



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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва

24.04.2024

Дело № А40-187122/2023

Резолютивная часть постановления объявлена 11.04.2024

Полный текст постановления изготовлен 24.04.2024

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего судьи Шевченко Е.Е.,

судей Ананьиной Е.А., Анисимовой О.В.,

при участии в заседании:

от заявителя по делу – государственного унитарного предприятия города Москвы «Мосгортранс» – Герасимовой К.А. (представителя по доверенности от 26.12.2023),

от Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве – Даутовой А.Н. (представителя по доверенности от 12.03.2024),

от государственного казенного учреждения города Москвы «Дирекция транспортных закупок» – извещено, представитель не явился,

от общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом Зевс» – извещено, представитель не явился,

от акционерного общества «Альфа-Банк» – извещено, представитель не явился,

от акционерного общества «Единая электронная торговая площадка» – извещено, представитель не явился,

рассмотрев 11.04.2024 в судебном заседании кассационную жалобу государственного унитарного предприятия города Москвы «Мосгортранс» на решение от 26.10.2023

Арбитражного суда города Москвы,

на постановление от 31.01.2024

Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу № А40-187122/2023

по заявлению государственного унитарного предприятия города Москвы «Мосгортранс»

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по городу Москве

об оспаривании решения, предписания,

третьи лица: государственное казенное учреждение города Москвы «Дирекция транспортных закупок», общество с ограниченной ответственностью «Торговый дом Зевс», акционерное общество «Альфа-Банк», акционерное общество «Единая электронная торговая площадка»,

УСТАНОВИЛ:

государственное унитарное предприятие города Москвы «Мосгортранс» (далее – предприятие) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по городу Москве (далее – управление) об оспаривании решения и предписания от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/23.

В качестве третьих лиц в деле участвуют общество с ограниченной ответственностью «Торговый дом Зевс» (далее – ООО «ТД Зевс», общество), акционерное общество «Альфа-Банк» (далее – АО «Альфа-Банк», банк), государственное казенное учреждение города Москвы «Дирекция транспортных закупок» (далее – учреждение), акционерное общество «Единая электронная торговая площадка».

Решением Арбитражного суда города Москвы от 26.10.2023, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2024, в удовлетворении заявления отказано.

В кассационной жалобе предприятие просит отменить данные судебные акты, ссылаясь на неправильное применение судами норм права, несоответствие выводов судов о применении норм права установленным судами по делу обстоятельствам, и принять по делу новый судебный акт.

По доводам предприятия, ООО «ТД Зевс» было вправе самостоятельно выбрать, как обеспечить контракт: предоставить независимую гарантию или перечислить деньги на счет заказчика; дав согласие на участие в аукционе на тех условиях и требованиях, которые указаны заказчиком в документации, общество приняло на себя риски несоответствия представленного обществом обеспечения исполнения контракта; у заказчика имелись все правовые и фактические основания для признания победителя уклонившимся от заключения государственного контракта, а у управления не имелось оснований к отказу во включении сведений в отношении общества в реестр недобросовестных поставщиков. Оснований для отклонения доводов предприятия у судов, как считает предприятие, не имелось.

В судебном заседании представитель предприятия поддержал доводы кассационной жалобы, просил ее удовлетворить.

Представитель управления в судебном заседании возражал против удовлетворения жалобы, просил оставить обжалуемые судебные акты без изменения.

По заявленным доводам, условия проекта контракта после подведения итогов аукциона не менялись.

Иные лица, участвующие в деле, в том числе ООО «ТД Зевс», извещенные о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, своих представителей не направили. Отзывов на кассационную жалобу не поступило.

Изучив материалы дела, выслушав представителей сторон, обсудив доводы кассационной жалобы, суд округа пришел к выводу о наличии оснований для отмены обжалуемых судебных актов.

Как установили арбитражные суды, предприятие (заказчик) 26.05.2023 разместило извещение о проведении аукциона в электронной форме № 0373200082123000360 на оказание услуг по техническому обслуживанию и

ремонту технологического оборудования систем оборотного водоснабжения моек наземного городского транспорта на производственных площадках предприятия. Организатор торгов – учреждение.

