



ФАС России	
Канцелярия	
015101	16 АПР 2009
Вх. _____	от _____
№ _____	листaх _____

ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной Сторожки, 12
адрес веб-сайта: <http://9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ №09АП-1526/2009-АК

Город Москва
03 апреля 2009 года

№ А40-52618/08-152-456

Резолютивная часть постановления объявлена 30 марта 2009 года
Полный текст постановления изготовлен 03 апреля 2009 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи Захарова С.Л.,
Судей Москвиной Л.А., Демидовой О.В.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Коваленко В.В.
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
Министерства регионального развития Российской Федерации
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.12.2008
по делу № А40-52618/08-152-456, принятое судьей Роговым А.Н.,
по заявлению Министерства регионального развития Российской Федерации
к Федеральной антимонопольной службе
о признании недействительным решения и предписания
третьи лица: 1) ООО «Мегатрон», 2) ООО «Фирма «АРТИ»

при участии в судебном заседании:

от заявителя – Гарбат Л.В. паспорт 45 09 517663 по дов. от 12.01.2009,
от заинтересованного лица – Страхова Е.Н. уд.№0775 по дов. от 07.04.2008,
от третьих лиц - 1) не явился, извещен; 2) Самородкина М.В. уд.№4553 по дов. от 01.08.2008.

УСТАНОВИЛ:

Министерство регионального развития Российской Федерации (далее – заявитель, Заказчик, Министерство) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с требованием к Федеральной антимонопольной службе (далее – ФАС России) о признании недействительными решения и предписания комиссии Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере размещения заказов от 11.08.2008, вынесенного по делу № К-236/08 о нарушении законодательства о размещении заказов.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 04.12.2008 в удовлетворении заявленных требований отказано. При этом суд первой инстанции исходил из того, что оспариваемое решение и предписание соответствуют требованиям Федеральному Закону от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для

государственных и муниципальных нужд» и не нарушают прав и законных интересов заявителя.

Не согласившись с принятым по делу судебным актом, Министерство подало апелляционную жалобу, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В обоснование этого указывается, что в соответствии с условиями аукциона от исполнителя требовалось предоставление услуг по техническому обслуживанию копировально-множительной техники Министерства, а не поставка товаров, в связи с чем пункт 2 части 2 ст.35 Закона о размещении заказов, а также ст. 456 ГК РФ в данной ситуации не применимы.

Требование о предоставлении в составе заявки нотариально заверенных копий документов является исполнимым и не является ограничением доступа субъектов предпринимательской деятельности к участию в конкурсе. Кроме того, требование к способу изготовления копии документа, прилагаемого к заявке на участие, законодателем не конкретизировано, а потому условие о необходимости предоставления нотариально заверенных копий документов не может рассматриваться как дополнительное. Следовательно, Министерство не нарушило ч.3 ст. 35 Закона о размещении заказов.

Суд рассмотрел дело в отсутствие третьего лица - ООО «Мегатрон», извещенного надлежащим образом о месте и времени судебного разбирательства.

В судебном заседании представитель Министерства доводы апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, изложил свою позицию, указанную в апелляционной жалобе, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований, изложил свою позицию, указанную в апелляционной жалобе. Считает, что участник размещения заказа должен обладать лицензией РФ по техническому и экспертному контролю на право оказывать услуги по технической защите конфиденциальной информации, а также иметь лицензию ФСБ России на осуществление работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну.

Представитель заинтересованного лица в судебном заседании поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает ее необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы - отказать, изложил свои доводы. Считает, что установление Заказчиком требования к участникам размещения заказа о представлении в составе заявки на участие в аукционе копий документов, подтверждающих соответствие услуг, требуемых Заказчику, требованиям установленным в соответствии с законодательством РФ к таким услугам, а именно сертификатов соответствия, является нарушением пункта 2 части 2 статьи 35 Закона о размещении заказов, установление Заказчиком требования к участникам размещения заказа о нотариальном заверении копий указанных документов является нарушением части 3 статьи 35 Закона о размещении заказов.

В судебном заседании представитель третьего лица - ООО «Фирма «АРТИ» доводы апелляционной жалобы заявителя поддержал в полном объеме, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Считает, что требования о предоставлении нотариально заверенных копий и сертификатов не противоречат Закону о размещении заказов.

