.

Представитель заявителя поддержал доводы апелляционной жалобы, 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, считает жалобу необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать, представил в порядке ст.81 АПК РФ письменные объяснения, которые приобщены судом к материалам дела.

Девятый арбитражный апелляционный суд, проверив законность и обоснованность решения в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ, выслушав представителей заявителя и ответчика, с учетом исследованных по делу доказательств и доводов апелляционной жалобы полагает, что судебный акт подлежит оставлению без изменения, исходя из следующего.

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.

Как следует из материалов дела, 30.05.2011 на официальном сайте РФ для размещения информации о размещении заказов и на сайте ОАО «Единая электронная торговая площадка» в сети Интернет www.roseltorg.ru Управлением делами Президента Российской Федерации (далее – Заказчик) размещено извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме на выполнение подрядных работ по строительству линии энергоснабжения (в части строительства трансформаторных подстанций и реконструкции распределительных устройств) в ФГУ «Дом

отдыха «Архангельское» Управления делами Президента Российской Федерации № 0173100011511000040 в соответствии с главой 3.1 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о размещении заказов).

Начальная (максимальная) цена контракта 186 029 200 рублей.

Согласно протокола подведения итогов открытого аукциона в электронной форме от 30.06.2011 участником, занявшим первое место (победителем), признано ООО «Проект Холдинг».

Заказчиком 25.07.2011 принято решение о признании победителя аукциона уклонившимся от заключения государственного контракта, а также опубликован протокол отказа от заключения контракта. Заказчик обратился в Федеральную антимонопольную службу с заявлением о включении сведений об ООО «Проект Холдинг» в реестр недобросовестных поставщиков.

На основании указанного обращения ФАС России возбуждено и рассмотрено дело № Р-48/11 о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков и 07.09.2011 вынесено решение о включении сведений об ООО «Проект Холдинг» в реестр недобросовестных поставщиков в связи с уклонением от заключения государственного контракта сроком на два года.

Частью 2 статьи 19 Закона о размещении заказов предусмотрено, что в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения государственного или муниципального контракта.

В соответствии с ч. 4 ст. 41.12. Закона о размещении заказов в течение пяти дней со дня 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 настоящей статьи протокол разногласий.

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, 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. Способ обеспечения исполнения контракта из указанных в настоящей части способов определяется таким участником открытого аукциона в электронной форме самостоятельно (ч. 19 ст. 41.12 Закона о размещении заказов).

Согласно п. 11 ч. 3 ст. 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать сведения, в том числе о размере обеспечения исполнения контракта, срок и порядок его предоставления в случае, если заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта.

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 о размещении заказов).

В судебных актах Конституционного Суда РФ (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 РФ, 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 РФ 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.

Согласно представленным сведениям (документам) от оператора электронной площадки Заказчик направил проект контракта победителю аукциона 05.07.2011 в 19-47.

18.07.2011 в 09-49 победитель аукциона (ООО «Проект Холдинг») направил протокол разногласий к проекту контракта. По результатам рассмотрения протокола разногласий к проекту контракта заказчик победителю повторно направляет проект контракта с учетом протокола разногласий 21.07.2011 в 18-20.

В случае, если при подписании контракта имеются протоколы разногласий, то срок подписания контракта после всех урегулированных вопросов между Заказчиком и победителем аукциона в электронной форме составляет не пять дней, а три дня (статья 41.12 Закона о размещении заказов).

В установленный законом срок (24.07.2011) победитель не подписал проект контракта и 25.07.2011 заказчиком опубликован протокол отказа от заключения контракта с победителем.

Согласно ч. 20 ст. 41.12 Закона 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.

Судом первой инстанции достоверно установлено, что заявитель в срок, предусмотренный частью 4 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, направил Оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью (далее - ЭЦП) лица, имеющего право действовать от имени участника размещения заказа - ООО «Проект Холдинг», проект государственного контракта, а также направило документ об обеспечении исполнения контракта, требование о предоставлении которого установлено заказчиком в документации об аукционе. При этом документ об обеспечении исполнения контракта не соответствовал требованиям части 19 статьи 41.12 Закона о размещении заказов – размер обеспечения исполнения контракта по представленному договору поручительства равен - 36 833 781 рублей 60 копеек, что меньше суммы обеспечения исполнения контракта, установленной пунктами 7.4, 7.16 раздела 1.3 «Информационная карта аукциона» документации об Аукционе в размере 30% от начальной (максимальной) цены контракта, что составляет - 55 808 760 рублей 00 копеек, и части 22 статьи 41.12 Закона о размещении заказов – к договору поручительства не приложены документы, подтверждающие соответствие поручителя установленным законом требованиям (копии бухгалтерского баланса

поручителя, предоставленного в налоговый орган в установленном порядке, а также документы в отношении поручителя, подтверждающие полномочия лица, подписавшего договор поручительства и копии учредительных документов поручителя).

