

**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-22139/2010-АК**

г. Москва

08.11.2010 г.

Дело А40-33098/10-119-167

Резолютивная часть постановления объявлена 01.11.2010 г.

Постановление изготовлено в полном объеме 08.11.2010 г.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи Москвиной Л.А.,

судей: Гончарова В.Я., Свиридова В.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Манохиной И.А.,

Рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Администрации Великого Новгорода

на решение Арбитражного суда г. Москвы от 07.07.2010 г.

по делу № А40-33098/10-119-167, принятое судьей Быковой Ю.Л.,

по заявлению Администрации Великого Новгорода

к Федеральной антимонопольной службе

третьи лица: 1) МУП «Новгородский водоканал», 2) ООО «ЭСМУ-4»,
3) ООО «Стройлогистика»

о признании недействительными решения и предписания

при участии в судебном заседании:

от заявителя: не явился, извещен

от ответчика: Баширова Д.М. по доверенности от 03.08.2010 г.

от третьих лиц: 1) Мирный В.М. по доверенности от 27.10.2010 г.,

2) не явился, извещен, 3) не явился, извещен

УСТАНОВИЛ:

Администрация Великого Новгорода (далее – Администрация, заявитель) обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об оспаривании решения и предписания Федеральной антимонопольной службы (далее - ответчик) по результатам рассмотрения жалобы ООО «ЭСМУ-4» от 19.10.2009 г., и решения по результатам рассмотрения жалобы ООО «Стройлогистика» от 27.10.2009 г.

Решением от 07.07.2010 г. суд отказал в удовлетворении заявленных требований, мотивировав свои выводы тем, что оспариваемые по делу ненормативные акты антимонопольного органа являются законными, соответствует Федеральному закону от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров,

выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», не нарушают прав и законных интересов заявителя.

Не согласившись с принятым решением, Администрация обратилась с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. В обоснование доводов апелляционной жалобы заявитель указывает на отсутствие в его действиях нарушений требований ч. 8 ст. 9, ч. 4 ст. 11, ч. 2 ст. 12, ч.ч. 3, 4, 7 ст. 34 Закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

В судебном заседании представитель ответчика поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает ее необоснованной, просит решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы - отказать. Считает, что оспариваемые акты соответствуют Федеральному закону «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» и не нарушают права и законные интересы заявителя,

В судебном заседании представитель третьего лица доводы апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, просит отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт, об отказе в удовлетворении заявленных требований. Полностью поддержал позицию заявителя.

Представитель заявителя, надлежащим образом извещенный о времени и месте судебного разбирательства, в судебное заседание суда апелляционной инстанции не явился. Суд счел возможным рассмотреть дело в его отсутствие в порядке ст.ст. 123, 156 АПК РФ.

Законность и обоснованность принятого решения проверены апелляционной инстанцией в порядке ст.ст. 266, 268 АПК РФ.

Изучив все представленные в деле доказательства, заслушав представителей сторон, рассмотрев доводы апелляционной жалобы, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены решения и удовлетворения апелляционной жалобы, исходя из следующего.

Как видно из материалов дела, 06.08.2009 г. Администрацией Великого Новгорода объявлен открытый аукцион на право заключения муниципального контракта на выполнение работ по водоснабжению Деревяницкого жилого микрорайона (II этап строительства насосной станции первого подъема).

Информация о проведении аукциона размещена в газете «Новгород» и на официальном сайте Администрации www.adm.nov.ru.

Согласно протокола рассмотрения заявок на участие в аукционе от 13.10.2009 г., к участию в аукционе допущено МУП «Новгородский водоканал»; в допуске к участию в аукционе ООО «Стройлогистика» отказано по причине несоответствия заявки на участие требованиям документации об аукционе; аукцион признан несостоявшимся в связи с допуском к участию в нем одного участника; решено заключить государственный контракт с МУП «Новгородский водоканал»

14.10.2009 г. ООО «ЭСМУ-4», не являвшееся участником вышеназванного конкурса, обратилось в Федеральную антимонопольную службу с жалобой на действия Администрации в связи с допущенными ею нарушениями Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов) при проведении открытого конкурса.

