

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

11 апреля 2011 года

Дело № А31-7931/2010

Резолютивная часть постановления объявлена 06 апреля 2011 года.

Полный текст постановления изготовлен 11 апреля 2011 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Перминовой Г.Г.,

судей Караваевой А.В., Лысовой Т.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Новоселовой Е.В.,

при участии в судебном заседании:

представителя заявителя Белугиной Н.А., действующей на основании доверенности от 20.07.2010 ,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу закрытого акционерного общества "Евросервис"

на решение Арбитражного суда Костромской области от 26.01.2011 по делу № А31-7931/2010, принятое судом в составе судьи Стрельниковой О.А. ,

по заявлению закрытого акционерного общества "Евросервис" (ИНН:7606031458 ОГРН:1027600853378)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области, третьи лица: муниципальное учреждение здравоохранения "Первая городская больница" города Костромы, отдел муниципального заказа Администрации города Костромы,

о признании незаконным решения №12-12-16/71 от 18.08.2010 и обязанности исключить ЗАО "Евросервис" из реестра недобросовестных поставщиков,

установил:

закрытое акционерное общество "Евросервис" (далее – заявитель, ЗАО «Евросервис», Общество) обратилось в Арбитражный суд Костромской области с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Костромской области (далее – Управление, УФАС, антимонопольный орган, ответчик) от 18.08.2010 №12-12-16/71 и обязанности исключить заявителя из реестра недобросовестных поставщиков (далее по тексту – реестр).

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены муниципальное учреждение здравоохранения «Первая городская больница» города Костромы (далее – МУЗ «Первая городская больница», заказчик), отдел муниципального заказа Администрации города Костромы.

Решением Арбитражного суда Костромской области от 26.01.2011 в удовлетворении требований закрытого акционерного общества "Евросервис" отказано.

Не согласившись с принятым решением, Общество обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В обоснование доводов жалобы заявитель указывает, что решение суда первой инстанции является незаконным, необоснованным, подлежащим отмене в связи с неправильным применением норм материального и процессуального права, несоответствием выводов суда обстоятельствам дела. По мнению заявителя, суд первой инстанции при вынесении решения не дал оценку доводам и обстоятельствам, на которые ссылалось Общество. ЗАО «Евросервис» считает вывод комиссии УФАС о не принятии Обществом попыток заключения муниципального контракта, в том числе путем предъявления заказчику протокола разногласий, ошибочным. Заявитель утверждает, что не отказывался от подписания муниципального контракта, а указывал на невозможность его подписания в настоящее время по ряду причин; немотивированного отказа от подписания муниципального контракта не имеется, муниципальный контракт 18.08.2010 был подписан поставщиком и направлен заказчику.

Также заявитель в апелляционной жалобе обращает внимание, что заказчик направил ЗАО «Евросервис» неподписанный контракт и приложения, что не может считаться проектом муниципального контракта; текст проекта контракта, направленного поставщику, не соответствовал тексту проекта муниципального контракта, размещенного на официальном сайте. Общество считает, что не заключение муниципального контракта, который, по его мнению, не соответствовал правовым нормам, не может служить основанием для признания поставщика уклонившимся от заключения контракта и включения сведений о нем в реестр недобросовестных поставщиков.

ЗАО «Евросервис» ссылается на разъяснения Федеральной антимонопольной службы России от 26.10.2007, утверждая, что повышение рыночной цены товара является обстоятельством, влекущим невозможность заключения контракта поставщиком и исключающим включение сведений об этом поставщике в реестр.

Подробно доводы Общества изложены в тексте апелляционной жалобы и поддержаны представителем в судебном заседании суда апелляционной инстанции.

Антимонопольный орган в возражениях на апелляционную жалобу подробно опроверг доводы жалобы, просит решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

МУЗ "Первая городская больница" и отдел муниципального заказа администрации города Костромы отзывы на апелляционную жалобу не представили.

УФАС и третьи лица явку своих представителей в судебное заседание не обеспечили, о времени и месте судебного заседания извещены надлежащим

образом. Ответчик направил ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя. В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело рассматривается в отсутствие представителей ответчика и третьих лиц.

Законность решения Арбитражного суда Костромской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

Как следует из материалов дела, 31.08.2009 отделом муниципального заказа администрации города Костромы в Межотраслевой торговой системе «Фабрикант» был проведен открытый аукцион в электронной форме на право заключения муниципального контракта на поставку препаратов крови для МУЗ «Первая городская больница».

