



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

634050, г. Томск, ул. Набережная реки Ушайки, 24

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск

Дело № А45-11628/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 20 июня 2014 года

Полный текст постановления изготовлен 26 июня 2014 года

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Кривошеиной С. В.

судей Павлюк Т. В., Хайкиной С. Н.

при ведении протокола судебного заседания секретарем Гальчук М. М.

с использованием средств аудиозаписи

при участии:

от заявителя: Лавренко С. В. по дов. от 14.04.2014,

от заинтересованного лица: без участия,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области на решение Арбитражного суда Новосибирской области от 17.03.2014 по делу № А45-11628/2013 (судья Шашкова В. В.) по заявлению производственного кооператива по строительству и ремонту «Кедр» (ИНН 5401105578, ОГРН 1025400518153), Новосибирская область, Новосибирский район, с. Верх-Тула, к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области о признании недействительным решения от 11.06.2013 № РНП-54-56,

УСТАНОВИЛ:

Производственный кооператив по строительству и ремонту «Кедр» (далее - ПКСП «Кедр», кооператив, заявитель) обратился в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением, уточненным в порядке статьи 49 АПК РФ – л.д. 2 т. 2), о признании недейст-

вительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы России по Новосибирской области (далее - УФАС по Новосибирской области, Управление, антимонопольный орган) № РНП-54-56 от 11.06.2013 в части внесения в реестр недобросовестных поставщиков ПКСР «Кедр».

Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 17.03.2014 решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области № РНП-54-56 от 11.06.2013 в части внесения в реестр недобросовестных поставщиков производственного кооператива по строительству и ремонту «Кедр» признано недействительным.

Не согласившись с данным решением, Управление обратилось в Седьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение арбитражного суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт, в удовлетворении заявления кооператива отказать.

В обоснование своей позиции УФАС по Новосибирской области ссылается на то, что кооператив не предоставил заказчику надлежащую банковскую гарантию, что является нарушением положений Закона № 94-ФЗ, представленные кооперативом (а также ООО «ТеплоГазСервис») документы и сведения не могут быть приняты в качестве подтверждения предоставления надлежащего обеспечения контракта.

Подробно доводы апеллянта изложены в апелляционной жалобе.

ПКСР «Кедр» в отзыве на апелляционную жалобу и письменных объяснениях не соглашается с ее доводами и просит решение суда оставить без изменения, а апелляционную жалобу антимонопольного органа - без удовлетворения.

Рассмотрение дела откладывалось на 20.06.2014.

На основании части 3 статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) дело рассмотрено в отсутствие УФАС по Новосибирской области, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства.

Представитель ПКСР «Кедр» в судебном заседании суда апелляционной инстанции против удовлетворения апелляционной жалобы возражал, считая решение суда законным и обоснованным.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы, отзыва и письменных объяснений кооператива, заслушав его представителя, проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в соответствии со статьей 268 АПК РФ, суд апелляционной инстанции считает, что решение суда первой инстанции подлежит отмене по следующим основаниям.

Из материалов дела следует, что 15.04.2013 проводился открытый аукцион в электронной форме на «Выполнение подрядных работ по газоснабжению жилых домов южной части рабочего поселка Коченево Новосибирской области. Газопровод высокого давления. ШРП. Распределительный газопровод низкого давления» (согласно извещению № 0151300027213000013 в редакции № 2 от 26.03.2013).

Открытый аукцион в электронной форме проводился на электронной площадке в сети Интернет по адресу: <http://www.etp-micex.ru>.

Согласно протоколу подведения итогов открытого аукциона в электронной форме № 3-ОАЭФ на выполнение подрядных работ по газоснабжению жилых домов южной части рабочего поселка Коченево Новосибирской области. Газопровод высокого давления. ШРП. Распределительный газопровод низкого давления» от 17.04.2013 победителем открытого аукциона в электронной форме признан ПКСР «Кедр» (заявка № 1), который предложил цену контракта 19 732 499,60 руб. и заявка на участие в открытом аукционе в электронной форме которого соответствует требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме.

