



## АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,  
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: [info@fasmo.arbitr.ru](mailto:info@fasmo.arbitr.ru)

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва

27 февраля 2015 года

Дело № А40-93651/14

Резолютивная часть постановления объявлена 24 февраля 2015 года

Полный текст постановления изготовлен 27 февраля 2015 года

Арбитражный суд Московского округа

в составе:

председательствующего-судьи Дудкиной О.В.

судей: Красновой С.В., Латыповой Р.Р.,

при участии в заседании:

от заявителя: ЗАО «Консенсус» - Мокеева О.В. по дов. от 20.10.2014;

от заинтересованного лица: ФАС России – Селиванов М.М. по дов. от 02.12.2014

№ИА/49046/14

от третьих лиц: 1) Казенное учреждение «Управление автомобильных дорог  
Брянской области» - не явился, извещен;

2) ОАО «Единая электронная торговая площадка» - не явился, извещен;

рассмотрев 24 февраля 2015 года в судебном заседании кассационную жалобу  
закрытого акционерного общества «Консенсус»

на решение от 08 сентября 2014 года

Арбитражного суда города Москвы,

принятое судьей Вигдорчиком Д.Г.,

на постановление от 27 ноября 2014 года

Девятого арбитражного апелляционного суда

принятое судьями Румянцевым П.В., Кольцовой Н.Н., Мухиным С.М.,

по заявлению закрытого акционерного общества «Консенсус» (ОГРН 1020500560255)

о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы (ОГРН 1047796269663)

третьи лица: Казенное учреждение «Управление автомобильных дорог Брянской области», ОАО «Единая электронная торговая площадка»

#### УСТАНОВИЛ:

Закрытое акционерное общество «Консенсус» (далее – общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к Федеральной антимонопольной службе (далее – антимонопольный орган, ФАС России) о признании незаконным решения от 14.03.2014 г по делу № Р-263/14 о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков.

В качестве третьих лиц к участию в деле привлечены Казенное учреждение «Управление автомобильных дорог Брянской области» и ОАО «Единая электронная торговая площадка».

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 03.09.2014, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.11.2014, в удовлетворении заявленных требований отказано.

В кассационной жалобе общество, ссылаясь на неполное выяснение судам фактических обстоятельств спора и неправильное применение норм материального права, просит судебные акты отменить и принять новый судебный акт об удовлетворении заявленного требования.

Отзывы на кассационную жалобу не поступили.

В судебное заседание не явились представители третьих лиц, извещенных о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом. Информация о судебном заседании своевременно размещена судом кассационной инстанции в картотеке арбитражных дел на сайте <http://kad.arbitr.ru> в сети Интернет согласно

отчету о публикации судебного акта.

Суд, совещаясь на месте, определил: рассмотреть дело в отсутствие не явившихся лиц, поскольку в соответствии с частью 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации неявка в судебное заседание арбитражного суда кассационной инстанции лица, подавшего кассационную жалобу, и других лиц, участвующих в деле, не может служить препятствием для рассмотрения дела в их отсутствие, если они были надлежащим образом извещены о времени и месте судебного разбирательства.

Представитель общества в судебном заседании поддержал доводы жалобы.

Представитель антимонопольного органа возражал против отмены судебных актов по изложенным в них мотивам.

Выслушав представителей сторон, изучив материалы дела, обсудив доводы жалобы, суд кассационной инстанции не находит оснований для ее удовлетворения.

Согласно материалам дела, 19.11.2013 на официальном сайте оператора электронной площадки ОАО «Единая электронная торговая площадка» было размещено извещение № 0127200000213001953 о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на выполнение работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования и сооружений на них (кроме мостов и путепроводов), общей протяженностью 4521,263 км в Брянской области по заявке Казенного Учреждения «Управление автомобильных дорог Брянской области» (заказчик)

Начальная (максимальная) цена контракта: 1 222 901 973 руб.

Согласно протоколу подведения итогов от 20.12.2013 аукционной комиссией было принято решение о признании победителем участника, занявшего первое место в ходе торгов - ЗАО «Консенсус».

Руководствуясь положениями частей 1, 2 статьи 41.12 Федерального закона № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» (далее - Закон о размещении заказов), 25.12.2013 заказчиком был направлен оператору электронной площадки проект контракта без подписи уполномоченного лица. В

течение часа с момента получения проекта контракта оператор электронной площадки направил такой проект контракта участнику ЗАО «Консенсус», с которым заключается контракт.

27.12.2013 ЗАО «Консенсус» разместило подписанные со своей стороны контракт и гарантийное обеспечение в виде банковской гарантии и в соответствии с требованиями статьи 42.12 Закона о размещении заказов направило заказчику банковскую гарантию № 9376/13-БГ от 27.12.2013 ОАО «Национальный банк развития бизнеса» (ОАО «НББ»).

31.12.2013 г. заказчиком был опубликован протокол отказа от заключения контракта в порядке части 11 статьи 41.12. Закона о размещении заказов.

14.01.2013 г. заказчиком подписан контракт с участником, занявшим второе место по итогам торгов - ОАО «Брянскавтодор».

Решением антимонопольного органа от 14.03.2014 г по делу № Р-263/14 сведения в отношении общества включены в реестр недобросовестных поставщиков сроком на два года в связи с нарушением обществом требований частей 4, 11 статьи 41.12 Закона о размещении заказов. Антимонопольный орган указал, что общество представило заказчику банковскую гарантию ОАО «НББ», которая данным банком не выпускалась; банковская гарантия содержит указание на предмет торгов, не соответствующий предмету Контракта.

