ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес электронной почты: 9aas.info@arbitr.ru
адрес веб.сайта: http://www.9aas.arbitr.ru

П О С Т А Н О В Л Е Н И Е
№ 09АП-53927/2020

г. Москва Дело № А40-85567/20
18 ноября 2020 года

Резолютивная часть постановления объявлена 16 ноября 2020 года
Постановление изготовлено в полном объеме 18 ноября 2020 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Кочешковой М.В.,
судей: Марковой Т.Т., Суминой О.С.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Казнаевым А.О.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ООО «Старт»
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 27.08.2020г. по делу № А40-85567/20,
по заявлению ООО «Старт»
к Управлению Федеральной антимонопольной службы России по г. Москве
третье лицо: ГКУ г. Москвы «Московский центр недвижимости»
о признании незаконным решения,
при участии:
от заявителя: не явился, извещен;
от заинтересованного лица: Ермизин Г.М. по доверенности от 09.11.2020;
от третьего лица: Колдаев Д.Е. по доверенности от 03.03.2020;

У С Т А Н О В И Л:

Общество с ограниченной ответственностью «Старт» (далее – Заявитель, ООО «Старт», Общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее – Заинтересованное лицо, УФАС по г. Москве, Антимонопольный орган) о признании незаконным Решения УФАС по г. Москве от 25.02.2020г. по делу № 07/10/19-3186/2020.

К участию в деле в качестве Третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета иска, привлечено ГКУ г. Москвы «Московский центр Недвижимости».

Решением Арбитражного суда города Москвы от 27.08.2020г. в удовлетворении заявления ООО «Старт» отказано.

ООО «Старт» обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить. По мнению Общества при вынесении обжалуемого решения судом

первой инстанции неправильно применены нормы материального права, выводы суда не соответствуют обстоятельствам дела.

Представитель Заинтересованного лица в судебном заседании с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает решение суда первой инстанции законным и обоснованным.

Представитель Третьего лица в судебном заседании с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает решение суда первой инстанции законным и обоснованным.

Заявитель, надлежащим образом извещенный о месте и времени рассмотрения апелляционной жалобы, в судебное заседание представителей не направил, заявлений и ходатайств суду не представил.

Рассмотрев дело в порядке статей 123, 156, 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, изучив материалы дела, заслушав представителей Заинтересованного лица и Третьего лица суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отмене решения суда первой инстанции по следующим основаниям.

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) государственных органов, 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.

В соответствии с частью 4 статьи 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, в круг обстоятельств, подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействия) госорганов входят проверка соответствия оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту, проверка факта нарушения оспариваемым актом действием (бездействием) прав и законных интересов заявителя, а также соблюдение срока на подачу заявления в суд.

При этом согласно части 5 статьи 200 АПК РФ с учетом части 1 статьи 65 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действие (бездействие).

В силу указанных норм и статьи 13 ГК РФ в круг обстоятельств, подлежащих

установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействия) госорганов входят проверка соответствия оспариваемого акта, действия (бездействия) закону или иному нормативному правовому акту, факта нарушения оспариваемым актом, действием (бездействием) прав и законных интересов заявителя, а также соблюдение срока на обращение с заявлением в суд.

Судом первой инстанции установлено, что в УФАС по г. Москве поступило обращение ГКУ «Московский центр недвижимости» о включении сведений в отношении Заявителя в реестр недобросовестных поставщиков.

В результате рассмотрения указанного обращения Антимонопольным органом вынесено решение о включении сведений о Заявителе в реестр недобросовестных поставщиков в связи с ненадлежащим исполнением обязательств по исполнению функций технического Заказчика и осуществлению строительного контроля при выполнении капитального ремонта нежилых помещений, находящихся в собственности города Москвы, расположенных на 12 этаже нежилого здания по адресу: г. Москва, Новый Арбат ул., д. 11, стр. 1.

Отказывая в удовлетворении заявления, суд первой инстанции исходил из того, что Заказчиком принято решение об одностороннем отказе от исполнения контракта от 09.12.2019г. №И-6748/19 (повторное). Основанием для принятия решения об одностороннем отказе от исполнения контракта от 09.12.2019г. № И-6748/19 послужило необеспечение постоянного присутствия представителя Заявителя во время проведения работ, и не связано с необходимостью осуществления Заказчиком экспертизы результатов работ.

При этом оспариваемым Решении УФАС по г. Москве установлено, что Исполнителем допущено ненадлежащее выполнение работ по Контракту, в связи с чем, Заказчиком принято решение об одностороннем отказе от исполнения контракта.

