

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: info@mail.9aas.ruадрес веб-сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****№ 09АП-90797/2023**г. Москва
06 февраля 2024 года

Дело № А40-194093/23

Резолютивная часть постановления объявлена 30 января 2024 года
Постановление изготовлено в полном объеме 06 февраля 2024 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи: В.А. Яцевой

судей: И.В. Бекетовой, С.А. Захарова,

при ведении протокола секретарем судебного заседания А.А. Леликовым,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу АО «СО ЕЭС»

на решение Арбитражного суда города Москвы от 16.11.2023 по делу № А40-194093/23-33-1282,

по заявлению Акционерного общества «Системный оператор единой энергетической системы» (ОГРН: 1027700201352, ИНН: 7705454461)

к Управлению Федеральной антимонопольной службе по г. Москве (ОГРН: 1037706061150, ИНН: 7706096339)

третьи лица: 1) ООО «МолотСтар» (ОГРН: 1237700253603, ИНН: 9717133025), 2) АО «ЦРЭ» (ОГРН: 1075034003967, ИНН: 5034031535)

о признании недействительными решения и предписания,

при участии в судебном заседании:

от заявителя: Михайлов И.А. – по дов. от 04.06.2021;

от заинтересованного Зарипова Л.М. – по дов. от 29.12.2023;

лица:

от третьих лиц: 1) не явился, извещен; 2) не явился, извещен;

У С Т А Н О В И Л:

Акционерное общество «Системный оператор единой энергетической системы» (далее – заявитель, АО «СО ЕЭС», заказчик) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании недействительным решения и предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее – заинтересованное лицо, Московское УФАС России, антимонопольный орган) от 08.06.2023 по делу №077/07/00-7095/2023.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора, привлечены ООО «МолотСтар», АО «ЦРЭ».

Решением Арбитражного суда города Москвы от 16.11.2023 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с принятым по делу судебным актом, заявитель обратился в Девятый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда первой инстанции и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Информация о принятии апелляционной жалобы вместе с соответствующим файлом размещена в информационно-телекоммуникационной сети Интернет на сайте Девятого арбитражного апелляционного суда (www.9aas.arbitr.ru) и Картотеке арбитражных дел по веб-адресу: (www.kad.arbitr.ru) в соответствии положениями части 6 статьи 121 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).

До судебного заседания от ООО «МолотСтар» поступил отзыв на апелляционную жалобу, который в соответствии со статьей 262 АПК РФ приобщен к материалам дела.

В судебном заседании представитель заявителя доводы апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным.

Представитель заинтересованного лица в судебном заседании возражал против удовлетворения апелляционной жалобы, просил оставить без изменения решение суда первой инстанции, отзыв на апелляционную жалобу не представил.

Дело рассмотрено в соответствии со ст.ст. 121 - 123, 156 АПК РФ в отсутствие представителей третьих лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте рассмотрения дела, в том числе, публично, путем размещения информации в информационно-телекоммуникационной сети интернет в картотеке арбитражных дел по веб-адресу <http://kad.arbitr.ru>.

Проверив законность и обоснованность решения в соответствии со статьями 266 и 268 АПК РФ, Девятый арбитражный апелляционный суд с учетом исследованных доказательств по делу, доводов апелляционной жалобы и возражений на них, не находит оснований для удовлетворения апелляционной жалобы и отмены или изменения решения арбитражного суда, принятого в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, АО «СО ЕЭС» проведен конкурс в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по комплексному обслуживанию зданий и прилегающей территории к зданиям АО «СО ЕЭС» по адресу: г. Москва, ул. Петра Непорожного, д. 7, стр. 1 (реестровый № 32312245378).

Протоколом от 24.05.2023 заявка коллективного участника, возглавляемого ООО «МолотСтар», отклонена в связи с подачей ценового предложения без НДС, в то время как договор подлежал заключению с НДС, что является ошибкой в ценовом предложении, ухудшающей для заказчика условия исполнения договора.

Не согласившись с протоколом, ООО «МолотСтар» обратилось с жалобой в Московское УФАС России.