19.10.2009 г. решением Федеральной антимонопольной службы жалоба ООО «ЭСМУ-4» по делу № К887-09 признана обоснованной, в действиях заказчика установлены нарушения ч. 8 ст. 9, ч.4 ст. 11, ч.ч. 3, 4., 7 ст. 34 Закона о размещении

заказов и в адрес Администрации вынесено предписание, согласно которому заявитель обязан отменить протокол рассмотрения заявок на участие в аукционе от 13.10.2009 г., привести документацию об аукционе в соответствии с требованиями Закона о размещении заказов и с учетом решения от 19.10.2009 г. №К-887/09, продлить срок подачи заявок на участие в аукционе на пятнадцать дней со дня размещения на официальном сайте соответствующих изменений, поданные заявки вернуть участникам размещения заказа, представить в антимонопольный орган подтверждение исполнения п.1-3 предписания.

21.10.2009 г. в Федеральную антимонопольную службу с жалобой на действия заказчика обратилось ООО «Стройлогистика».

27.10.2009 г. решением Федеральной антимонопольной службы жалоба ООО «Стройлогистика» по делу № К-955-09 признана обоснованной, в действиях заказчика установлены нарушения ч. 8 ст. 9, ч. 4 ст. 11, ч. 2 ст. 12, ч.ч. 3, 4, 7 ст. 34 Закона о размещении заказов.

Предписание по данному делу антимонопольным органом не выдавалось.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения заявителя в Арбитражный суд г. Москвы 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, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой 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.

В силу ч. 4 ст. 198 АПК РФ заявление о признании ненормативных правовых актов недействительными, решений и действий (бездействия) незаконными может быть подано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня, когда организации стало известно о нарушении ее прав и законных интересов, если иное не установлено федеральным законом. Пропущенный по уважительной причине срок подачи заявления может быть восстановлен судом.

Срок, предусмотренный в ч. 4 ст.198 АПК РФ, заявителем соблюден.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В ст. 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативного акта государственного органа или органа местного самоуправления недействительным, является, одновременно, как его несоответствие закону или иному нормативно-правовому акту,

так, и нарушение указанным актом гражданских прав и охраняемых законом интересов граждан или юридических лиц, обратившихся в суд с соответствующим требованием.

Таким образом, в круг обстоятельств, подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействия) госорганов входят проверка соответствия оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту, проверка факта нарушения оспариваемым актом действием (бездействием) прав и законных интересов заявителя, а также соблюдение срока на подачу заявления в суд.

Принимая оспариваемое решение, суд первой инстанции, вопреки доводам апелляционной жалобы, полно и всесторонне исследовал имеющие значение для правильного рассмотрения дела обстоятельства, правильно применил и истолковал нормы материального и процессуального права и на их основании сделал обоснованный вывод об отсутствии совокупности необходимых условий для удовлетворения заявленных требований.

В обоснование своей правовой позиции заявитель указывает на нарушение антимонопольным органом ст.ст. 17, 57 Закона о размещении заказов и отсутствие правовых оснований для рассмотрения жалобы ООО «ЭСМУ-4», не являвшегося участником вышеназванного конкурса.

Согласно ч. 1 ст. 57 Закона о размещении заказов, правом обжалования действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии обладает любой участник размещения заказа.

Участниками размещения заказов являются лица, претендующие на заключение государственного или муниципального контракта.

Таким образом, положения названного Закона о размещении заказов не содержат ограничений по обжалованию заинтересованным лицом положений документации об аукционе, информации о размещаемом заказе, размещенной на официальном сайте в сети Интернет, порядка направления участнику размещения заказа разъяснений положений документации, порядка представления документации, относительно факта подачи данным лицом заявки на участие в проводимом аукционе.

Данные ограничения к кругу лиц установлены ч. 2 ст. 57 Закона о размещении заказов в случае обжалования действия (бездействие), совершенных после начала соответственно вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе, рассмотрения заявок на участие в аукционе, рассмотрения и оценки котировочных заявок, только участником размещения заказа, подавшим заявку на участие в торгах.