В соответствии с протоколом открытого аукциона в электронной форме №137 от 31.08.2009 (т.1, л.д.142) победителем открытого аукциона, предложившим наименьшую цену муниципального контракта (1,00 руб.), признано ЗАО «Евросервис»

МУЗ «Первая городская больница» направило ЗАО «Евросервис» по почте протокол и проект контракта, позднее, 10.09.2009 проект контракта был вручен лично представителю ЗАО «Евросервис» А.Б. Сошину.

11.09.2009 начальником отдела муниципального заказа Администрации г.Костромы было получено письмо ЗАО «Евросервис» № 32, в котором сообщалось, что 31.08.2009 в ходе торгов произошла техническая ошибка оператора Общества, в результате которой победителем с ценой контракта в 1 рубль признано ЗАО «Евросервис». Общество в письме указало, что в настоящее время ЗАО «Евросервис» не может подписать муниципальный контракт с заказчиком, так как невозможно выделить в спецификации ни стоимость одного флакона, ни НДС. На основании изложенного Общество просит аннулировать результаты «Открытого аукциона в электронной форме №18167». (т.2, л.д. 136).

В письме от 05.10.2009 начальник отдела муниципального заказа администрации г. Костромы сообщил, что в аннулировании результатов торгов ЗАО «Евросервис» отказано, поскольку Отдел муниципального заказа не наделен соответствующими полномочиями по аннулированию результатов размещения заказов (т. 2, л.д. 138).

25.09.2009 ЗАО «Евросервис» обратилось в Арбитражный суд Костромской области с заявлением о признании торгов недействительными.

Решением арбитражного суда Костромской области от 25.01.2010 по делу №А31-7266/2009 в удовлетворении требований ЗАО «Евросервис» отказано. Постановлением Второго арбитражного апелляционного суда от 19.04.2010 и постановлением Федерального Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29.07.2010 решение суда по делу №А31-7266/2009 оставлено без изменения (т.2, л.д. 115-119).

В установленные законом сроки (от 10 до 20 дней со дня размещения на официальном сайте протокола аукциона) ЗАО «Евросервис» не подписало и не представило заказчику муниципальный контракт.

В материалы дела представлен муниципальный контракт № 65 от 28.12.2009, подписанный МУЗ «Первая городская больница» с ООО «Экомедфарм» на поставку препаратов крови по результатам повторного аукциона от 15.12.2009.

11.08.2010 МУЗ «Первая городская больница» в соответствии со статьей 19 Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов, Закон №94-ФЗ) представило в УФАС сведения в отношении ЗАО «Евросервис» для включения в реестр.

18.08.2010 антимонопольным органом принято решение №12-12-16/71 о включении сведений в отношении ЗАО «Евросервис» в реестр недобросовестных поставщиков сроком на 2 года в связи с уклонением от заключения контракта (т.1, л.д.9-13).

Не согласившись с решением Управления от 18.08.2010, заявитель обратился в Арбитражный суд Костромской области.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из доказанности ответчиком факта уклонения Общества от заключения муниципального контракта и наличия оснований для включения сведений о ЗАО «Евросервис» в реестр недобросовестных поставщиков.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и возражений на нее, заслушав представителя заявителя, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из нижеследующего.

Согласно части 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) органов, осуществляющих публичные полномочия, 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 1 Закона о размещении заказов единый порядок размещения заказов установлен в целях обеспечения единства экономического пространства на территории Российской Федерации при размещении заказов, эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, совершенствования деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере размещения заказов, обеспечения гласности и прозрачности размещения заказов, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов.

Размещение заказов на оказание услуг для государственных (муниципальных) нужд в соответствии со статьей 5 Закона №94-ФЗ имеет своей целью определение исполнителей в целях заключения с ними соответствующих контрактов.

Следовательно, основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.

В соответствии со статьей 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность.

Учитывая изложенное, лицо, принимая решение об участии в процедуре размещения государственного или муниципального заказа и подавая соответствующую заявку, несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, предусмотренных указанным Законом, 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 аукциона.

В соответствии с частью 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.

Как видно из материалов дела, в соответствии с протоколом открытого аукциона в электронной форме на право заключения муниципального контракта на поставку препаратов крови от 31.08.2009 №137 победителем аукциона признано ЗАО «Евросервис», предложившее наименьшую цену исполнения муниципального контракта.