В соответствии с протоколом подведения итогов электронного аукциона от 08.06.2023 победителем аукциона признано ООО «ТД Зевс».

Заказчик 13.06.2023 разместил на электронной площадке проект контракта.

Общество как победитель 20.06.2023 разместило на электронной площадке подписанный проект контракта.

Общество 20.06.2023 также представило обеспечение исполнения контракта в виде независимой гарантии от 16.06.2023 № 0EGB8X, выданной АО «Альфа-Банк».

Заказчик 21.06.2023 разместил в единой информационной системе протокол о признании победителя уклонившимся от заключения контракта по итогам аукциона на основании несоответствия представленного обеспечения исполнения контракта требованиям законодательства, а именно: срок действия независимой гарантии не соответствует требованиям пункта 5 части 2 статьи 45 и части 3 статьи 96 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе, Закон).

В соответствии с пунктом 5 части 2 статьи 45 Закона о контрактной системе независимая гарантия должна быть безотзывной и должна содержать срок действия независимой гарантии с учетом требований статей 44 и 96 Закона.

Согласно пункту 2 части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе основанием для отказа в принятии независимой гарантии заказчиком является несоответствие независимой гарантии требованиям, предусмотренным частями 2, 3 и 8.2 настоящей статьи.

При этом согласно части 3 статьи 96 Закона срок действия независимой гарантии должен превышать предусмотренный контрактом срок исполнения обязательств, которые должны быть обеспечены такой независимой гарантией,

не менее чем на один месяц, в том числе в случае его изменения в соответствии со статьей 95 Закона.

В названной независимой гарантии срок ее действия определен по 10.08.2023 (включительно).

В соответствии с пунктом 3.1 сроки оказания услуг по контракту установлены в соответствии с техническим заданием: с 1 по 30 календарный день с даты заключения контракта (с 20.06.2023)

В соответствии с пунктом 20.1 информационной карты по проведению аукциона в электронной форме срок действия гарантии определяется в соответствии с Законом о контрактной системе, при этом срок действия должен превышать предусмотренный контрактом срок исполнения обязательств, которые должны быть обеспечены такой гарантией, не менее чем на один месяц.

С учетом срока оказания услуг по контракту и требований части 3 статьи 96 Закона о контрактной системе срок действия гарантии должен быть минимум 20.08.2023.

В управление поступило обращение предприятия о рассмотрении вопроса о включении сведений в отношении ООО «ТД Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков в связи с уклонением от заключения государственного контракта.

Управление признало, что срок действия представленной обществом гарантии не соответствует требованиям части 3 статьи 96 Закона.

В связи с этим управление пришло к выводу, что действия заказчика, принявшего решение о признании общества уклонившимся от заключения контракта, не противоречат положениям пункта 2 части 6 статьи 45 Закона.

Вместе с тем управление приняло решение от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/2023, которым отказало во включении сведений об ООО «ТД Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков, в действиях банка признало нарушение части 8.2 статьи 45 Закона о контрактной системе.

На основании решения управление выдало предписание от 26.06.2023 об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок, которым указало:

– заказчику отменить протокол признания участника уклонившимся от заключения контракта от 21.06.2023, повторно направить проект контракта в адрес ООО «ТД Зевс»;

– банку при совершении действий, предусмотренных Законом о контрактной системе, осуществить их в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок;

– заказчику, оператору электронной площадки осуществить дальнейшее проведение определение процедуры определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок;

– заказчику, банку в срок до 26.07.2023 исполнить настоящее предписание;

– оператору электронной площадки обеспечить возможность исполнения настоящего предписания.

Не согласившись, предприятие оспорило решение и предписание в судебном порядке.

Признавая не подлежащим удовлетворению заявление предприятия, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что в рассматриваемом случае уклонение участника закупки ООО «ТД Зевс» от заключения контракта по результатам проведенного аукциона не подтверждено.

В обоснование суды указали, что представленная победителем независимая гарантия не свидетельствует о намеренном недобросовестном уклонении победителя от заключения государственного контракта.