Как следует из жалобы ООО «ЭСМУ-4», общество не имело возможности сформировать предложение для участия в открытом аукционе по причине несоответствия условий об аукционе требованиям Закона о размещении заказов.

Статьей 59 Закона о размещении заказов установлен исчерпывающий перечень оснований возврата антимонопольным органом лицу жалобы на действия заказчика при проведении торгов, среди которых отсутствует требование о подачи лицом, обжалующим действия (бездействие) заказчика, заявки на участие в торгах, наличие нарушения его прав и законных интересов и ненаправление жалобы в адрес заказчика.

В связи с указанным, доводы апелляционной жалобы о нарушении антимонопольным органом ст.ст. 17, 57 Закона о размещении заказов отклоняются апелляционным судом как необоснованные.

В обоснование своей правовой позиции и доводов апелляционной жалобы Администрация также указывает на отсутствие в его действиях нарушений требований ч. 8 ст. 9, ч. 4 ст. 11, ч. 2 ст. 12, ч.ч. 3, 4, 7 ст. 34 Закона о размещении заказов.

Согласно пункта 7.4 проекта муниципального контракта, являющегося Приложением № 2 к документации об аукционе, предусмотрено право заказчика на одностороннее расторжение муниципального контракта.

Вместе с тем, в соответствии с ч. 8 ст. 9 Закона о размещении заказов расторжение муниципального контракта допускается исключительно по соглашению сторон или по решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

Следовательно, указанное положение Закона о размещении заказов ограничивает право заказчика в выборе способов расторжения государственного контракта, предоставляя ему право расторжения контракта только путем соглашения сторон или по решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

Таким образом, положение пункта 7.4 проекта муниципального контракта документации об аукционе не соответствует положениям ч. 8 ст. 9 Закона о размещении заказов.

В соответствии с п.п. в) п. 3.2.2. Раздела 3 «Подготовка заявки на участие в аукционе» документации об Аукционе Заказчик установил, что лицензия должна быть действительна до окончания выполнения работ.

Согласно ст. 11 Закона о размещении заказов устанавливаются требования к участникам размещения заказа, в том числе и о соответствии участников размещения заказа требованиям, устанавливаемым в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом торгов. В том числе к указанным требованиям относится наличие у участника размещения заказа лицензии на определенный вид деятельности, являющийся предметом размещения заказа.

В силу ч. 4 ст. 11 Закона о размещении заказов кроме указанных в частях 1 - 3 данной статьи требований заказчик, уполномоченный орган не вправе устанавливать иные требования к участникам размещения заказа.

Таким образом, установление заказчиком требования к участникам размещения заказа о том, что лицензия должна быть действительна до окончания выполнения работ является нарушением ч. 4 ст. 11 Закона о размещении заказов.

Согласно ч. 3 ст. 34 Закона о размещении заказов при размещении заказа путем проведения аукциона документация об аукционе может содержать указание на товарные знаки, которое должно сопровождаться словами «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых применяются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком. Эквивалентность товаров определяется в соответствии с требованиями и показателями, устанавливаемыми в соответствии с частью 2 статьи 34 Закона о размещении заказов.

Таким образом, в случае если документация об аукционе содержит указание на товарные знаки к материалам, оборудованию, сопровождающиеся словами «или эквивалент», заказчик обязан установить показатели, технические характеристики и Другие параметры в целях определения эквивалентности в отношении каждого товара или оборудования, необходимого заказчику.

В «Техническом задании» документации об Аукционе по ряду позиций указана марка товара, с возможностью поставки эквивалента соответствующего товара. При этом указано, что эквивалент должен быть представлен в соответствии с техническим паспортом указанного товара, однако показатели, технические характеристики и другие параметры в целях определения эквивалентности в отношении каждого товара или оборудования отсутствуют (например: «Siemens PROFIBUS FC 6XVI 830-3FH10 (или эквивалент в соответствии с техническим паспортом»)).