В силу статьи 41 Закона №94-ФЗ (действовавшей на момент проведения открытого аукциона) результаты аукциона оформляются протоколом, который размещается на официальном сайте в течение дня, следующего после дня подписания указанного протокола. Заказчик, уполномоченный орган в течение трех рабочих дней со дня подписания протокола передают победителю аукциона один экземпляр протокола и проект контракта, который составляется путем включения в него условий исполнения этого контракта, предусмотренных извещением о проведении открытого аукциона в электронной форме, и цены этого контракта, предложенной победителем аукциона.

Представленными в материалы дела доказательствами подтверждается, что протокол и проект муниципального контракта были вручены представителю заявителя 10.09.2009.

В соответствии с частью 2 статьи 9 Закона о размещении заказов муниципальный контракт заключается в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами с учетом положений настоящего Федерального закона.

Согласно пункту 5 статьи 448 Гражданского кодекса Российской Федерации, если предметом торгов было только право на заключение договора, такой договор должен быть подписан сторонами не позднее двадцати дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола. В случае уклонения одной из них от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, причиненных уклонением от его заключения.

Материалы дела показывают, что после получения от заказчика проекта муниципального контракта ЗАО «Евросервис» в письме № 32, полученном заказчиком 11.09.2009, сообщило об отсутствии возможности подписать муниципальный контракт в связи с невозможностью выделить в спецификации стоимость одного флакона и НДС и просило аннулировать результаты аукциона.

Впоследствии Общество обратилось в суд с требованием о признании открытого аукциона недействительным. После вступления 19.04.2010 в законную силу решения суда по делу №А31-7266/2009, которым ЗАО «Евросервис» отказано в удовлетворении требований о признании торгов недействительными, контракт заявителем также подписан не был.

Таким образом, совокупностью представленных в материалы дела доказательств подтверждается, что в установленный срок муниципальный контракт Обществом подписан и представлен заказчику не был.

Судом апелляционной инстанции не могут быть приняты доводы апелляционной жалобы относительно того, что заявитель не отказывался от подписания муниципального контракта, а указывал на невозможность его подписания в настоящее время по ряду причин, как не опровергающие вывод антимонопольного органа, что Общество в установленный срок не представило заказчику подписанный муниципальный контракт.

На момент принятия оспариваемого решения УФАС Общество не заявляло о подписании контракта. Представленный в материалы дела муниципальный контракт, подписанный ЗАО «Евросервис», датирован только 18.08.2010.

В соответствии с частью 12 статьи 41 Закона №94-ФЗ (действовавшей на момент проведения аукциона) в случае, если победитель аукциона в срок, указанный в извещении о проведении открытого аукциона, не представил заказчику подписанный контракт, победитель аукциона признается уклонившимся от заключения государственного или муниципального контракта.

В случае если победитель аукциона признан уклонившимся от заключения государственного или муниципального контракта, заказчик вправе, в том числе объявить о проведении повторного аукциона (часть 13 статьи 41 Закона № 94-ФЗ).

В силу части 1 статьи 19 Закона №94-ФЗ ведение реестра недобросовестных поставщиков осуществляется уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти.

Таким федеральным органом исполнительной власти является Федеральная антимонопольная служба (пункт 5.3.4 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 331), осуществляющая свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы.

Согласно части 2 статьи 19 Закона N 94-ФЗ в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения государственного или муниципального контракта.

По смыслу Закона о размещении заказов включение сведений о лице в реестр недобросовестных поставщиков, по сути, является санкцией за недобросовестное поведение поставщика, выразившееся в уклонении от заключения контракта.

Применительно к настоящему спору суд первой инстанции при рассмотрении вопроса о законности решения антимонопольного органа о включении заявителя в реестр недобросовестных поставщиков, правомерно не ограничился формальной констатацией факта не подписания Обществом муниципального контракта, исследовав и оценив все фактические обстоятельства дела в совокупности и взаимосвязи. Суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что поведение заявителя свидетельствует об отсутствии у него намерения заключить спорный контракт, что влечет нарушение прав заказчика на получение надлежащего исполнения по контракту (получение необходимых препаратов

крови) в установленный срок. Оснований для опровержения выводов суда первой инстанции у апелляционного суда не имеется.