При этом суды также отметили, что действия ООО «ТД Зевс» были направлены на заключение контракта (своевременное получение независимой гарантии, своевременное направление независимой гарантии в адрес заказчика, своевременное подписание государственного контракта со своей стороны).

Дополнительно суды сослались на то, что оспариваемое предписание исполнено предприятием, согласно сведениям Единой информационной системы в сфере закупок контракт по итогам спорной закупочной процедуры заключен с ООО «ТД Зевс» и исполняется обществом.

Между тем согласно части 2 статьи 104 Закона о контрактной системе в реестр недобросовестных поставщиков включается информация об участниках закупок, уклонившихся от заключения контрактов, а также о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми контракты расторгнуты по решению суда или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением ими условий контрактов.

Как разъяснено в пункте 41 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 28.06.2017, нарушение участником закупки своих обязательств при отсутствии у него намерения уклониться от заключения контракта и предпринявшего меры для его заключения не может являться основанием для включения сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков.

Тем самым участник закупки должен не только иметь намерение заключить контракт, но и предпринять необходимые меры для его заключения.

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

В связи с этим отсутствие намеренного уклонения победителя от заключения государственного контракта само по себе не исключает вывод о недобросовестности такого лица, не обеспечившего заключение контракта.

В соответствии с частью 2 статьи 51 Закона о контрактной системе не позднее двух рабочих дней, следующих за днем размещения в единой информационной системе протоколов, заказчик формирует с использованием единой информационной системы и размещает в единой информационной системе (без размещения на официальном сайте) и на электронной площадке (с

использованием единой информационной системы) без своей подписи проект контракта.

Как следует из судебных актов, заказчик выполнил данную обязанность в установленный срок.

В силу пункта 1 части 3 статьи 51 Закона о контрактной системе не позднее пяти рабочих дней, следующих за днем размещения заказчиком в соответствии с частью 2 статьи 51 Закона проекта контракта, участник закупки, с которым заключается контракт, подписывает усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени участника закупки, проект контракта и одновременно:

- размещает на электронной площадке подписанный проект контракта,
- а также документ, подтверждающий предоставление обеспечения исполнения контракта в соответствии с Законом о контрактной системе (за исключением случаев, предусмотренных Законом).

Как предусмотрено частью 3 статьи 96 Закона о контрактной системе, исполнение контракта, гарантийные обязательства могут обеспечиваться предоставлением независимой гарантии, соответствующей требованиям статьи 45 Закона, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику.

Согласно части 6 статьи 51 Закона о контрактной системе в случае, если участником закупки, с которым заключается контракт, не выполнены требования, предусмотренные частью 3 (за исключением отдельных случаев, указанных Законом) и частью 5 статьи 51 Закона о контрактной системе:

1) такой участник закупки считается уклонившимся от заключения контракта;

2) заказчик не позднее одного рабочего дня, следующего за днем истечения срока выполнения участником закупки требований, предусмотренных частями 3 и 5 статьи 51 Закона о контрактной системе:

а) формирует с использованием единой информационной системы и подписывает усиленной электронной подписью лица, имеющего право

действовать от имени заказчика, и размещает в единой информационной системе и на электронной площадке (с использованием единой информационной системы) протокол об уклонении участника закупки от заключения контракта, содержащий дату подписания такого протокола, идентификационный номер заявки участника закупки, уклонившегося от заключения контракта, указание на требования, не выполненные участником закупки;

б) формирует и направляет в соответствии с порядком, предусмотренным частью 10 статьи 104 Закона, в день размещения в единой информационной системе протокола, предусмотренного подпунктом «а» настоящего пункта, обращение о включении информации об участнике закупки в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Как признало управление и подтвердили суды, срок действия представленной обществом гарантии, действительно, не соответствует требованиям части 3 статьи 96 Закона о контрактной системе.

В связи с этим управление пришло к выводу о том, что действия заказчика, принявшего решение о признании общества уклонившимся от заключения контракта, не противоречат положениям пункта 2 части 6 статьи 45 Закона о контрактной системе.

Таким образом, общество не выполнило свою обязанность, предусмотренную пунктом 1 части 3 статьи 51 Закона о контрактной системе, представив банковскую гарантию, не отвечающую требованиям закона к сроку ее действия.

