

**СЕМНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

№17АП-10199/2012-АК

г. Пермь

10 октября 2012 года

Дело № А71-7968/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 09 октября 2012 года.
Постановление в полном объеме изготовлено 10 октября 2012 года.

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Грибиниченко О. Г.,
судей Васевой Е. Е., Риб Л. Х.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем Лебедевой Н. О.,
при участии:
от заявителя Министерства транспорта и дорожного хозяйства Удмуртской Республики (ОГРН 1091831007290, ИНН 1831138480): не явились;
от заинтересованного лица Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (ОГРН 1031800554610, ИНН 1831038485): не явились;
от третьего лица ООО «Лидер»: не явились;
лица, участвующие в деле, о месте и времени рассмотрения дела извещены надлежащим образом в порядке статей 121, 123 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в том числе публично, путем размещения информации о времени и месте судебного заседания на Интернет-сайте Семнадцатого арбитражного апелляционного суда,
рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу заинтересованного лица Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике,
на решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 20 июля 2012 года по делу № А71-7968/2012 принятое судьей Бушуевой Е. А., по заявлению Министерства транспорта и дорожного хозяйства Удмуртской Республики к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике
третье лицо: ООО «Лидер»

Министерство транспорта
и дорожного хозяйства
Удмуртской Республики

Вход. № 4730-01-124
« 15 » 10 20 12 г.

об оспаривании решения

установил

Министерство транспорта и дорожного хозяйства Удмуртской Республики (далее – заявитель, Министерство) обратилось в Арбитражный суд Удмуртской Республики с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (далее – заинтересованное лицо, антимонопольный орган) от 24.04.2012 №ТГ07-09/2012-12РП.

Решением Арбитражного суда Удмуртской Республики от 20 июля 2012 года (резолютивная часть решения объявлена 13 июля 2012 года) заявленные Министерством требования удовлетворены.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, антимонопольный орган обратился с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить, принять новый судебный акт.

В обоснование апелляционной жалобы ее податель выражает несогласие с выводами суда о том, что банковская гарантия, представленная обществом, не соответствует требованиям документации об аукционе, поскольку, исходя из положений Закона о размещении заказов, к обеспечению предъявляются лишь требования соответствия его размеру обеспечения исполнения контракта, установленному документацией об аукционе в электронной форме. Отмечает, что сам факт направления подписанного электронной цифровой подписью проекта контракта, а также документа об обеспечении исполнения контракта свидетельствует о заинтересованности общества в его подписании. В связи с чем, указывает на неправомерность незаключения контракта заказчиком с победителем аукциона, а также составления протокола о признании общества уклонившимся от заключения контракта, основания для составления которого отсутствовали, поскольку Законом составление такого протокола не предусмотрено. Выводы суда со ссылками на разъяснения ФАС, данными в письме от 13.02.2012 №ИА/4178, считает неправильными, в связи с тем, что в указанном письме также содержатся положения о том, что в случае выявления заказчиком ненадлежащего обеспечения исполнения контракта, заказчик вправе предложить лицу, с которым заключается контракт, представить надлежащее обеспечение исполнения контракта в соответствии с Законом о размещении заказов, тогда как, обществу от Министерства такие предложения не поступали.

Заявитель, третье лицо письменных отзывов на апелляционную жалобу не представили.

Лица, участвующие в деле, надлежащим образом извещены о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, в судебное заседание своих представителей не направили, что в силу ч.ч. 3, 5 ст. 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) не является препятствием для рассмотрения жалобы в их отсутствие.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверены

арбитражным судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном статьями 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела, 28.03.2012 Министерством размещено извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключить государственный контракт на выполнение работ по вырубке деревьев и кустарника с уборкой порубочных остатков на отдельных участках автомобильной дороги Воткинск - Чайковский в Воткинском районе. Дата проведения открытого аукциона в электронной форме - 12.04.2012.

09.04.2012 были подведены итоги открытого аукциона в электронной форме, решением аукционной комиссии, принятым на основании рассмотрения второй части заявки на участие в аукционе, заявка на участие в аукционе ООО «Лидер» признана соответствующей требованиям, установленным документацией об открытом аукционе (протокол № 27/3 подведения итогов открытого аукциона в электронной форме).

13.04.2012 проект контракта направлен ООО «Лидер» для его подписания.

ООО «Лидер» подписало государственный контракт 17.04.2011 и представило заказчику банковскую гарантию, датированную 18.04.2012. Гарантия предоставлена ОАО «Ижкомбанк». Срок действия гарантии истек 23.08.2012, срок выполнения работ истек 26.08.2012.