Законность и обоснованность решения проверены в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ. Апелляционная инстанция, выслушав представителей участвующих в деле лиц, исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, приходит к следующим выводам.

Как следует из материалов дела, в ФАС России поступила жалоба ООО «Мегатрон» на действия государственного заказчика Министерства регионального развития Российской Федерации при проведении открытого аукциона на оказание услуг по техническому обслуживанию копировально-множительной техники, содержащие признаки нарушения Закона о размещении заказов.

11.08.2008 Комиссией ФАС по контролю в сфере размещения заказов принято решение по делу №К-236/08 о признании жалобы ООО «Мегатрон» обоснованной в части установления заявителем незаконного требования о предоставлении участником размещения заказа в состав заявки на участие в открытом аукционе на оказание услуг по техническому обслуживанию копировально-множительной техники Министерства регионального развития Российской Федерации нотариально заверенных копий лицензий и о признании в действиях Министерства регионального развития Российской Федерации нарушения части 3 статьи 35, пункта 2 части 2 статьи 35 Федерального закона от 21.07.2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Кроме того, Комиссией ФАС по контролю в сфере размещения заказов выдано предписание по делу № К-236/08 об устранении нарушений законодательства о размещении заказов.

Заявитель, полагая, что решение и предписание ФАС России не соответствуют требованиям Закона о размещении заказов не соответствуют требованиям Закона о размещении заказов и нарушают его права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, обратился в арбитражный суд.

Вопреки утверждениям в апелляционной жалобе, решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований основано на полной и всесторонней оценке представленных сторонами доказательств, правильном определении имеющих значение обстоятельств дела и правильном применении норм материального права.

Отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд регулирует Федеральный закон 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).

Статья 12 Закона о размещении заказов устанавливает условия допуска к участию в торгах, в частности пункты 1 и 2 части 1 данной статьи предусматривают, что при рассмотрении заявок на участие в конкурсе или заявок на участие в аукционе участник размещения заказа не допускается конкурсной или аукционной комиссией к участию в конкурсе или аукционе в случае:

1) не предоставления документов, определенных частью 3 статьи 25 настоящего Федерального закона (за исключением документов, предусмотренных подпунктом «г» пункта 1 части 3, частью 3.1 статьи 25 настоящего Федерального закона), частью 2 статьи 31.4 или частью 2 статьи 35 настоящего Федерального закона, либо наличия в таких документах недостоверных сведений об участнике размещения заказа или о товарах, о работах, об услугах, о произведении литературы или искусства, об исполнении, о национальном фильме, соответственно на поставку, выполнение, оказание, создание которых либо финансирование проката или показа которого размещается заказ;

2) несоответствия требованиям, установленным в соответствии со статьей 11 настоящего Федерального закона.

Пунктом 1 части 1 статьи 11 Закона о размещении заказов предусмотрено, что при размещении заказа путем проведения торгов устанавливаются следующие обязательные требования к участникам размещения заказа: соответствие участников размещения заказа требованиям, устанавливаемым в соответствии с законодательством Российской Федерации к

лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом торгов.

Для участия в аукционе участник размещения заказа подает заявку на участие в аукционе в срок и по форме, которые установлены документацией об аукционе (часть 1 статьи 35 Закона о размещении заказов).

Часть 2 статьи 35 Закона о размещении заказов устанавливает требования к содержанию заявки на участие в аукционе.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 35 Закона о размещении заказов заявка на участие в аукционе должна содержать документы, подтверждающие соответствие участника размещения заказа установленным требованиям и условиям допуска к участию в аукционе, или копии таких документов, в том числе: копии документов, подтверждающих соответствие участника размещения заказа требованиям, установленным пунктом 1 части 1 статьи 11 настоящего Федерального закона, в случае, если в соответствии с законодательством Российской Федерации установлены требования к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые являются предметом аукциона (подпункт "б"); документы, подтверждающие соответствие участника размещения заказа требованиям, установленным в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 11 настоящего Федерального закона, в случае, если такое требование установлено заказчиком, уполномоченным органом (подпункт «в» пункта 3 части 2 статьи 35 Закона о размещении заказов).