По результатам рассмотрения жалобы антимонопольным органом принято решение от 08.06.2023 по делу № 077/07/00-7095/2023, согласно которому жалоба ООО «МолотСтар» признана обоснованной, в действиях заказчика выявлены нарушения части 6, пункта 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), пункта 6.8.2.4 Конкурсной документации.

На основании решения антимонопольным органом выдано Заказчику обязательное для исполнения предписание.

Посчитав, что решение и предписание антимонопольного органа не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, не основаны на положениях действующего законодательства, АО «СО ЕЭС» обратилось с настоящим заявлением в суд.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции правомерно руководствовался следующим.

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.

Отсутствие предусмотренной статьей 198 АПК РФ совокупности условий, необходимой для оспаривания ненормативного правового акта, действия, решения, влечет в силу части 3 статьи 201 АПК РФ отказ в удовлетворении заявленных требований.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Закона о закупках целями регулирования данного Закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 названной статьи, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках установлено, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера (пункт 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018).

Исходя из положений частей 1 и 2 статьи 2 Закона о закупках требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения устанавливаются заказчиками самостоятельно и включаются в положения о закупке. При этом регламентация заказчиками своей закупочной деятельности осуществляется не произвольно, а с учетом предусмотренных частью 1 статьи 3 названного Закона принципов закупочной деятельности и при соблюдении запретов и ограничений, предусмотренных законодательством Российской Федерации, в том числе Законом о защите конкуренции.

В силу части 6 статьи 3 Закона о закупках заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В силу части 10 статьи 3.2 Закона о закупках, заявки на участие в конкурентной закупке представляются согласно требованиям к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с настоящим Федеральным законом и положением о закупке заказчика.

Согласно части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Принимая решение по настоящему делу, суд первой инстанции, полно и всесторонне исследовал имеющие значение для правильного рассмотрения дела обстоятельства, правильно применил и истолковал нормы материального и процессуального права и на их основании сделал обоснованный вывод об отсутствии оснований для удовлетворения заявленных требований.

Доводы апелляционной жалобы о незаконности решения суда первой инстанции признаются коллегией несостоятельными, исходя из следующего.

Судом первой инстанции установлено, что в соответствии с протоколом рассмотрения заявок на участие в конкурсе № 3270080 от 24.05.2023 (далее - Протокол) заявка ООО «МолотСтар» отклонена от участия со следующим обоснованием: «согласно подпункту «в» пункта 6.8.2.4 Конкурсной документации «несоответствие Конкурсной заявки требованиям Конкурсной документации», в связи с ухудшением условий исполнения договора в части неприменения налога на добавленную стоимость Участником, на стороне которого выступают несколько юридических лиц на основании договора о создании консорциума и согласно подпункта «г» пункта 6.8.2.4 Конкурсной документации «подача Участником конкурса заявки, которая содержит очевидную ошибку в ценовом предложении, приводящую к невозможности заключения и исполнения Договора», в связи с подачей Участником, на стороне которого выступают несколько юридических лиц на основании договора о создании консорциума, ценового предложения без учета налога на добавленную стоимость (нарушение абзаца 2 пункта 1 статьи 174.1, пункта 2 статьи 346.11 Налогового Кодекса Российской Федерации)».

Ценовое предложение было подано ООО «МолотСтар» без НДС, поскольку он не является плательщиком НДС, находится на упрощенной системе налогообложения, что подтверждается Уведомлением о переходе на упрощенную систему налогообложения, а также пунктом 63 выписки из ЕГРЮЛ, пунктом 56 Листа записи ЕГРЮЛ.

В соответствии с подпунктами 3.1.2, 3.1.3 пункта 3.1 Договора ведение общих дел партнеров осуществляет ведущий партнер, который осуществляет координацию партнеров по вопросам, связанным с созданием консорциума, с участием в закупке, а также с заключением и надлежащим исполнением контракта, а также выполняет обязанности по определению цены заявки, разработке и составлению заявки на участие в Закупке.

Вместе с тем, положения Договора предусматривают заключение договора по результатам Закупки только с ООО «МолотСтар», не являющимся плательщиком НДС.