Посчитав, что данная гарантия является ненадлежащим обеспечением исполнения работ по государственному контракту, заявитель на официальном сайте www.zakupki.gov.ru разместил протокол № 27/4 заседания аукционной комиссии о признании ООО «Лидер» уклонившимся от заключения контракта, так как им представлено обеспечение исполнения контракта, не обеспечивающее установленные заказчиком в документации об открытом аукционе в электронной форме обязательства по контракту, которые должны быть обеспечены. Кроме того, Министерство обратилось в антимонопольный орган с заявлением о включении ООО «Лидер» в реестр недобросовестных поставщиков.

По результатам рассмотрения заявления Министерства антимонопольным органом вынесено решение от 24.04.2012 № ТГ07-09/2012-12РНП, которым Министерство признано нарушившим часть 11, часть 19 статьи 41.12, часть 3.1 статьи 9 Закона о размещении заказов, во включении в реестр недобросовестных поставщиков сведений об ООО «Лидер» отказано.

Заявитель, полагая, что решение антимонопольного органа является незаконным, обратился в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Принимая решение об удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции пришел к выводу о несоответствии оспариваемого решения антимонопольного органа нормам Закона о размещении заказов.

Изучив материалы дела, обсудив доводы апелляционной жалобы, проверив правильность применения и соблюдение судом первой инстанции норм материального и процессуального права, суд апелляционной инстанции пришел к следующим выводам.

В соответствии с ч. 1 ст. 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица

вправе обратиться с заявлением о признании незаконными решений и действий государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов и должностных лиц, если полагают, что решение и действие не соответствуют закону и(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.

Таким образом, следует установить, соответствуют ли оспариваемые решения антимонопольного органа действующему законодательству и нарушают ли данные ненормативные правовые акты права и законные интересы заявителя.

Отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд, регулируются Федеральным законом «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» от 21.07.2005 №94-ФЗ (далее – Закон о размещении заказов).

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о размещении заказов размещение заказа может осуществляться: путем проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме.

Под открытым аукционом в электронной форме на право заключить государственный или муниципальный контракт понимается открытый аукцион, проведение которого обеспечивается оператором электронной площадки на сайте в сети Интернет в порядке, установленном настоящей главой (ч. 1 ст. 41.1 Закона о размещении заказов).

В силу ст. 41.12 Закона о размещении заказов по результатам открытого аукциона в электронной форме государственный или муниципальный контракт заключается с победителем открытого аукциона в электронной форме.

В силу ч. 1 ст. 41.12 Закона о размещении заказов участник открытого аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, признается уклонившимся от заключения контракта в случае, если такой участник открытого аукциона в срок, предусмотренный частями 4, 4.4 и 4.6 настоящей статьи, не направил оператору электронной площадки подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника размещения заказа, проект контракта или протокол разногласий в случаях, предусмотренных настоящей статьей, либо не направил подписанный электронной цифровой подписью указанного лица проект контракта по истечении тринадцати дней со дня размещения на электронной площадке указанного в части 8 статьи 41.11 настоящего Федерального закона протокола в случае, предусмотренном частью 4.4 настоящей статьи, а также подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта при условии, что заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта.

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. Если участником открытого аукциона в электронной форме, с которым заключается контракт, является бюджетное учреждение и заказчиком, уполномоченным органом установлено требование обеспечения исполнения контракта, предоставление обеспечения исполнения контракта не требуется (ч. 19 ст. 41.12 Закона).

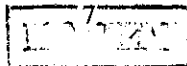
Согласно ч.ч. 3 и 3.1. ст. 9 Закона о размещении заказов после определения победителя конкурса, аукциона или победителя в проведении запроса котировок в срок, предусмотренный для заключения контракта, заказчик обязан отказаться от заключения контракта с победителем конкурса, аукциона или победителем в проведении запроса котировок либо при уклонении победителя конкурса, аукциона или победителя в проведении запроса котировок от заключения контракта с участником размещения заказа, с которым заключается такой контракт, в случае установления факта: 1) проведения ликвидации участников конкурса, участников аукциона, участников размещения заказа путем запроса котировок – юридических лиц или принятия арбитражным судом решения о признании участников конкурса, участников аукциона, участников размещения заказа путем запроса котировок - юридических лиц, индивидуальных предпринимателей банкротами и об открытии конкурсного производства; 2) приостановления деятельности указанных лиц в порядке, предусмотренном Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях; 3) предоставления указанными лицами заведомо ложных сведений, содержащихся в документах, предусмотренных частью 3 статьи 25 или частью 2 статьи 35 настоящего Федерального закона; 4) нахождения имущества указанных лиц под арестом, наложенным по решению суда, если на момент истечения срока заключения контракта балансовая стоимость арестованного имущества превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов указанных лиц по данным бухгалтерской отчетности за последний заверченный отчетный период; 5) наличия у указанных лиц задолженности по начисленным налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты любого уровня или государственные внебюджетные фонды за прошедший календарный год, размер которой превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов указанных лиц по данным бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, при условии, что указанные лица не обжалуют наличие указанной задолженности в соответствии

с законодательством Российской Федерации.