Судом первой инстанции поддержан вывод Антимонопольного органа о доказанности в действиях Заявителя нарушений условий Контракта и наличии оснований для включения сведений о заявителе в реестр недобросовестных поставщиков.

Повторно рассмотрев дело, суд первой инстанции приходит к следующему.

В силу положений части 2 статьи 104 Федерального закона от 05.04.2013г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о контрактной системе) в реестр недобросовестных поставщиков включается информация о поставщиках (подрядчиках, исполнителях) в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением ими условий контрактов.

Согласно части 8 статьи 95 Закона о контрактной системе расторжение контракта допускается в случае одностороннего отказа стороны контракта от исполнения контракта в соответствии с гражданским законодательством.

В соответствии с частью 9 названной статьи закона заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, при условии, если это было предусмотрено контрактом. В рассматриваемом деле такая возможность предусмотрена пунктом 8.1 Контракта.

Как следует из материалов дела, 05.07.2019г. между Заявителем и ГКУ «Московский центр недвижимости» (далее - Учреждение, Заказчик) был заключен контракт № УВР-9/2019 на оказание услуг по исполнению функций технического заказчика и осуществлению строительного контроля при выполнении капитального ремонта нежилых помещений, находящихся в собственности города Москвы, расположенных на 12 этаже нежилого здания по адресу: г. Москва, Новый Арбат ул., д. 11, стр. 1 (далее – Контракт).

В соответствии с пунктом 1.1 Контракта Технический заказчик, которым в рассматриваемых правоотношениях выступает Заявитель, обязуется по заданию Заказчика оказать услуги по исполнению функций технического заказчика и осуществлению строительного контроля при выполнении капитального ремонта нежилых помещений, находящихся в собственности города Москвы.

Согласно пункту 3.1 Контракта сроки оказания услуг по контракту установлены в соответствии с Техническим заданием: в течение 180 календарных дней со дня, следующего за днем подписания контракта.

В соответствии с пунктом 5.1 и 5.2 Технического задания Заявитель осуществляет разъяснение возникающих вопросов при выполнении работ по капитальному ремонту нежилых помещений, а также обеспечивает постоянное присутствие представителя Технического заказчика во время проведения работ, ведение авторского надзора и организовывает в необходимых случаях внесение изменений в проектно-сметную и рабочую документации и их согласование и утверждение.

Согласно материалам дела в ходе проведения проверки исполнения Заявителем условии Контракта Заказчиком было выявлено отсутствие представителя Общества на объекте, что подтверждается актами осмотра объекта от 28.08.2019г. № б\н, от 02.09.2019г. № б\н, от 05.09.2019г. №б\н, от 09.09.2019г. №б\н, от 11.09.2019г. №б\н, от 13.09.2019г. № б\н, от 16.09.2019г. № б\н, от 19.09.2019г. № б\н, от 23.09.2019г. № б\н, от 26.09.2019г. № б\н, от 02.10.2019г. № б\н, от 09.10.2019г. № б\н. Данные акты составлены представителями Заказчика и представителями организаций, не имеющих отношения к Контракту. При этом представители ООО «Квадрострой», вопреки доводам суда первой инстанции, при составлении указанных актов не присутствовали, акты не подписывали.

При этом Заявитель представил в материалы дела копии общих журналов производства работ, в графе «Отметки о принятии к исполнению, подпись отв. лица», производитель работ - ООО «Квадрострой» был ознакомлен со всеми замечаниями по качеству и ведению объектной документации, что в графе «подпись представителя заказчика» подтверждается отметкой об ознакомлении, подписью, ее расшифровкой, номером и датой приказа, на основании которого действует представитель заказчика и датой ознакомления. В журнале авторского надзора в графе «Подпись представителя заказчика» также проставлены подписи производителя работ -ООО «Квадрослрой» (т.2, л.д. 2-12).

При этом суд первой инстанции, оценив данные доказательства Общества указал, что документы (Журналы производства работ) были составлены Обществом в одностороннем порядке, не подписаны Заказчиком, и поэтому не могут достоверно подтверждать факт нахождения сотрудников Общества на объекте. Данный вывод суда первой инстанции не соответствует фактическим обстоятельствам дела.

Кроме того, в подтверждение данных указанных Журналах производства работ и с целью подтверждения постоянного присутствия представителя Исполнителя на Объекте во время проведения работ, Заявителем были предъявлены фотоматериалы, соответствующие дате и работам, произведенным Обществом; оценка которых судом первой инстанции не дана.

При этом, указанные фотоматериалы могли быть получены Заявителем при нахождении его представителя на Объекте, что также подтверждает отсутствие указанного Заказчиком нарушения.