Аукционная комиссия рассматривает заявки на участие в аукционе на соответствие требованиям, установленным документацией об аукционе, и соответствие участников размещения заказа требованиям, установленным в соответствии со статьей 11 настоящего Федерального закона (часть 1 статьи 36 Закона о размещении заказов).

На основании результатов рассмотрения заявок на участие в аукционе аукционной комиссией принимается решение о допуске к участию в аукционе участника размещения заказа и о признании участника размещения заказа, подавшего заявку на участие в аукционе, участником аукциона, или об отказе в допуске такого участника размещения заказа к участию в аукционе в порядке и по основаниям, которые предусмотрены статьей 12 настоящего Федерального закона, а также оформляется протокол рассмотрения заявок на участие в аукционе, который ведется аукционной комиссией и подписывается всеми присутствующими на заседании членами аукционной комиссии и заказчиком, уполномоченным органом в день окончания рассмотрения заявок на участие в аукционе (часть 3 статьи 36 Закона о размещении заказов).

Таким образом, из приведенных норм действующего законодательства следует, что аукционной комиссией может быть отказано в допуске участника размещения заказа к участию в аукционе в порядке и по основаниям, которые предусмотрены статьей 12 Закона о размещении заказов.

Как следует из материалов дела, согласно пункту 11 части 4 документации об аукционе Заказчика заявка на участие в аукционе должна содержать нотариально заверенные копии следующих документов: лицензии ФСТЭК России на право оказывать услуги по технической защите конфиденциальной информации; сертификата соответствия ФСТЭК России, удостоверяющего, что программное обеспечение, устанавливаемое и используемое Исполнителем в ходе оказания услуг, сертифицировано по классу защищенности 1Г; лицензии ФСБ России на осуществление работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну; сертификата соответствия Госстандарта России, подтверждающего соответствие оказываемых Исполнителем услуг требованиям сертификации ГОСТ Р.

Согласно пункту 7.1 протокола рассмотрения заявок на участие в открытом аукционе от 30.07.2008 №97 (т.3 л.д. 33-37), ООО «Мегатрон» отказано в допуске к участию в аукционе на основании пункта 2 части 1 статьи 12 Закона о размещении заказов в связи с непредставлением участником размещения заказа документов, подтверждающих его соответствие требованиям действующего законодательства Российской Федерации, а именно:

копию сертификата соответствия Госстандарта России, подтверждающего соответствие оказываемых Исполнителем услуг требованиям системы сертификации ГОСТ Р, в связи с тем что Услуги по техническому обслуживанию копировально-множительной техники должны соответствовать требованиям нормативных документов Госстандарта России, копию лицензии Федеральной службы по техническому и экспертному контролю (ФСТЭК России) на право оказывать услуги по технической защите конфиденциальной информации; копию сертификата соответствия ФСТЭК России, удостоверяющего, что программное обеспечение, устанавливаемое и используемое Исполнителем в ходе оказания услуг, сертифицировано по классу защищенности 1 Г; на основании пункта 4 части 1 статьи 12 Закона о размещении заказов - несоответствие требованиям Технического задания, а именно в связи с непредставлением указанных документов, положение об использовании программного обеспечения, которое не осуществляет мониторинг.

Как следует из оспариваемого решения, Комиссией ФАС по контролю в сфере размещения заказов установлено, что требование к участникам о размещении заказа о предоставлении в составе заявки на участие в аукционе сертификатов соответствия ФСТЭК России и Госстандарта России является нарушением п. 2 ч.2 ст. 35 Закона о размещении заказов, а требование о предоставлении нотариально заверенных копий лицензий является нарушением части 3 статьи 35 Федерального закона от 21.07.2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Что касается требования Заказчика содержащееся в документации об Аукционе о предоставлении в составе аукционной заявки копии сертификата соответствия ФСТЭК России, удостоверяющего, что программное обеспечение, устанавливаемое и используемое Исполнителем в ходе оказания услуг, сертифицировано по классу защищенности 1Г, то судебная коллегия исходит из следующего.

Заявитель указывает, что данное требование обусловлено Положением о сертификации средств защиты информации (утв. постановлением Правительства РФ от 26.06.1995 № 806)

В соответствии со ст. 27 Закона от 21.07.1993 №5485 «О государственной тайне» допуск предприятий, учреждений и организаций к проведению работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну, созданием средств защиты информации, а также с осуществлением мероприятий и (или) оказанием услуг по защите государственной тайны, осуществляется путем получения ими в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации, лицензий на проведение работ со сведениями соответствующей степени секретности.