20.05.2013 Администрацией р.п. Коченево Коченевского района Новосибирской области (далее также - заказчик) был составлен протокол отказа от заключения контракта и решением заказчика ПКСР «Кедр» признан уклонившимся от заключения контракта в связи с тем, что участник открытого аукциона в электронной форме не направил оператору электронной площадки документ об обеспечении исполнения контракта.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области поступили обращения Администрации р.п. Коченево Коченевского района Новосибирской области о внесении в реестр недобросовестных поставщиков ПКСР «Кедр» и ООО «ТеплоГазСервис», также принимавшего участие в открытом аукционе, по признакам уклонения их от заключения контракта по результатам проведения открытого аукциона в электронной форме № 0151300027213000013 на выполнение подрядных работ по газоснабжению жилых домов южной части рабочего поселка Коченево Новосибирской области. Газопровод высокого давления.

11.06.2013, рассмотрев поступившее обращение, антимонопольный орган вынес решение № РНП-564-56, в соответствии с которым ПКСР «Кедр» и ООО «ТеплоГазСервис» были внесены в реестр недобросовестных поставщиков сроком на 2 года с момента фактического размещения сведений в реестре недобросовестных поставщиков, в связи с тем, что данные организации не предоставили обеспечение исполнения контракта.

Не согласившись с указанным решением, ПКСР «Кедр» обратился в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании недействительным оспариваемого

решения Управления в части внесения в реестр недобросовестных поставщиков ПКСП «Кедр».

Удовлетворяя заявленные требования, суд первой инстанции исходил из того, что заявителем предприняты необходимые и разумные меры с целью заключения контракта, поведение кооператива не содержит признаков его недобросовестности, а принятие оспариваемого решения по включению ПКСТ «Кедр» в реестр недобросовестных поставщиков противоречит требованиям действующего законодательства и необоснованно влечет для заявителя неблагоприятные правовые последствия.

Седьмой арбитражный апелляционный суд при рассмотрении апелляционной жалобы исходит из следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 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 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.

Согласно статье 5 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (далее Закон № 94-ФЗ), действующего в спорном периоде, 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.

Размещение заказа может осуществляться путем, в том числе аукциона в электронной форме (статья 10 Закона № 94-ФЗ).

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 главой 3.1 Федерального закона № 94-ФЗ (статья 41.1 Закона № 94-ФЗ).

Материалами дела подтверждается, что в рассматриваемом случае проводился открытый аукцион в электронной форме № 3-ОАЭФ на выполнение подрядных работ по газоснабжению жилых домов южной части рабочего поселка Коченево Новосибирской области. Газопровод высокого давления. ШРП. Распределительный газопровод низкого давления», победителем которого было признан ПКСР «Кедр».

В силу части 9 статьи 41.11 Закона № 94-ФЗ победителем открытого аукциона в электронной форме признается участник, который предложил наиболее низкую цену контракта и заявка на участие в открытом аукционе в электронной форме которого соответствует требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме.

В соответствии с частью 1 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ по результатам открытого аукциона в электронной форме контракт заключается с победителем открытого аукциона в электронной форме.

Согласно части 4 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ 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 названной статьи протокол разногласий.

В соответствии с частью 11 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ 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 в соответствии с условиями функционирования электронных площадок 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 в соответствии с условиями функционирования электронных площадок 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 в соответствии с условиями функционирования электронных площадок указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта при

условии, что заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта.

В силу части 19 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ в случае, если заказчиком 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.

В соответствии с частью 8 статьи 19 указанного закона 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 названной статьи, в реестре недобросовестных поставщиков в течение трех рабочих дней со дня подтверждения указанного факта.

Из материалов дела следует и не оспаривается заявителем, что в документации открытого аукциона в электронной форме содержалось требование об обеспечении исполнения контракта.

В соответствии со статьей 19 Закона № 94-ФЗ ведение реестра недобросовестных поставщиков (далее – РНП) осуществляется уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти.

В РНП включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Пунктом 11 Приказа Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 27.08.2007 № 267 «О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведе-

ний о недобросовестных поставщиках» на территориальные органы Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации возложены функции по рассмотрению сведений о недобросовестных поставщиках и проведению проверок фактов уклонения от заключения государственного или муниципального контракта на территории осуществления деятельности территориальных органов Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации, в том числе для нужд субъектов Российской Федерации.

Из анализа положений Закона № 94-ФЗ следует, что включение сведений о лице РНП по существу является санкцией за недобросовестное поведение данного лица, выразившееся в уклонении от заключения контракта.

Управлением установлено, что кооператив не выполнил требование пункта 4 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ, а именно не представил надлежащую банковскую гарантию в качестве обеспечения исполнения контракта, что является основанием для включения сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков.