В связи с указанным суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что заказчиком допущено нарушение ч. 3 ст. 34 Закона о размещении заказов.

Также в «Информационной карте аукциона» документации об Аукционе Заказчиком не установлен фиксированный размер аванса, а именно: «Предусматривается авансирование, но не более 29%», что не соответствует ч. 4 ст. 34 Закона о размещении заказа.

В соответствии с ч. 7 ст. 34 Закона о размещении заказов заказчик обеспечивает размещение документации об аукционе на официальном сайте в срок, предусмотренный частью 1 статьи 33 Закона о размещении заказов, одновременно с размещением извещения о проведении открытого аукциона.

Согласно информационной карте документации об аукционе предмет аукциона, требования к производству работ, виды и объем работ определяются согласно техническому заданию документации об аукционе и проекту стадии Р.

Следовательно, документация об аукционе должна содержать требования к предмету размещения заказа, документация об аукционе должна содержать проект стадии Р.

В размещенной на официальном сайте Администрации Великого Новгорода документации об аукционе отсутствует проект стадии Р (приложение № 4 к проекту муниципального контракта).

При этом согласно титульному листу документации об аукционе проект стадии Р в электронном виде через сеть Интернет не предоставляется -электронную копию проекта можно получить по адресу: МУП «Новгородский водоканал», ул.Германа, д.33,тел.77-11-98.

В связи с указанным, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что неразмещение на официальном сайте в сети «Интернет» заказчиком в составе документации об аукционе проекта стадии Р свидетельствует об ограничении участников размещения заказа путем необходимости осуществления ими дополнительных действий по получению информации, необходимой для формирования предложения в рамках размещаемого заказа.

Таким образом, неразмещение заявителем на официальном сайте в сети «Интернет» документации об аукционе с проектом стадии Р ограничивает число участников размещения заказа, нивелирует принципы открытости и прозрачности размещения заказа, установленные ч. 1 ст. 1 Закона о размещении заказов.

Кроме того, согласно ст. 5 Закона о размещении заказов под размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд понимаются осуществляемые в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом, действия заказчиков, уполномоченных органов по определению поставщиков (исполнителей, подрядчиков) в целях заключения с ними государственных или муниципальных контрактов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

Как следует из материалов дела, оспариваемое по делу предписание антимонопольного органа заявителем не исполнено: протокол рассмотрения заявок на участие в аукционе от 13.10.2009 г. не отменен, изменения в документацию об аукционе в соответствии с требованиями законодательства о размещении заказов с учетом решения по делу №К-887/09 не внесены. По итогам проведенного открытого аукциона на основании протокола рассмотрения заявок на участие в аукционе от 13.10.2009 г. заказчиком заключен муниципальный контракт от 30.10.2009 г. (номер реестровой записи 149920), который находится на стадии исполнения и как пояснили представители лиц, участвующие в деле в судебном заседании, контракт фактически исполнен.

При указанных обстоятельствах, избранный заявителем способ защиты не приводит к восстановлению его субъективных прав, а материальный интерес заявителя к оспариваемым решению и предписанию Федеральной антимонопольной службы

имеет абстрактный характер, так как отсутствует неопределенность в сфере правовых интересов истца, устранение которой возможно в случае удовлетворения иска.

Согласно ч. 3 ст. 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Исходя из изложенного, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что заявителем не приведены правовые основания заявленного требования и не представлены допустимые доказательства в обоснование приведенных доводов, в связи с чем, основания для удовлетворения заявленных требований отсутствуют.

Суд апелляционной инстанции считает, что судом первой инстанции выяснены все обстоятельства дела, правильно оценены доводы сторон и вынесено законное и обоснованное решение, в связи с чем апелляционная жалоба не подлежит удовлетворению.

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

Руководствуясь ст. ст. 266, 268, 269, 271 АПК РФ, арбитражный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г. Москвы от 07.07.2010 г. по делу № А40-33098/10-119-167 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:

Л.А. Москвина

Судьи:

В.А. Свиридов

В.Я. Гончаров