В случае отказа от заключения контракта с победителем конкурса, аукциона или победителем в проведении запроса котировок либо при уклонении победителя конкурса, аукциона или победителя в проведении запроса котировок от заключения контракта с участником размещения заказа, с которым заключается такой контракт, заказчиком не позднее одного рабочего дня, следующего после дня установления фактов, предусмотренных частью 3 настоящей статьи и являющихся основанием для отказа от заключения контракта, составляется протокол об отказе от заключения контракта, в котором должны содержаться сведения о месте, дате и времени его составления, о лице, с которым заказчик отказывается заключить контракт, сведения о фактах, являющихся основанием для отказа от заключения контракта, а также реквизиты документов, подтверждающих такие факты. Протокол подписывается заказчиком в день составления такого протокола. Протокол составляется в двух экземплярах, один из которых хранится у заказчика. Указанный протокол размещается заказчиком на официальном сайте, определяемом в порядке, установленном статьей 16 настоящего Федерального закона, в течение дня, следующего после дня подписания указанного протокола. Заказчик в течение двух рабочих дней со дня подписания протокола передает один экземпляр протокола лицу, с которым заказчик отказывается заключить контракт.

Из материалов дела усматривается, что согласно пункту 13.1 раздела 28 «Информационная карта» документации об открытом аукционе в электронной форме, размер обеспечения исполнения контракта: 450000 руб. и предоставляется в срок для заключения контракта. Из пункта 13.4 документации следует, что способ обеспечения исполнения контракта (безотзывная банковская гарантия, выданная банком или иной кредитной организацией, договор поручительства или передача Заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада, (депозита) в размере обеспечения исполнения контракта) определяется таким участником самостоятельно.

Пункт 9 раздела 24 документации аукциона по контракту предусматривает следующие обязательства, которые должны быть обеспечены: исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, предусмотренных предметом контракта; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по сдаче - приемке поставленного товара; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по уплате процентов, штрафов, неустойки, предусмотренных контрактом, действующим законодательством; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по возмещению судебных издержек по взысканию долга, а также убытков, причиненных кредитором в ходе исполнения контракта; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт по возмещению иных убытков и расходов, вызванных не исполнением и/или ненадлежащим исполнением



участником аукциона, с которым заключается контракт своих обязательств по контракту.

Согласно представленной ООО «Лидер» банковской гарантии от 18.04.2012, предоставленной ОАО «Ижкомбанк», банк отвечает лишь за неисполнение ООО «Лидер» контракта, заключенного между принципалом и бенефициаром на основании протокола подведения итогов открытого аукциона от 09.04.2012 №27/3, в пределах суммы гарантии в размере 450 000 руб.

Тем самым, в нарушение пункта 9 раздела 24 документации аукциона ООО «Лидер» не обеспечило: исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по сдаче - приемке поставленного товара; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по уплате процентов, штрафов, неустойки, предусмотренных контрактом, действующим законодательством; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт, по возмещению судебных издержек по взысканию долга, а также убытков, причиненных кредитором в ходе исполнения контракта; исполнение обязательств участником аукциона, с которым заключается контракт по возмещению иных убытков и расходов, вызванных не исполнением и/или ненадлежащим исполнением участником аукциона, с которым заключается контракт своих обязательств по контракту.

Кроме того, срок выполнения работ по контракту составляет 125 дней. При этом срок действия банковской гарантии истекает 23.08.2012, тогда как срок выполнения работ истекает 26.08.2012.

Из материалов дела также следует, что ООО «Лидер» предоставило банковскую гарантию 17.04.2012, тогда как, данная банковская гарантия датирована 18.04.2012.

Учитывая все доказательства, представленные в материалы дела с точки зрения их достоверности, достаточности и их взаимную связь в совокупности согласно ч. 2 ст. 71 АПК РФ, а также оценивая указанные доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании данных доказательств согласно ч. 1 ст. 71 АПК РФ, суд апелляционной инстанции находит выводы суда первой инстанции о том, что предоставленная ООО «Лидер» банковская гарантия не соответствовала требованиям документации об аукционе, правильными и обоснованными.

С учетом вышеизложенных обстоятельств, Министерство обоснованно расценило действия ООО «Лидер» как уклонение от заключения контракта и обратилось в антимонопольный орган с заявлением о включении сведений об ООО «Лидер» в реестр недобросовестных поставщиков.