Анализируя представленные в материалы дела доказательства, суд апелляционной инстанции считает, что факт уклонения ЗАО «Евросервис» от подписания контракта антимонопольным органом доказан.

ЗАО «Евросервис», правомерно признанный победителем в проведении открытого аукциона в электронной форме, как предложивший наименьшую цену, и не представивший в установленный срок подписанный муниципальный контракт, обоснованно признан уклонившимся от заключения муниципального контракта.

Заявитель не доказал наличие объективных обстоятельств, препятствующих представлению заказчику подписанного муниципального контракта в установленный срок. Не усматриваются из апелляционной жалобы и обстоятельства, свидетельствующие о том, что Общество принимало все необходимые меры для подписания контракта и представления его заказчику.

У суда апелляционной инстанции отсутствуют основания полагать, что перечисленные в апелляционной жалобе доводы относительно того, что заказчик направил ЗАО «Евросервис» неподписанный контракт, текст проекта контракта, направленного поставщику, не соответствовал тексту проекта муниципального контракта, размещенного на официальном сайте, свидетельствуют о добросовестном поведении Общества при не подписании муниципального контракта. Указанные обстоятельства не были поименованы в письме Общества №32 в качестве причин, препятствующих подписанию контракта. Оспаривая торги в рамках дела №А31-7266/2009, Общество ссылалось на допущенную при подаче предложения о цене контракта техническую ошибку. Более того, указанные заявителем в жалобе обстоятельства не помешали ЗАО «Евросервис» подписать и направить заказчику муниципальный контракт 18.08.2010 (после принятия ответчиком оспариваемого решения). Разногласий по проекту контракта Обществом заявлено не было. Данные разногласия, если они имели место, могли быть урегулированы сторонами на стадии заключения контракта.

Ссылка заявителя жалобы на разъяснения Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 26.10.2007 не может быть принята судом, поскольку согласно пункту 2 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 13.08.1997 № 1009, нормативные правовые акты издаются федеральными органами исполнительной власти в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений. Издание нормативных правовых актов в виде писем и разъяснений не допускается.

Доводы жалобы о том, что антимонопольным органом вынесено два противоположных решения (от 12.10.2009 и от 18.08.2010) не свидетельствуют о незаконности оспариваемого решения УФАС, поскольку основанием для совершения уполномоченным органом действий, предусмотренных Положением о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 N 292, являются поступившие от заказчика сведения о лице, уклонившемся от заключения государственного или муниципального контракта.

Соответствующие письма заказчика от 29.09.2009 и от 11.08.2010 в материалы дела представлены (т. 2 л.д. 103, 114). Решение Арбитражного суда Костромской области по делу №А31-7266/2009, на которое имеется ссылка в решении УФАС от 12.10.2009, вступило в законную силу 19.04.2010.

Остальные доводы апелляционной жалобы, сводящиеся к иной, чем у суда, трактовке обстоятельств дела и норм права, как не опровергающие правомерности и обоснованности выводов суда первой инстанции, не могут служить основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

С учетом изложенного, решение Арбитражного суда Костромской области от 26.01.2011 по делу №А31-7931/2010 следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу ЗАО «Евросервис» - без удовлетворения.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

В соответствии со статьей 110 АПК РФ расходы по уплате государственной пошлины относятся на заявителя жалобы.

Согласно подпунктам 3, 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации государственная пошлина за рассмотрение апелляционной жалобы по делу об оспаривании ненормативного правового акта составляет 1000 рублей.

Государственная пошлина за рассмотрение апелляционной жалобы уплачена ЗАО «Евросервис» по платежному поручению №110 от 16.02.2011 в размере 2000 рублей, в связи с чем, на основании статьи 333.40 Налогового Кодекса Российской Федерации плательщику следует вернуть из федерального бюджета 1000 рублей излишне уплаченной государственной пошлины.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Костромской области от 26.01.2011 по делу №А31-7931/2010 оставить без изменения, а апелляционную жалобу закрытого акционерного общества "Евросервис" – без удовлетворения.

Выдать закрытому акционерному обществу "Евросервис" справку на возврат из федерального бюджета государственной пошлины, излишне уплаченной по платежному поручению №110 от 16.02.2011 в сумме 1000 рублей.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в установленном порядке.

Председательствующий

Г.Г. Перминова

Судьи

А.В. Караваева

Т.В. Лысова