Представленный договор поручительства от 08.07.2011 № ДП-0319/07/2011 подписан только со стороны ООО «Боверэкс» и не подписан ООО «Проект Холдинг», в связи с чем ответчик пришел к выводу, что данный договор считается не заключенным согласно статьям 153, 362 и 434 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Как верно отмечено судом первой инстанции, Законом о размещении заказов не предусмотрено, что государственный контракт (и учредительные документы к нему) может заключаться в простой письменной форме, если торги проводятся путем проведения аукциона в электронной форме. Поэтому представление документов лично, по почте, по факсу не являются поводом для заключения государственного контракта, так как указанное противоречит нормам Закона о размещении заказов.

Вопреки доводам жалобы суд первой инстанции исследовал вопрос уклонения заявителя от подписания контракта, выразившееся в том, что победитель не направил вместе с договором поручительства документы, соответствующие части 20 статьи 41.12 Закона о размещении заказов, а также не представил обеспечение исполнение контракта в сумме указанной непосредственно в документации об аукционе, исполнение обеспечение контракта заявителем в полном объеме, то есть в сумме 55 808 760,00 не представлено, что в совокупности и является уклонением от заключения контракта.

Поскольку указанный выше договор не мог расцениваться как надлежащее обеспечение исполнения победителем размещения заказа, то правомерен вывод суда о том, что заявитель не представил надлежащее обеспечение государственного контракта предусмотренное документацией об аукционе.

На основании ст. 19 Закона о размещении заказов, в случае поступления сведений об уклонении участника размещения заказа от заключения 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. В случае подтверждения факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти осуществляет размещение сведений, предусмотренных частью 3 настоящей статьи, в реестре недобросовестных поставщиков в течение трех рабочих дней со дня подтверждения указанного факта.

В соответствии с нормами действующего законодательства включение участников размещения заказов в реестр недобросовестных поставщиков входит в компетенцию ФАС России.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 N 292 в соответствии с частью 11 статьи 19 Закона о размещении заказов утверждено Положение о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков (далее - Положение N 292).

В подпункте "д" пункта 7 Положения N 292 указано, что в случае уклонения победителя конкурса (аукциона) от заключения государственного контракта заказчик не позднее трех дней с даты заключения государственного контракта с участником размещения заказа, с которым в соответствии с законодательством Российской Федерации в сфере размещения заказов заключается контракт при уклонении победителя конкурса (аукциона) от заключения контракта, направляет в уполномоченный орган иные документы (при их наличии), свидетельствующие об отказе победителя конкурса (аукциона) или победителя в проведении запроса котировок от заключения государственного или муниципального контракта.

В случае непредставления заказчиком документов, предусмотренных, в том числе, подпунктом "д" пункта 7 настоящего Положения N 292, уполномоченный орган в течение десяти дней с даты поступления от заказчика сведений об уклонении участника размещения

заказа от заключения государственного контракта осуществляет проверку факта уклонения от заключения контракта победителя конкурса (пункт 12 Положения N 292).

Суд апелляционной инстанции отмечает, что для заключения государственного контракта не достаточно одного только факта направления победителем аукциона договора поручительства, необходимо его соответствие требованиям документации об аукционе, а также общим нормам закона предъявляемым к такого рода договорам.

Вопреки доводам апелляционной жалобы ответчиком в порядке ст. 19 Закона о размещении заказов проведена проверка факта уклонения общества от заключения контракта, по результатам которой установлена недобросовестность действий заявителя.

Заявитель не представил никаких доказательств, обосновывающих наличие объективных, независящих от него обстоятельств, повлекших предоставление им ненадлежащего договора поручительства. Законом не предусмотрена обязанность заказчика указать на не соответствие предоставляемых документов установленным требованиям и предоставить возможность подать надлежащее. Доводов, что при указанных несоответствиях договора требованиям аукционной документации и Закона о размещении заказов, можно прийти к выводу об отсутствии недобросовестности в действиях заявителя, суду в нарушение ст. 65 АПК РФ не приведено.

Вместе с тем, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ).

Доказательств того, что обществом в установленный ч. 4 ст. 41.12 Закона о размещении заказов срок были приняты меры для представления заказчику надлежащего обеспечения, заявителем суду в порядке ч. 1 ст. 65 АПК РФ не представлено.

Принимает коллегия во внимание и то, что как установлено судом первой инстанции, заказчиком 29.07.2011 заключен государственный контракт с участником размещения заказа, предложение о цене контракта которого, содержит лучшие условия, следующие после предложенных победителем условий.

Иное толкование подателем апелляционной жалобы норм права не свидетельствует о судебной ошибке.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают выводы суда, положенные в основу решения, и не могут служить основанием для его отмены или изменения.

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

Судебные расходы по уплате госпошлины по апелляционной жалобе в силу ч. 5 ст. 110 АПК РФ относятся на заявителя.

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

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда г.Москвы от 12.04.2012 по делу № А40-2917/12-84-27 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 Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Ж.В. Поташова

Судьи:

В.Я. Гончаров

В.И. Попов