Одним из условий для получения такой лицензии является наличие у них сертифицированных средств защиты информации.

Статья 28 Закона от 21.07.1993 №5485 «О государственной тайне» устанавливает, что средства защиты информации должны иметь сертификат, удостоверяющий их соответствие требованиям по защите сведений соответствующей степени секретности.

Положение о сертификации средств защиты информации, на которое ссылается заявитель, утверждено постановлением Правительства РФ от 26.06.1995 № 806 во исполнение указанной нормы Закона «О государственной тайне».

Таким образом, сертификат соответствия ФСТЭК России, удостоверяющий, что программное обеспечение, устанавливаемое и используемое Исполнителем в ходе оказания услуг, сертифицировано по классу защищенности 1Г, находится в непосредственной взаимосвязи с лицензированием работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну и, соответственно, наличие таких сертификата и лицензии является необходимым условием для участия только в таком конкурсе, который предусматривает

допуск предприятий, учреждений и организаций к проведению работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну.

Заявитель указывает, что требование о представлении соответствующих документов обусловлено тем, что часть оборудования, подлежащего обслуживанию Исполнителем, используется в качестве средства для подготовки документов, несущих гриф «Для служебного пользования» (ДСП).

Вместе с тем, судебная коллегия считает данный вывод заявителя несостоятельным, исходя из следующих обстоятельств.

Действительно, согласно части 4 статьи 4 Закона Российской Федерации от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне» органы государственной власти Российской Федерации: обеспечивают защиту переданных им другими органами государственной власти, предприятиями, учреждениями и организациями, сведений, составляющих государственную тайну, а также сведений, засекречиваемых ими; обеспечивают защиту государственной тайны на подведомственных им предприятиях, в учреждениях и организациях в соответствии с требованиями актов законодательства Российской Федерации. Аналогичная обязанность установлена также ст. 17.2 Закона о размещении заказов.

При этом Закон о размещении заказов предусматривает определенные особенности проведения конкурса, касающиеся размещения заказов и заключения контрактов и составляющие государственную тайну.

В частности, в соответствии с п. 7 ст. 18 Закона сведения, касающиеся размещения заказов и заключения контрактов и составляющие государственную тайну, включаются в отдельный реестр контрактов, порядок ведения которого устанавливается Правительством Российской Федерации. В случае, если конкурсная документация содержит сведения, составляющие государственную тайну, то в силу п. 2 ст. 20, п. 2 ст. 32 Закона о размещении заказов, проводится закрытый аукцион.

Однако, согласно извещению от 10.07.2008 Заказчиком проводился открытый аукцион на оказание услуг по техническому обслуживанию копировально-множительной техники. Не усматривается из материалов дела также включение сведений о нем в отдельный реестр.

Более того, заявителем не представлено каких-либо доказательств, свидетельствующих о том, что Исполнитель будет осуществлять работы, связанные с допуском к государственной тайне. В самой конкурсной документации сведения, составляющие государственную тайну, отсутствуют.

При этом судебная коллегия полагает необходимым отметить то, что в силу ст. 8 Закона Российской Федерации от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне» установлены только три степени секретности сведений, составляющих государственную тайну, и соответствующие этим степеням грифы секретности для носителей указанных сведений: "особой важности", "совершенно секретно" и "секретно". Наличие грифа «ДСП», на что указывает заявитель, не связано с охраной государственной тайны и соответственно, требование Заказчика содержащееся в документации об Аукционе о предоставлении в составе аукционной заявки лицензии Федеральной службы безопасности России на осуществление работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну, а также сертификат соответствия ФСТЭК России, удостоверяющего, что программное обеспечение, устанавливаемое и используемое Исполнителем в ходе оказания услуг, сертифицировано по классу защищенности 1Г, является недопустимым.

Таким образом, вывод суда о наличии в действиях Заказчика нарушения части 3 статьи 35 Закона о размещении заказов, предусматривающей запрет требовать от участника размещения заказа иных документов и сведений, за исключением предусмотренных частью 2 статьи 35 Закона о размещении заказов, является по существу правильным.