При этом согласно 6.8.2.4 Закупочной документации при рассмотрении конкурсной заявки Центральная закупочная комиссия отказывает в допуске к участию в конкурсе участникам Конкурса, в том числе в случаях:

в) несоответствия конкурсной заявки требованиям Конкурсной документации, в том числе в части предмета конкурса, превышения цены, указанной в Конкурсной заявке, над начальной (максимальной) ценой, указанной в Конкурсной документации, ухудшения для Заказчика условий исполнения Договора по срокам оказания услуг по договору, форме, срокам и порядку оплаты или иным условиям;

г) подачи участником заявки, которая не может быть признана офертой, так как содержит недостаточно определенное предложение о заключении договора (п. 1 ст. 435 ГК РФ) или поступления от одного Участника более одной заявки в рамках одной

закупочной процедуры (одного лота), а равно подачи участником конкурса заявки, которая содержит очевидную ошибку в ценовом предложении, приводящую к невозможности заключения и исполнения Договора в связи с явным несоответствием необходимых для исполнения договора затрат и предложенной Участником конкурса цены договора.

В соответствии с пунктом 20 Информационной карты, а также в соответствии с частью 5 статьи 3 Закона о закупках, участником закупки является любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала, за исключением юридического лица, являющегося иностранным агентом в соответствии с Федеральным законом от 14 июля 2022 года № 255-ФЗ «О контроле за деятельностью лиц, находящихся под иностранным влиянием», либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки, за исключением физического лица, являющегося иностранным агентом в соответствии с Федеральным законом от 14 июля 2022 года № 255-ФЗ «О контроле за деятельностью лиц, находящихся под иностранным влиянием».

Таким образом, Закупочная документация не устанавливает особый порядок подачи ценового предложения коллективными участниками закупки, также Закупочная документация не допускала отклонение заявки участника в связи с применяемой системой налогообложения.

Следовательно, ограничение участников или недопуск заявок в связи с применяемым режимом налогообложения противоречит принципам равенства и справедливости, установленным в пункте 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

При этом, закупочная комиссия Заказчика не наделена правом осуществлять проверку хозяйственной деятельности коллективного участника Закупки на предмет соответствия требованиям налогового законодательства.

Пунктом 5.1.1 Положения о Федеральной налоговой службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.09.2004 № 506, установлено, что Федеральная налоговая служба осуществляет полномочия по контролю соблюдения законодательства о налогах и сборах, а также принятых в соответствии с ним нормативных правовых актов, правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения налогов, сборов и страховых взносов, а в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, - за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения в соответствующий бюджет иных обязательных платежей.

Таким образом, заказчик не вправе подменять собой государственный орган и осуществлять полномочия государственного органа.

Суд первой инстанции правомерно отклонил довод заявителя относительно того, что подача ценового предложения без НДС противоречит условиям закупочной документации, по следующим основаниям.

Закупочная комиссия заказчика обязана осуществлять проверку заявок на соответствие требованиям Закупочной документации, а результаты такой проверки подлежат отражению в протоколе рассмотрения заявок.

Согласно подпункту 1 пункта 3 части 2 Закупочной документации заявка на участие в конкурсе в электронной форме состоит из двух частей и ценового предложения.

Ценовые предложения подаются участниками посредством функционала электронной торговой площадки на сайте оператора торговой площадки.

Судом первой инстанции установлено, что заказчиком не приведено документального подтверждения, что ценовое предложения ООО «МолотСтар» содержит какие-либо ошибки с точки зрения расчетов, поскольку подпунктом «г»

пункта 6.2.4 Закупочной документации содержит конкретизацию о том, что ценовое предложение должно содержать ошибку с точки зрения затрат на исполнение договора.

Таким образом, отказ в допуске к участию в открытом конкурсе по иным основаниям не допускается.

Таким образом, довод заявителя не нашел документального подтверждения действительного (а не мнимого) нарушения прав Заявителя, поскольку достаточных и достоверных доказательств тому представлено не было, а сами доводы являются субъективной оценкой заявителя.

Судебная коллегия соглашается с выводами суда первой инстанции, что позиция заявителя со ссылкой на пп. «в» п. 6.8.2.4 закупочной документации ошибочна, поскольку заказчиком не приведено положений заявки ООО «МолотСтар», из которых бы следовало, что предложенные ООО «МолотСтар» условия исполнения договора ведут к ухудшению таких условий.