Участник закупки, действуя разумно и добросовестно, обязан проверить независимую гарантию, полученную от банка.

Соответственно, общество перед представлением банковской гарантии от 16.06.2023 № 0EGB8X и подписанием проекта контракта могло и должно было проверить содержание этой банковской гарантии на соответствие требованиям Закона о контрактной системе, соотнести ее с проектом контракта.

Вступая в отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд и регулируемые Законом о контрактной системе, общество должно было понимать значение закупок для государственных и муниципальных

нужд, быть готовым к выполнению императивных требований законодательства о контрактной системе и принимать во внимание риск возникновения неблагоприятных последствий в случае совершения либо не совершения тех или иных юридически значимых действий в данной сфере правоотношений, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с обществом как с лицом, признанным победителем аукциона.

Было бы неверно полагать, что победитель закупки, проводимой в соответствии с Законом о контрактной системе, может самоустраняться при представлении банковской гарантии от проверки ее содержания на предмет соответствия требованиям документации о закупке и Закона о контрактной системе и исходить из ее соответствия таким требованиям, основываясь лишь на факте ее выдачи банком, отнесенным к субъектам контроля с учетом изменений, внесенных в Закон о контрактной системе Федеральным законом от 02.07.2021 № 360-ФЗ.

Напротив, Законом о контрактной системе обязанность по представлению надлежащего обеспечения контракта возложена на победителя аукциона, в связи с чем общество должно было контролировать надлежащее выполнение такой обязанности, в том числе включение требуемых условий в банковскую гарантию.

Как указало управление и установили суды, протоколом подведения итогов электронного аукциона от 08.06.2023 ООО «ТД Зевс» признано победителем аукциона; заказчик 13.06.2023 разместил на электронной площадке проект контракта; общество 20.06.2023 представило обеспечение исполнения контракта в виде независимой гарантии от 16.06.2023 № 0EGB8X, выданной АО «Альфа-Банк».

Тем самым, как следует из судебных актов, общество обладало временем для получения надлежащей банковской гарантии – соответствующей закупочной документации и требованиям Закона о контрактной системе и представления ее заказчику, но не сделало этого в установленный срок, в связи с чем заказчик, как признали управление и суды, в соответствии с Законом о контрактной системе принял решение о признании общества уклонившимся от заключения контракта.

Наряду с изложенным принимается во внимание, что часть 3 статьи 96 Закона о контрактной системе допускает в качестве исполнения контракта, гарантийных обязательств, как отмечает предприятие, внесение денежных средств на счет заказчика.

Своевременное получение независимой гарантии, своевременное направление независимой гарантии заказчику, своевременное подписание государственного контракта не опровергали установленный судами факт представления обществом ненадлежащей банковской гарантии – гарантии, не соответствующей требованиям документации о закупке и Закона о контрактной системе, послуживший в отсутствие иного обеспечения основанием для составления заказчиком в соответствии с Законом протокола о признании победителя уклонившимся от заключения контракта по итогам аукциона.

В связи с этим у управления отсутствовали правовые основания для не включения по обращению предприятия сведений в отношении ООО «ТД Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков и для выдачи указания заказчику отменить законно и обоснованно составленный протокол о признании победителя уклонившимся от заключения контракта по итогам аукциона.

По сути, заказчик был понужден вступить в договорные отношения с обществом, проявившим недобросовестность при заключении соответствующего государственного контракта.

Заключение заказчиком во исполнение предписания управления контракта с ООО «ТД Зевс», равно как и последующее исполнение контракта, не может рассматриваться как обстоятельство, опровергающее недобросовестность общества, допущенную при заключении государственного контракта. При этом заключение контракта по требованию управления не исключало предусмотренное законом основание для удовлетворения заявления предприятия об оспаривании решения и предписания управления и для включения сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков.