Как указал суд первой инстанции, Заказчик и ООО «Квадрострой» (подрядчик) в адрес Заявителя письмами исх. от 25.09.2019г. № 852, от 26.09.2019г. № 859, от 30.09.2019г. исх. 878, исх. № 964 от 10.10.2019г., от 14.10.2019г. № 987, исх. № 997 от 14.10.2019г., от 14.10.2019г. № 998, от 15.10.2019г. № 1011, от 10.10.2019г. № 963 направляли обращения о необходимости дать разъяснения относительно технологии выполнения ремонтных работ, внести изменения в проектно-сметную документацию, а

также обеспечить присутствие представителя Общества для оперативного решения возникающих вопросов.

Однако из материалов дела следует, что указанные письма направлял не Заказчик, а ООО «Квадрострой», следовательно, утверждать об отсутствии ответов на эти письма у Заказчика оснований не имелось.

При этом суд первой инстанции указал, что ввиду отсутствия ответа на указанные обращения, Заказчик в письмах от 04.10.2019г. № И-5779/19, от 16.10.2019г. № И-5993/19, направленных в адрес Заявителя, потребовал от Общества исполнить обязательства, предусмотренные пунктами 5.1 и 5.2 Технического задания и дать разъяснения подрядчику, а также при необходимости внести изменения в проектно-сметную документацию.

В связи с ненадлежащим исполнением Заявителем обязательств по Контракту, Заказчиком 30.10.2019г. № И-6260/19 было принято решение об одностороннем отказе от исполнения контракта.

В ответ на решение об одностороннем отказе от исполнения контракта, Заявитель направил в адрес Заказчика претензию от 20.11.2019г. № 971 с требованием отменить указанное решение об одностороннем отказе от исполнения контракта.

Как указало Третье лицо и суд первой инстанции Заказчиком было принято уведомление от 27.11.2019г. об отмене решения об одностороннем отказе от исполнения контракта во исполнение требований части 14 статьи 95 Закона о контрактной системе, то есть в связи с последующем за Решением об одностороннем отказе от исполнения контракта от 30.10.2019г. устранением нарушений.

Однако, как следует из материалов дела и претензии Общества от 20.11.2019г. № 971 Решение об одностороннем отказе от исполнения контракта от 30.10.2019г. отменено Заказчиком ввиду допущенных им самим условий Контракта; обстоятельств признания Исполнителем нарушений и фактов устранения Обществом нарушений после 30.10.2019г. в уведомлении от 27.11.2019г. не указано.

В дальнейшем, Третьим лицом вновь были составлены Акты осмотра объекта от 29.11.2019г. № б\н, от 02.12.2019г. № б\н, от 03.12.2019г. № б\н, от 04.12.2019г. № б\н, от 05.12.2019г. № б\н также одностороннем порядке, без участия ООО «Квадрастрой».

При этом в материалах дела имеются протоколы совещания № 1 от 29.11.2019г., протокол совещания № 2 от 04.12.2019 г., таким образом, подтверждается, что 29.11.2019г. и 04.12.2019г. Заявитель находился на объекте на совещании, что противоречил информации, содержащейся в актах осмотра объекта от 29.11.2019г. и 04.12.2019г.

Заказчиком 09.12.2019г. №И-6748/19 принято решение об одностороннем отказе от исполнения контракта.

Доказательств устранения либо неустранения Заявителем нарушений после вынесения Заказчиком решения об одностороннем отказе от исполнения контракта от 09.12.2019г. №И-6748/19 (присутствия либо отсутствия представителей Заявителя на Объекте) материалы дела не содержат. Антимонопольным органом это обстоятельство не выяснялось.

Суд апелляционной инстанции считает необходимым указать, что решение Заказчика об одностороннем отказе от исполнения контракта от 09.12.2019г. №И-6748/19, по сути, повторным не является, так как первое Решение об одностороннем отказе от исполнения контракта от 30.10.2019г. отменено Заказчиком ввиду допущенных им самим условий Контракта, а не ввиду устранения Заявителем нарушений.

Исходя из требований части 2 статьи 104 Закона о контрактной системе, включению в реестр недобросовестных поставщиков подлежит информация, в том числе о лицах, с которыми расторгнуты государственные контракты вследствие их недобросовестного поведения в ходе их исполнения.

При этом, учитывая то обстоятельство, что реестр недобросовестных поставщиков является мерой публично-правового характера, антимонопольный орган в каждом конкретном случае обязан выяснить причины неисполнения контракта и оценить действия хозяйствующего субъекта в процессе его исполнения. В этой связи в целях разрешения вопроса о включении либо невключении сведений о хозяйствующем субъекте в реестр недобросовестных поставщиков антимонопольный орган оценивает действия исполнителя с точки зрения недобросовестности.