Указанные действия Министерства согласуются с разъяснениями, изложенными в письме ФАС России от 13.02.2012 №ИА/4178, согласно которым, получение заказчиком (уполномоченным органом) информации о том, что лицом, с которым заключается контракт, представлено ненадлежащее обеспечение исполнения контракта, является основанием для признания такого

лица уклонившимся от заключения контракта и рассмотрения вопроса о включении сведений о нем в реестр недобросовестных поставщиков.

Также основанием для признания участника размещения заказа уклонившимся от заключения контракта и рассмотрения вопроса о включении сведений о нем в реестр недобросовестных поставщиков является представление лицом, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта, не обеспечивающего установленные заказчиком (уполномоченным органом) в документации о торгах обязательства по контракту, которые должны быть обеспечены.

Доводы антимонопольного органа о том, что, исходя из положений Закона о размещении заказов, к обеспечению предъявляются лишь требования соответствия его размеру обеспечения исполнения контракта, установленному документацией об аукционе в электронной форме, судом апелляционной инстанции не принимаются, поскольку в силу положений п. 15.2 ст. 22 Закона о размещении заказов заказчик, уполномоченный орган вправе определить обязательства по контракту, которые должны быть обеспечены.

В связи с чем, необеспечение обязательств, которые в силу положений п. 9 раздела 24 документации аукциона должны были быть обеспечены, а также с учетом разъяснений ФАС России, у Министерства имелись все основания для признания ООО «Лидер» уклонившимся от заключения контракта.

ООО «Лидер» хотя и подписало контракт на выполнение работ, но приложив к нему банковскую гарантию, не соответствующую требованиям документации об аукционе, действовало недобросовестно, поскольку не выполнило надлежащим образом, свои обязанности как победителя аукциона.

Доводы апеллятора со ссылками на положения письма ФАС России от 13.02.2012 №ИА/4178, согласно которым в случае выявления заказчиком ненадлежащего обеспечения исполнения контракта, заказчик вправе предложить лицу, с которым заключается контракт, представить надлежащее обеспечение исполнения контракта в соответствии с Законом о размещении заказов, тогда как, обществу от Министерства такие предложения не поступали, подлежат отклонению. Данные разъяснения носят не обязывающий характер, указывают на право заказчика (уполномоченного органа) поступить таким образом, а не на обязанность действовать так и никак иначе.

Доводы антимонопольного органа со ссылкой на положения ч. 3.1 ст. 9 Закона о размещении заказов о том, что при уклонении победителя аукциона от заключения контракта с участником размещения заказа, заказчиком составляется протокол об отказе от заключения контракта, а основания для составления протокола об уклонении участника размещения заказа у заказчика и комиссии отсутствовали, не принимаются во внимание, поскольку указанные обстоятельства не привели к принятию неправильного решения по настоящему делу.

У Министерства имелись все основания для признания действий ООО «Лидер» как уклонение от заключения контракта и обращения в антимонопольный орган с заявлением о включении сведений об ООО «Лидер»

в реестр недобросовестных поставщиков.

С учетом изложенного, вывод антимонопольного органа о том, что Министерство нарушило часть 11, часть 19 статьи 41.12, часть 3.1 статьи 9 Закона о размещении заказов, а также отказ во включении в реестр недобросовестных поставщиков сведений об ООО «Лидер», являются неправомерными.

Таким образом, суд первой инстанции полно и всесторонне исследовал материалы дела, доказательства получили надлежащую правовую оценку, с которой суд апелляционной инстанции согласен.

Доводы апелляционной жалобы, по существу, сводятся к переоценке установленных судом обстоятельств дела и подтверждающих данные обстоятельства доказательств. При этом фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судом первой инстанции в полном объеме на основе доказательств, оцененных в соответствии с правилами, определенными ст. 71 АПК РФ. Данные доводы не опровергают выводов суда первой инстанции, не свидетельствуют о неправильном применении и нарушении им норм материального и процессуального права, а, по сути, выражают несогласие с указанными выводами, что не может являться основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

Иных, влекущих отмену или изменение обжалуемого судебного акта доводов, апелляционная жалоба антимонопольного органа не содержит.

При таких обстоятельствах оснований для отмены решения суда первой инстанции и удовлетворения апелляционной жалобы не имеется.

Руководствуясь статьями 176, 258, 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 20 июля 2012 года по делу № А71-7968/2012 оставить без изменения, а апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике – без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Федеральный арбитражный суд Уральского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия через Арбитражный суд Удмуртской Республики.

Председательствующий

О.Г. Грибиниченко

Судьи

Е.Е. Васева



КОПИЯ ВЕРНА
Семнадцатый Арбитражный
Апелляционный Суд
Специалист Дзюрских Я.А
«12» Октября

Л.Х. Риб