Что касается довода общества, заявленного в судах первой и апелляционной инстанций, о том, что заказчик перед подписанием контракта внес изменения в сроки исполнения контракта, то суды не установили в

обжалуемых судебных актах такого обстоятельства в отсутствие доказательств. При этом, вопреки мнению общества, при определении надлежащего срока действия банковской гарантии с учетом требований закупочной документации следовало исходить не от даты публикации информации о подведении итогов электронного аукциона (от 08.06.2023) и, соответственно, о решении заключить контракт с ООО «ТД Зевс». Подписание обществом проекта контракта в ту или иную дату зависело от общества. Подписывая 20.06.2023 проект контракта, размещенный заказчиком на электронной площадке еще 13.06.2023, общество должно было понимать, что с учетом этого срок действия представляемой заказчику банковской гарантии являлся ненадлежащим.

Таким образом, решение управления от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/23 в части отказа во включении информации об ООО «Торговый дом Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков и в части указания о выдаче предписания об устранении нарушения Закона о контрактной системе подлежало признанию незаконным по заявлению предприятия. Соответственно, подлежало признанию недействительным и оспариваемое предписание управления.

Как разъяснено в пункте 42 упомянутого Обзора судебной практики, утвержденного постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 28.06.2017, обеспечивая реализацию указанных в этом пункте Обзора принципов с учетом части 11 статьи 104 Закона о контрактной системе, заказчик как заинтересованное лицо наделен правом оспаривать в суде решение антимонопольного органа по делу об отказе во включении поставщика (подрядчика, исполнителя) в реестр недобросовестных поставщиков.

Квалификация действий общества исходя из положений законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд в соответствии с установленными судами первой и апелляционной инстанции фактами, обстоятельствами по вопросу о проявленной обществом небрежности для целей оценки законности решения управления об отказе во включении сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей), то есть правовая квалификация рассматриваемых действий общества, входит в полномочия суда

кассационной инстанции. При этом принимается во внимание Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14.02.2023 № 305-ЭС22-28589 по делу № А40-34647/2022.

В части признания банка нарушившим часть 8.2 статьи 45 Закона о контрактной системе предприятие при рассмотрении настоящего дела не привело доводы о каком-либо нарушении в связи с этим прав и законных интересов предприятия, что исключает удовлетворение заявления предприятия о признании незаконным оспариваемого решения управления в этой части.

Оснований, исключающих внесение информации об ООО «ТД Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков, по делу не установлено.

В связи с этим обжалуемые судебные акты подлежат отмене на основании части 1 статьи 288 АПК РФ ввиду неправильного применения судами норм материального права без направления дела на новое рассмотрение, поскольку судами установлены фактические обстоятельства дела, позволяющие разрешить спор по существу и принять в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 287 АПК РФ новый судебный акт об удовлетворении заявления предприятия в указанной части, обязывающий управление в соответствии с пунктом 3 части 4 статьи 201 АПК РФ включить информацию об обществе в реестр недобросовестных поставщиков в установленном порядке.

В соответствии с частью 1 статьи 110 АПК РФ судебные расходы предприятия по уплате государственной пошлины в размере 6000 рублей относятся на управление как на сторону, проигравшую спор.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 176, 284-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 26.10.2023 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2024 по делу № А40-187122/2023 отменить.

Признать незаконным решение Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/23 в части отказа во включении информации об обществе с ограниченной

ответственностью «Торговый дом Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков и в части указания о выдаче предписания об устранении выявленного нарушения Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ.

В удовлетворении заявления государственного унитарного предприятия города Москвы «Мосгортранс» о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/23 в остальной части отказать.

Признать недействительным предписание Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве от 26.06.2023 по делу № 077/10/104-8414/23.

Обязать Управление Федеральной антимонопольной службы по городу Москве включить информацию об обществе с ограниченной ответственностью «Торговый дом Зевс» в реестр недобросовестных поставщиков в установленном порядке.

Взыскать с Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве (ОГРН: 1037706061150, ИНН: 7706096339) в пользу государственного унитарного предприятия города Москвы «Мосгортранс» 6000 рублей судебных расходов по уплате государственной пошлины за подачу заявления, апелляционной и кассационной жалоб по делу № А40-187122/2023.

Председательствующий судья

Е.Е. Шевченко

Судьи

Е.А. Ананьина

О.В. Анисимова