Банковская гарантия как один из предусмотренных статьей 329 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) способов обеспечения исполнения обязательств в соответствии со статьей 368 ГК РФ представляет собой письменное обязательство банка, иного кредитного учреждения или страховой организации (гаранта) по уплате кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежной суммы по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

Из материалов дела следует, что ПКСР «Кедр» в качестве обеспечения исполнения контракта выбрал банковскую гарантию и направил в адрес заказчика проект контракта, подписанный электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени этого участника открытого аукциона, а также документ об обеспечении исполнения контракта, подписанный электронной цифровой подписью указанного лица, а именно банковскую гарантию № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 на сумму 7 999 662 руб., выданную Акционерным коммерческим банком развития предприятий пассажирского транспорта г.Москвы «Мострансбанк» (далее также – АКБ «Мострансбанк», банк).

Поддерживая доводы заявителя и принимая решение об удовлетворении его требований, суд первой инстанции исходил из следующего.

16.04.2013 между АКБ «Мострансбанк» (Гарант) и ПКСР «Кедр» (Принципал) было заключено соглашение о выдаче банковской гарантии № 1ХЗБЗ/803, согласно пункту 4.1 которого вознаграждение за выдачу гарантии уплачивается Принципалом на расчетный счет представителя Гаранта по следующим реквизитам: ООО «Спецтехно-РМО»,

ИНН 7729718554, КПП 772901001, р/сч 4070281010000000592 в АКБ «Мострансбанк» ОАО, к/сч 30101810200000000500, БИК 044585500 (л.д. 25 т. 1).

Платежным поручением № 193 от 23.04.2013 ПКСР «Кедр» оплатил ООО «Спецтехно-РМО» 239 989,86 руб. по счету № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013, как поясняет кооператив, вознаграждение за выдачу банковской гарантии (л.д. 26 т. 1).

АКБ «Мострансбанк» (ОАО) была выдана банковская гарантия № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 (Гарант - АКБ «Мострансбанк» ОАО, Принципал - ПКСР «Кедр», Бенефициар - Администрация рабочего поселка Коченево Коченевского района Новосибирской области) (л.д. 24 т. 1).

ПКСР «Кедр» направил в АКБ «Мострансбанк» ОАО запрос (исх. № 94 от 22.05.2013) относительно действительности факта выдачи банковской гарантии № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 (л.д. 27 т. 1).

28.05.2013 по факсу от АКБ «Мострансбанк» ОАО получено информационное письмо (исх. № 417/13 от 27.05.2013) в ответ на запрос от 22.05.2013 № 94, 11.06.2013 идентичный ответ от АКБ «Мострансбанк» ОАО получен по почте, в соответствии с которым АКБ «Мострансбанк» ОАО подтверждает факт предоставления банковской гарантии № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 в пользу Бенефициара - Администрации рабочего поселка Коченево Коченевского района Новосибирской области в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по контракту Принципалом – ПКСР «Кедр» (л.д. 29-31 т. 1).

На основании указанных установленных обстоятельств, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что банк подтвердил получение ПКСР «Кедр» необходимой банковской гарантии, которая была представлена заказчику в качестве обеспечения исполнения контракта, следовательно, кооперативом не допущено нарушений положений Закона № 94-ФЗ.

Между тем, апелляционным судом установлено следующее.

В целях проверки выдачи банком представленной кооперативом банковской гарантии заказчик (Администрация р.п. Коченево Коченевского района Новосибирской области) обратился с соответствующим запросом от 07.05.2013 № 531 в АКБ «Мострансбанк» и в Банк России (л.д. 71 т. 1).

Согласно информационному письму АКБ «Мострансбанк» № 273/13 от 16.05.2013 за подписью председателя Правления АКБ «Мострансбанк» Захарикова С. А., банковская гарантия № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 не выдавалась (л.д. 54 т. 1).

Из полученного от Банка России ответа от 23.06.2013 № 52-36-8/14482 следует, что согласно информации, полученной Банком России от АКБ «Мострансбанк», указанный банк банковскую гарантию № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 не выдавал (л.д. 72 т. 1).

Суд первой инстанции при рассмотрении дела истребовал у АКБ «Мострансбанк» информацию о том, выдавалась ли ПКСР «Кедр» банковская гарантия № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013, а также просил Центральный банк Российской Федерации оказать содействие в получении истребуемых доказательств непосредственно от АКБ «Мострансбанк».