Принятие антимонопольным органом данного решение послужило основанием для обращения общества в суд с настоящим требованием.

Исследовав и оценив по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации представленные сторонами в материалы дела доказательства, руководствуясь применительно к фактическим обстоятельствам спора положениями Закона о размещении заказов, суды пришли к выводу об отказе в удовлетворении заявленных требований.

В соответствии с п. 11 ст. 42.12 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, 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 тридцати 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.

Из приведенных положений следует, что включение сведений об участниках размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков является санкцией за уклонение поставщика (исполнителя, подрядчика) от заключения контракта.

Возможность заключения государственного контракта с участником открытого аукциона в электронной форме возникает лишь при одновременном предоставлении таким участником проекта государственного контракта и документа об обеспечении исполнения контракта.

Согласно части 11 статьи 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 не направил оператору электронной площадки, в том числе, подписанный электронной цифровой подписью указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта.

При этом уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, осуществленных с указанной целью, так и в их совершении по неосторожности, когда участник открытого аукциона по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, то есть создает условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Согласно материалам дела, доказательств принятия мер к проверке

банковской гарантии, оформленной через посредника, до ее направления заказчику, обществом не представлено, равно как и доказательств, свидетельствующих о невозможности соблюдения вышеуказанных требований.

Оформление банковской гарантии через посредника, без непосредственного обращения к представителям банка и соблюдения установленного порядка получения финансового обеспечения со стороны кредитной организации, свидетельствует о недостаточной осмотрительности заявителя в выборе контрагента, отсутствии добросовестности, и позволяет квалифицировать действия заявителя как уклонение от заключения контракта в контексте статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

Установив факт отсутствия надлежащего обеспечения, обязанность по представлению которого возложена на заявителя для заключения контракта, заказчик, с которым согласился антимонопольный орган при принятии решения, пришел к обоснованному выводу о наличии признаков уклонения общества от заключения контракта.

В связи с этим суды, установив со ссылкой на конкретные материалы дела (в том числе, на саму банковскую гарантию, в которой указан иной предмет контракта, а также на письма ОАО «НББ» от 10.01.2014 № 13-01-03/08 и от 06.03.2014 № 13-01-03/676, в которых банк отрицает выдачу заявителю банковской гарантии), что надлежащих документов в обеспечение исполнения контракта общество заказчику не представило и не приняло все зависящие от него меры для соблюдения положений Закона о размещении заказов, признали оспариваемое решение ФАС России соответствующим закону.

Довод жалобы о недобросовестности действий именно посредника, правильно отклонен судами, учитывая, что в силу статьи Гражданского кодекса Российской Федерации лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, осуществляют ее самостоятельно, на свой риск, связанный в том числе со свободой выбора контрагента по сделке. В данном случае, заявитель, минуя банк, обратился за выдачей банковской гарантии к посреднической организации, но не проверил на подлинность полученный от посредника документ. Между тем, приняв решение об участии в открытом аукционе в

электронной форме, участник размещения заказа, действуя разумно и осмотрительно, должен осознавать все связанные с таким участием риски, в том числе ответственность за подлинность представляемых государственному заказчику документов, их соответствие действующему законодательству.

Ссылка в жалобе на неправомерный отказ суда апелляционной инстанции в приобщении к материалам дела новых доказательств подлежит отклонению.

В соответствии с пунктом Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств, в том числе приложенных к апелляционной жалобе или отзыву на апелляционную жалобу, суд апелляционной инстанции определяет, была ли у лица, представившего доказательства, возможность их представления в суд первой инстанции или заявитель не представил их по независящим от него уважительным причинам.

В данном случае обществом обстоятельств невозможности представления письма ОВО «НББ» от 31.12.2013 в суд первой инстанции представлено не было, в связи с чем ему было отказано в удовлетворении названного ходатайства.

Иные доводы жалобы направлены на переоценку выводов судов двух инстанций и оцененных ими фактических обстоятельств и материалов дела.

Между тем, в соответствии с положениями статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суду кассационной инстанции не предоставлены полномочия пересматривать фактические обстоятельства дела, установленные судами при их рассмотрении, давать иную оценку собранным по делу доказательствам, устанавливать или считать установленными обстоятельства, которые не были установлены в решении или постановлении, либо были отвергнуты судами первой или апелляционной инстанции.

Поскольку фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судами первой и апелляционной инстанций на основании полного, всестороннего и объективного исследования имеющихся в деле доказательств с учетом всех доводов и возражений участвующих в деле лиц, а окончательные

выводы судов соответствуют фактическим обстоятельствам и представленным доказательствам, основаны на правильном применении норм материального и процессуального права, у суда кассационной инстанции отсутствуют основания для отмены либо изменения принятых по делу судебных актов, предусмотренные статьей 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Несогласие кассатора с выводами судов, иная оценка им фактических обстоятельств дела и иное толкование положений закона не означает допущенной при рассмотрении дела судебной ошибки и не является основанием для отмены судебных актов судом кассационной инстанции.

Неправильного применения судами норм материального права и нарушения норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебных актов, не установлено.

Руководствуясь статьями 284, 286-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

#### ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 08 сентября 2014 года и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 ноября 2014 года по делу № А40-93651/14 оставить без изменения, кассационную жалобу – без удовлетворения.

Председательствующий-судья

О.В. Дудкина

Судьи:

С.В. Краснова

Р.Р. Латыпова