Оценка антимонопольным органом обстоятельств одностороннего расторжения контракта государственным заказчиком в целях применения положений статьи 104 Закона о контрактной системе не подменяет собой оценку правомерности расторжения контракта, которая осуществляется в судебном порядке.

При этом, учитывая то обстоятельство, что реестр недобросовестных поставщиков является мерой публично-правового характера, антимонопольный орган в каждом конкретном случае обязан выяснить причины неисполнения контракта и оценить действия хозяйствующего субъекта в процессе его исполнения.

В свою очередь, такая правовая категория, как «недобросовестность», является оценочным понятием и складывается из ряда элементов поведения хозяйствующего субъекта в ходе заключения либо исполнения контракта.

В этой связи в целях разрешения вопроса о включении либо невключении сведений о хозяйствующем субъекте в реестр недобросовестных поставщиков антимонопольный орган оценивает действия исполнителя с точки зрения их добросовестности.

Как следует из Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее - Постановление Пленума № 25), оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.

В соответствии с разъяснениями Конституционного Суда Российской Федерации, изложенными в постановлениях от 30.07.2001г. № 13-П и от 21.11.2002г. № 15-П, меры государственного принуждения должны применяться с учетом характера совершенного правонарушения, размера причиненного вреда, степени вины правонарушителя, его имущественного положения и иных существенных обстоятельств. Применяемые государственными органами санкции, в том числе штрафного характера должны отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционного защищаемым целям и ценностям, исключать возможность их произвольного истолкования и применения.

Таким образом, при рассмотрении вопроса о включении сведений об участнике закупки, поставщике (подрядчике, исполнителе) в реестр недобросовестных поставщиков антимонопольный орган не должен ограничиваться формальным установлением факта нарушения закона и обязан исследовать все обстоятельства дела, дав оценку обстоятельствам, свидетельствующим о намерении участника отказаться от заключения контракта, направленности действий поставщика (подрядчика, исполнителя) на несоблюдение условий контракта или уклонение от его исполнения.

Суд апелляционной инстанции отмечает, что основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков является только такое уклонение лица от заключения контракта или от исполнения условий контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им умышленных действий (бездействия) в противоречие требованиям Закона о контрактной системе, в том числе приведшее к невозможности заключения контракта с этим лицом как признанного победителем конкурса и нарушающее права заказчика относительно условий (выявленных им как

лучшие) и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием бюджетных средств и в предусмотренном бюджетным законодательством порядке.

Ни Закон о контрактной системе, ни Правила ведения реестра недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей), утвержденные постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013г. № 1062 не содержат безусловной обязанности уполномоченного органа включать представленные заказчиком сведения о поставщике в соответствующий реестр без оценки его действий в каждом конкретном случае.

Повторно исследовав обстоятельства, имеющие значение по делу, исследовав и оценив представленные в дело доказательства по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, применив нормы материального права, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что Общество имело реальные возможности для исполнения Контракта, предпринимало для этого предусмотренные законодательством о контрактной системе меры, однозначных доказательств нарушения Обществом условий Контракта Заказчиком не представлено, в связи с чем у УФАС по г. Москве отсутствовали основания для принятия решения о включении Заявителя в реестр недобросовестных поставщиков.

Оспариваемое решение принято уполномоченным органом, однако не соответствует Закону о контрактной системе и нарушает права и законные интересы Общества в сфере осуществления предпринимательской деятельности, что в силу части 2 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации влечет удовлетворение заявленных требований и признание Решения УФАС по г. Москве от 25.02.2020г. по делу № 07/10/19-3186/2020 незаконным.

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что при принятии обжалуемого решения судом первой инстанции были неполно выяснены обстоятельства, имеющие значение для дела, допущено несоответствие выводов, обстоятельствам дела, в связи с чем на основании пунктов 1 и 4 части 1 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации решение Арбитражного суда города Москвы от 27.08.2020г. подлежит отмене, заявление ООО «Старт» - удовлетворению.

Руководствуясь ст.ст. 266, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда г.Москвы от 27.08.2020 по делу № А40-85567/20 отменить.

Решение Управления Федеральной антимонопольной службы России по г. Москве от 25.02.2020г. № 07/10/19-3186/2020 признать незаконным.

Взыскать с Управления Федеральной антимонопольной службы России по г. Москве в пользу ООО «Старт» государственную пошлину за рассмотрение дела в суде первой инстанции в сумме 3 000 руб.. за подачу апелляционной жалобы – в сумме 1 500 руб.

Постановление 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: М.В. Кочешкова
Судьи: Т.Т. Маркова
О.С. Сумина

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.