В материалы дела представлен отзыв АКБ «Мострансбанк» на исковое заявление от 22.11.2013 за подписью представителя Бакуменко Ю. М. (л.д. 105, 112 т. 1), а также информация Банка России от 30.01.2014 № 52-36-8/4052 (л.д. 142-143 т. 1), в соответствии с которыми АКБ «Мострансбанк» банковская гарантия № 1ХЗБЗ/803 от 16.04.2013 ПКСР «Кедр» не выдавалась (Банк России приложил к своей информации копию письма АКБ «Мострансбанк» от 13.06.2013 № 1/115 за подписью председателя Правления АКБ «Мострансбанк» Захарикова С. А.).

Указанным доказательствам суд первой инстанции в обжалуемом судебном акте оценку не дал.

При таких обстоятельствах, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что ПКСР «Кедр» не предоставил заказчику надлежащую банковскую гарантию, следовательно, не выполнил требования частей 4, 11 и 19 статей 41.12 Закона № 94-ФЗ.

Отклоняя доводы кооператива об отсутствии в его действиях вины, признаков недобросовестности и принятия им необходимых и достаточных мер для заключения контракта, апелляционный суд отмечает, что принимая решение об участии в процедуре размещения государственного и муниципального заказа и подавая соответствующую заявку, заявитель становится участником аукциона и несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, предусмотренных Законом № 94-ФЗ, в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие требованиям этого Закона, в том числе, приведших к невозможности заключения контракта с ним как лицом, признанным победителем конкурса.

При этом уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении умышленных действий, так и в совершении таких действий по неосторожности либо в бездействии, когда участник открытого аукциона по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, чем создает условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Поскольку в рассматриваемом случае уклонение от заключения контракта было обусловлено субъективными причинами: небрежностью кооператива при подготовке и подаче документов для заключения контракта, выбора посредника в целях получения банковской гарантии, апелляционный суд приходит к выводу о правомерности применения к нему такой меры ответственности как включение в реестр недобросовестных поставщи-

ков, которая отвечает целям реализации ведения реестра и является соразмерной допущенным нарушениям.

Не приняв необходимых и достаточных мер для проверки достоверности представленного посредником документа, обозначенного банковской гарантией, и предъявив этот документ в качестве обеспечения обязательств по контракту, кооператив не выполнил требование части 4.6 статьи 41.12 Закона № 94-ФЗ о действительном обеспечении контракта.

Ссылка кооператива на принятие им всех разумных мер для проверки банковской гарантии, судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку соглашение о выдаче банковской гарантии от 16.04.2013 свидетельствует о привлечении для выдачи банковской гарантии третьего лица (ООО «Спецтехно-РМО»), что не снимет с кооператива обязанности принятия необходимых и достаточных мер для проверки достоверности представленного посредником документа.

Действия кооператива после установленного срока подписания контракта (обращение в банк с запросом, в арбитражный суд с различными требованиями) не свидетельствуют об отсутствии его вины и принятии достаточных мер для соблюдения положений действующего законодательства.

Данные выводы согласуются с правовой позицией, изложенной в определении Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.12.2012 № ВАС-16764/12, постановлениях Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.06.2014 по делу № А45-12123/2013, Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.08.2012 по делу № А70-8487/2011.

При таких обстоятельствах апелляционный суд считает, что в удовлетворении требований кооператива о признании недействительным оспариваемого решения антимонопольного органа в части внесения в реестр недобросовестных поставщиков ПКСР «Кедр» следует отказать, представленные ПКСР «Кедр» документы и сведения не могут быть приняты в качестве подтверждения предоставления кооперативом надлежащего обеспечения контракта.

Учитывая изложенное, несоответствие выводов суда первой инстанции обстоятельствам дела является основанием в силу пункта 3 части 1 статьи 270 АПК РФ для отмены решения арбитражного суда с приятием по делу нового судебного акта об отказе в удовлетворении требований ПКСР «Кедр».

Руководствуясь пунктом 2 статьи 269, статьями 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 17.03.2014 по делу № А45-11628/2013 отменить. Принять по делу новый судебный акт.

В удовлетворении заявленных требований производственному кооперативу по строительству и ремонту «Кедр» отказать.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа.

Председательствующий

С. В. Кривошеина

Судьи

Т. В. Павлюк

С. Н. Хайкина