



52/2015-80203(1)

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, г. Москва, ГСП -4, проезд Соломенной сторожки, д. 12

адрес электронной почты: info@mail.9aas.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****№ 09АП-13436/2015-ГК****город Москва****28 апреля 2015 года****Дело № А40-176598/2014****Резолютивная часть постановления объявлена 27 апреля 2015 года****Постановление изготовлено в полном объеме 28 апреля 2015 года**

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи О.Н. Лаптевой,

судей М.Е. Верстовой, А.А. Солоповой,

при ведении протокола судебного заседания секретарем М.В. Антоновым,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу

Общества с ограниченной ответственностью «Ключ Строй Консалтинг»

на решение Арбитражного суда города Москвы от 21 января 2015 года

по делу № А40-176598/2014, принятое судьей Г.Е. Панфиловой,

по иску Общества с ограниченной ответственностью «Ключ Строй Консалтинг»

(ОГРН 1037811073410, 198095, г. Санкт-Петербург,

ул. Маршала Говорова, д. 29, лит А)

к Федеральной антимонопольной службе

(ОГРН 1047796269663, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11)

третьи лица: 1) Управление Федеральной антимонопольной службы по Санкт-

Петербургу, 2) Комитет по вопросам законности, правопорядка и безопасности

о взыскании убытков

при участии в судебном заседании:

от истца: не явился, извещен

от ответчика: Селиванов М.М. (доверенность от 02.12.2014)

от третьих лиц: не явились, извещены

У С Т А Н О В И Л:

Общество с ограниченной ответственностью «Ключ Строй Консалтинг» (далее – истец) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском к Федеральной антимонопольной службе (далее – ответчик) о взыскании убытков в размере 1.470.129,06 руб.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора, привлечены Управление Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу, Комитет по вопросам законности, правопорядка и безопасности

Решением Арбитражного суда города Москвы от 21 января 2015 года в удовлетворении исковых требований отказано.

При этом суд исходил из того, что истец не доказал наличие вины ответчика в причинении обществу убытков и наличие прямой причинно-следственной связи между понесенными убытками и незаконными действиями ответчика.

Не согласившись с принятым решением, истец обратился с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда первой инстанции, удовлетворить исковые требования в полном объеме.

В обоснование жалобы заявитель ссылается на нарушение или неправильное применение норм материального и процессуального права, на неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов суда фактическим обстоятельствам дела.

Апелляционная жалоба ничем не мотивирована.

В судебном заседании апелляционного суда представитель ответчика против доводов жалобы возражал.

Истец и третьи лица, надлежащим образом извещенные о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы (в том числе, с учетом правил пунктов 4 - 16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.02.2011 г. № 12), явку представителей в судебное заседание не обеспечили, дело рассмотрено в порядке статей 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в отсутствие указанных лиц.

Девятый арбитражный апелляционный суд, повторно рассмотрев дело в порядке статей 268, 269 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, проверив доводы апелляционной жалобы, оценив объяснения лиц, участвующих в деле, не находит оснований для отмены обжалуемого решения, исходя из следующего.

Исковые требования по настоящему делу мотивированы тем, что действия контролирующего органа - Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу, выразившиеся в вынесении решений от 29.04.2013 г. по делу № 94-666/13 о нарушении истцом законодательства о размещении заказов и от 29.04.2013 г. по делу № РНП-88/13 о внесении сведений об истце в реестр недобросовестных поставщиков, впоследствии признанных незаконными вступившими в законную силу решениями Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 06.11.2013 г. по делу № А5643689/2013 и от 28.04.2014 г. № А56-43813/2013, повлекли наступление неблагоприятных последствий для общества в виде несения убытков, которые сложились: из суммы вознаграждения банка по договору о выдаче истцу банковской гарантии – 21.868,95 руб.; суммы недополученной прибыли по государственному контракту – 1.448.260,11 руб.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения истца в Арбитражный суд города Москвы с иском по настоящему делу.

Отказывая в удовлетворении иска, суд первой инстанции обоснованно исходил из следующего.

В силу статей 16, 1069, 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта

государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению.

Лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине.

Убытки определяются в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 15 настоящего Кодекса.

Статьей 15 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Для наступления ответственности, установленной правилами названной статьи, необходимо наличие состава (совокупности условий) правонарушения, включающего: факт нарушения другим лицом возложенных на него обязанностей, (совершения незаконных действий или бездействия), наличие причинно-следственной связи между допущенным нарушением и возникшими у заявителя убытками, а также размер убытков.

При этом для взыскания убытков, в том числе упущенной выгоды, лицо, требующее возмещения причиненных ему убытков, должно доказать весь указанный фактический состав. Отсутствие хотя бы одного из условий ответственности не влечет удовлетворение иска.

Статьей 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации установлено, что каждое лицо, участвующее в арбитражном процессе, обязано доказать наличие тех обстоятельств, на которые оно ссылается в обоснование своих требований или возражений.

Как разъяснено в пунктах 10, 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, причиненных гражданам и юридическим лицам нарушением их прав, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права (пункт 2 статьи 15 Гражданского кодекса Российской Федерации). Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть представлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг; договор, определяющий размер ответственности за нарушение обязательств, и т.п.

Размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями

этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительских расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

Статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, предусмотрено, что арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Арбитражный суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности.

Каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами.

Никакие доказательства не имеют для арбитражного суда заранее установленной силы.

В качестве доказательств по делу допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы (статья 64 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами (статья 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Суд апелляционной инстанции исследовав и оценив представленные в материалы дела доказательства и пояснения сторон в их совокупности и взаимной связи по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, считает, что суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что истец не доказал факт причинения ему убытков в результате неправомерных действий ответчика, вину ответчика в причинении обществу убытков, наличие причинно-следственной связи между понесенными истцом убытками и неправомерными действиями ответчика, а также размер убытков (упущенной выгоды).

Кроме того, суд апелляционной инстанции считает необходимым отметить следующее.

Упущенная выгода за спорный период определена истцом в размере 1.448.260,11 руб. – расчет сметной прибыли по проекту государственного контракта на выполнение работ по реставрации фасада здания (л.д. 5)

Вместе с тем, упущенная выгода представляет собой доход, который получило бы лицо при обычных условиях гражданского оборота.

Как указано выше, размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительских расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

Таким образом, при исчислении размера неполученных доходов первостепенное значение имеет определение достоверности (реальности) тех

доходов, которые потерпевшее лицо предполагало получить при обычных условиях гражданского оборота. При определении размера упущенной выгоды должны учитываться данные, которые бесспорно подтверждают реальную возможность получения денежных сумм или иного имущества. Ничем не подтвержденные расчеты о предполагаемых доходах не могут приниматься во внимание.

В силу статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Таким образом, получение прибыли является целью предпринимательской деятельности, но при ее осуществлении возможны негативные последствия, в том числе такие, как получение небольшого размера прибыли, так и неполучение прибыли вообще.

Размер заявленной истцом упущенной выгоды определен расчетным путем и носит предположительный, а не реальный характер.

Истец, приняв во внимание определенную в государственном контракте стоимость работ, в подтверждение размера упущенной выгоды не представил каких-либо документально подтвержденных сведений о необходимых расходах, связанных с исполнением государственного контракта (выплата заработной платы сотрудникам, перечисление налогов и прочих затрат).

Расчет упущенной прибыли, так же как и рентабельность самой сделки, документально не подтверждены.

Бремя доказывания наличия и размера упущенной выгоды лежит на истце, который должен доказать, что он мог и должен был получить определенные доходы и только нарушение обязательств ответчиком стало причиной, лишившей ее возможности получить прибыль от выполнения работ, оказания услуг.

Доказать факт наличия реальных возможностей произвести и реализовать услуги, то есть получить прибыль, можно, например, через подтверждение наличия у кредитора мощностей, обеспечивающих соответствующую производственную и коммерческую деятельность, а также всех необходимых предпосылок для выполнения работ, оказания услуг, то есть обладание трудовыми ресурсами.

В соответствии с пунктом 4 статьи 393 Гражданского кодекса Российской Федерации при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

Каких-либо доказательств того, что истец предпринял какие-либо действия (приготовления) для получения этой прибыли не представлено.

Таким образом, в материалах дела отсутствуют доказательства того, что при обычных условиях гражданского оборота истец получил бы в спорный период прибыль именно в указанном им размере.

В связи с чем, оснований для удовлетворения исковых требований в части взыскания упущенной выгоды не имеется.

Требование истца о взыскании убытков в размере расходов на оплату банковской гарантии в размере 21.868,95 руб., также правомерно отклонено судом первой инстанции, поскольку предоставление обеспечения исполнения контракта в размере 10 % от начальной (максимальной) цены контракта является обязательным условием, при соблюдении которого государственный контракт по итогам аукциона мог быть заключен с истцом; сумма вознаграждения, выплачиваемая

участником размещения заказа банку за выдачу банковской гарантии, является необходимым условием для получения банковской гарантии, без предоставления которой заказчику заключение государственного контракта с истцом невозможно в силу требований действующего законодательства; платеж победителя аукциона банку за выдачу банковской гарантии в обеспечение исполнения государственного контракта, является платежом, который истец в любом случае произвел бы при оформлении банковской гарантии при нормальном течении гражданского оборота, в связи с чем заявленная истцом не может признаваться убытками по смыслу статьи 15 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При таких обстоятельствах, суд первой инстанции правомерно оказал в удовлетворении заявленных исковых требований.

В соответствии с частью 3 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации нарушение или неправильное применение норм процессуального права является основанием для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции, если это нарушение привело или могло привести к принятию неправильного решения.

Вместе с тем, апелляционная жалоба истца ничем не мотивирована.

Учитывая изложенное, у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания, предусмотренные статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для отмены решения суда и удовлетворения апелляционной жалобы.

Судебные расходы между сторонами распределяются в соответствии со статьями 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, главой 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 176, 266 - 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятый арбитражный апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 21 января 2015 года по делу № А40-176598/2014 оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Взыскать с Общества с ограниченной ответственностью «Ключ Строй Консалтинг» (ОГРН 1037811073410, 198095, г. Санкт-Петербург, ул. Маршала Говорова, д. 29, лит А) в доход федерального бюджета 3.000 (три тысячи) рублей государственной пошлины по апелляционной жалобе.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления в полном объеме в Арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья

О.Н. Лаптева

Судьи

М.Е. Верстова

А.А. Солопова