Применяемый режим налогообложения ООО «МолотСтар» не может ухудшать условия исполнения договора или сделать такое исполнение невозможным ввиду неприменения налога на добавленную стоимость участником. Кроме того, подпункт «в» пункта 6.2.4 Закупочной документации об ухудшении для Заказчика условий исполнения Договора по срокам оказания услуг по договору, форме, срокам и порядку оплаты или иным условиям не подлежит расширительному толкованию на основании субъективной оценки закупочной комиссии Заказчика.

В соответствии со ст. 346.11 НК РФ упрощенная система налогообложения организациями и индивидуальными предпринимателями применяется наряду с иными режимами налогообложения, предусмотренными законодательством Российской Федерации о налогах и сборах.

В документации о конкурентной закупке Заказчиком указываются место, условия и сроки (периоды) поставки товара, выполнения работы, оказания услуги, форма, сроки и порядок оплаты товара, работы, услуги (пункты 4, 6 части 10 статьи 4 Закона о закупках).

Ухудшение предполагает переход от более благоприятного состояния к менее благоприятному, а в контексте условий закупочной процедуры - предложение участников менее выгодных условий исполнения договора чем те, что предусмотрены заказчиком в Конкурсной документации.

В обоснование апелляционной жалобы заявитель указывает, что суд первой инстанции не проверил соблюдение установленного порядка рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. По мнению заявителя, жалоба ООО «МолотСтар» не подписана, соответственно у антимонопольного органа отсутствовали полномочия на ее принятие, рассмотрение и вынесение по этой жалобе каких-либо решений и предписаний.

Судом апелляционной инстанции установлено, что в рассматриваемом случае жалоба ООО «МолотСтар» направлена в антимонопольный орган по электронной почте и подписана директором общества Коноваленко Д.В. электронной цифровой подписью (т.4, л.д.24).

На основании изложенного, судебная коллегия приходит к выводу, что оспариваемое решение антимонопольного органа вынесено с соблюдением норм Закона о контрактной системе, в пределах компетенции антимонопольного органа.

Таким образом, выводы антимонопольного органа, изложенные в оспариваемом решении, являются правильными и представленным в дело доказательствам соответствуют.

В рассматриваемом случае незаконность решения антимонопольного органа не доказана заявителем, оспариваемый акт не нарушает права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, не возлагают незаконно на него какие-либо обязанности и не создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

С учетом изложенного, суд первой инстанции пришел к правильному выводу, что оспариваемые решение и вынесенное на его основании предписание антимонопольного органа являются законными и обоснованными.

Дополнительно суд первой инстанции указал на то, что оспариваемое предписание исполнено.

В соответствии с ч. 1 ст. 198, ч. 4 ст. 200, ч. 3 ст. 201 АПК РФ ненормативный правовой акт может быть признан судом недействительным, а решения и действия незаконными при одновременном их несоответствии закону и нарушении ими прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Поскольку указанная совокупность оснований установлена не была, суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение об отказе в удовлетворении требований.

Доводы апелляционной жалобы проверены апелляционным судом и отклонены, поскольку противоречат фактическим обстоятельствам дела, основаны на неправильном толковании норм действующего законодательства и не могут повлиять на законность и обоснованность принятого решения суда первой инстанции.

Применительно к части 1 статьи 268 АПК РФ у апелляционного суда отсутствуют правовые основания для переоценки выводов суда первой инстанции

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции полагает, что суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение, полно и правильно установил обстоятельства дела, применил нормы материального права, подлежащие применению, и не допустил нарушения процессуального закона, в связи с чем, оснований для отмены или изменения судебного акта не имеется.

Обстоятельств, являющихся безусловным основанием в силу части 4 статьи 270 АПК РФ для отмены судебного акта, коллегией не установлено.

Расходы по уплате государственной пошлины по апелляционной жалобе распределяются в соответствии со статьей 110 АПК РФ и подлежат отнесению на подателя жалобы.

На основании изложенного, и руководствуясь статьями 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятый арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда города Москвы от 16.11.2023 по делу № А40-194093/23 оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

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

Председательствующий судья

В.А. Яцева

Судьи

И.В. Бекетова

С.Л. Захаров