Что касается требования Заказчика, содержащегося в документации об Аукционе, о нотариальном удостоверении указанных копий документов, то судебная коллегия исходит из следующего.

Согласно части 2 статьи 35 Закона о размещении заказов в случаях, предусмотренных документацией об аукционе, заявка на участие в аукционе должна содержать также копии документов, подтверждающих соответствие услуг требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации, если в соответствии с законодательством Российской Федерации установлены требования к таким услугам.

Анализ вышеназванной нормы свидетельствует о том, что законодателем установлены конкретные случаи, когда требуется нотариальное заверение копий документов, в частности, выписка из ЕГРЮЛ (подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 35), копия доверенности (подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 35). Следовательно, использование в данной норме в других случаях термина «копия документа» не может расцениваться как обязательное предоставление именно нотариальной копии документа.

Таким образом, установление заявителем требования к участникам размещения заказа о нотариальном удостоверении указанных копий документов является нарушением части 3 статьи 35 Закона о размещении заказов, о чем сделан правомерный вывод в оспариваемом решении ФАС России и суда первой инстанции.

Ссылки заявителя в апелляционной жалобе на то обстоятельство, что требование о предоставлении нотариально заверенных документов в составе аукционной заявки является исполнимым и не является ограничением доступа субъектов предпринимательской деятельности к участию в конкурсе, не могут быть приняты во внимание судом апелляционной инстанции, поскольку при определенных обстоятельствах объем документов, которые должны быть предоставлены участником размещения заказа в составе аукционной заявки может быть существенным, в связи с чем у участника размещения заказа могут возникнуть проблемы организационного характера в связи с исполнением указанного требования Заказчика. Кроме того, исполнение такого требования требует дополнительных материальных затрат.

Учитывая, что сроки предоставления документов участником размещения заказа являются ограниченными, следует признать, что требование о предоставлении нотариально заверенных документов в составе аукционной заявки создает угрозу ограничения доступа субъектов предпринимательской деятельности к участию в конкурсе.

Таким образом, вывод суда первой инстанции и ФАС России о том, что установление Заказчиком требования к участникам размещения заказа о представлении в составе заявки на участие в аукционе копий документов, подтверждающих соответствие услуг, требуемых Заказчику, требованиям установленным в соответствии с законодательством РФ к таким услугам, в частности, сертификата соответствия ФСТЭК России и лицензии ФСБ России, является нарушением пункта 2 части 2 статьи 35 Закона о размещении заказов, установление Заказчиком требования к участникам размещения заказа о нотариальном заверении копий указанных документов является нарушением части 3 статьи 35 Закона о размещении заказов, является правомерным.

Что касается доводов автора апелляционной жалобы о правомерности требования о предоставлении сертификата соответствия оказываемых Исполнителем услуг требованиям Госстандарта, то судебная коллегия соглашается с ними, поскольку положения ст. 456 ГК РФ, примененные судом первой инстанции, касаются случаев передачи товаров по договорам купли-продажи и не могут распространяться на сферу оказания возмездных услуг.

Вместе с тем, данное обстоятельство, не может влечь за собой отмену либо изменение решения суда первой инстанции, поскольку в оспариваемых ненормативных актах не конкретизировано нарушение именно в отношении требования о предоставлении сертификата Госстандарта, и при этом факты нарушений Заказчиком пункта 2 части 2 и части 3 статьи 35

Закона о размещении заказа нашли свое подтверждение в отношении требований Заказчика о предоставлении иных документов.

В этой связи оспариваемое решение и предписание ФАС России соответствуют требованиям Закона о размещении заказов и не нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, вопреки доводам автора апелляционной жалобы об обратном.

Основываясь на изложенных выше обстоятельствах, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, о том, что решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований заявителя, является правильным. Доводы же, приведенные в апелляционной жалобе, не могут служить основанием для его отмены либо изменения.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 ст. 270 АПК РФ в любом случае основанием для отмены вынесенного судебного акта, из материалов дела не усматривается.

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

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.12.2008 по делу № А40-52618/08-152-456 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

С.Л. Захаров

Судьи:

Л.А. Москвина

О.В. Демидова

