



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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ  
№ 09АП-5572/2015

г. Москва  
06 апреля 2015 года

Дело № А40-157586/14

Резолютивная часть постановления объявлена 23 марта 2015 года  
Постановление изготовлено в полном объеме 06 апреля 2015 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи  
Судей

Якутова Э.В.  
Захарова С.Л.  
Свиридова В.А.

при ведении протокола секретарём судебного заседания Сатаевым Д.Ш.

Рассмотрев в открытом судебном заседании в зале № 15 апелляционную жалобу  
ОАО «МОЭСК» на решение Арбитражного суда г. Москвы от 23.12.2014 по делу  
№ А40-157586/14 судьи Немовой О.Ю. (72-1213)

по заявлению ОАО «МОЭСК» (ОГРН 1057746555811; 115114, г. Москва, 2-й  
Павелецкий проезд, д.3, стр.2)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по г. Москве  
третьи лица ЗАО «АСТ», ЗАО «Российская корпорация средств связи»

о признании незаконными решения и предписания

при участии:

от заявителя: Мауль А.В. по дов. от 27.02.2015, Мельников Д.В. по дов. от  
19.12.2013;

от ответчика: Айнутдинов Р.Ф. по дов. от 25.12.2015;

от третьего лица: не явились, извещены,

У С Т А Н О В И Л:

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 23.12.2014 ОАО «МОЭСК» (далее –  
МОЭСК) отказано в удовлетворении заявления о признании незаконными решения и  
предписания Управления ФАС России по Москве (далее – УФАС по Москве) от  
14.08.2014 по делу № 1-00-1117/77-14.

МОЭСК не согласился с решением и обратился с апелляционной жалобой, в  
которой считает указанное решение необоснованным, незаконным, вынесенным с  
нарушением норм материального права.

Просит решение суда отменить, удовлетворить заявленные требования.

Отзывы на апелляционную жалобу УФАС по Москве и третьими лицами не представлены.

Дело рассмотрено в порядке ст.ст. 123, 156 АПК РФ в отсутствие представителей третьих лиц, надлежаче извещенных о времени и месте рассмотрения дела.

В судебном заседании представитель МОЭСК доводы апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, изложил свою позицию, указанную в апелляционной жалобе, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Указал на то, что условие Положения о требованиях к банковской гарантии является ничем иным, как критерием оценки заявок участников конкурса по признаку надёжности банка, выступающего гарантом участника конкурса.

Пояснил, что Законом о закупках установлено право организатора торгов самостоятельно определять критерии как для закупки, так и для участника торгов.

По мнению МОЭСК в настоящем случае организатор торгов всего лишь минимизирует свой предпринимательский риск, связанный с возможным неисполнением участником торгов своих обязательств и невозможностью обеспечения указанного обязательства банком-гарантом участника закупки.

Обратил внимание на то, что исполнение обжалуемого предписания невозможно, поскольку договор с победителем конкурса заключен и исполнен.

Представитель УФАС по Москве в судебном заседании поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает ее необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать, изложил свои доводы.

Указал на то, что требования заказчика к банковской гарантии могли привести к ограничению конкуренции.

Законность и обоснованность решения проверены в соответствии со ст.ст. 266, 268 АПК РФ. Суд апелляционной инстанции, заслушав представителей сторон, исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, считает, что решение подлежит оставлению без изменения исходя из следующего.

Как следует из материалов дела, на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о закупках отдельными видами юридических лиц [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) 10.06.2014 ОАО «МОЭСК» были размещены извещение и конкурсная документация на право заключения договора на оказание услуг по комплексному аудиту состояния информационной безопасности информационно-телекоммуникационной инфраструктуры ОАО «МОЭСК» и разработке модели комплексной системы мониторинга и снижения рисков информационной безопасности (реестровый номер извещения 31401240343).

Конкурсная документация была опубликована МОЭСК на официальном сайте [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru), на сайте заказчика [www.moesk.ru](http://www.moesk.ru), а также на сайте электронной торговой площадки [www.b2b-energo.ru](http://www.b2b-energo.ru).

Положение о закупке (конкурсная документация) ОАО «МОЭСК» утверждено постоянно действующей конкурсной комиссией ОАО «МОЭСК» 06.06.2014.

Участник конкурса ЗАО «АСТ» представил в качестве финансового обеспечения банковскую гарантию от 27.06.2014 № 5644 на сумму 739 789,20 руб., выданную ОАО АКБ «Пробизнесбанк».

Согласно протоколу от 28.07.2014 № М/2446 очередного очного заседания конкурсной комиссии по оценке и предварительному ранжированию заявок, заявка общества «АСТ» признана несоответствующей требованиям конкурсной документации по отборочному критерию «Финансовое обеспечение участников».

ЗАО «АСТ» обратилось в УФАС по Москве с жалобой на нарушения МОЭСК при проведении открытого конкурса, выразившихся, в том числе, в нарушении порядка

проведения рассмотрения заявок, неправомерном отказе в допуске к участию в конкурсе, неправомерном установлении требований к финансовому обеспечению, необоснованного отклонения заявки, неправомерного допуска к участию в конкурсе ЗАО «РКСС» и ЗАО НИП «Информзащита».

Решением УФАС по Москве от 14.08.2014 по делу № 1-00-1117/77-14 жалоба ЗАО «АСТ» была признана обоснованной в части нарушения порядка проведения рассмотрения заявок, а именно: нарушения срока рассмотрения заявок на участие в конкурсе, неправомерного отказа ЗАО «АСТ» в допуске к участию в конкурсе, неправомерного установления в конкурсной документации требования к финансовому обеспечению заявки (банковской гарантии) как «произведение собственного капитала на коэффициент достаточности капитала должен быть не менее 3 миллиардов рублей по данным последней отчетности». В остальной части жалоба была признана необоснованной.

Таким образом, УФАС по Москве в действиях заказчика установлено нарушение п.2 ч.1 ст.3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) и ч.1 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

На основании решения ОАО «МОЭСК» выдано предписание от 14.08.2014 по делу № 1-00-1117/77-14 об отмене протоколов, составленных в ходе проведения конкурса, внесении изменений в конкурсную документацию, продлении процедуры конкурса и повторном его проведении с учетом требований оспариваемого решения.

Отказывая в удовлетворении заявленных МОЭСК требований, суд первой инстанции обоснованно исходил из того, что отказ в допуске ЗАО «АСТ» на основании несоответствия требованиям конкурсной документации по отборочному критерию «Финансовое обеспечение участников» является неправомерным.

При этом, суд правомерно указал на то, что при осуществлении закупочной деятельности к ряду хозяйствующих субъектов, перечень которых установлен ч.2 ст.2 Закона о закупках, предъявляются повышенные требования; п.1 ч.2 ст.1 названного закона установлены требования к закупкам, осуществляемым субъектами естественных монополий.

В соответствии с ч.2 ст.2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать 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.

Согласно п.12 ч.10 ст.4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Вместе с тем, право заказчика на самостоятельное определение способа проведения закупки (ч.3 ст.3 Закона о закупках) не освобождает его от обязанности соблюдения иных требований действующего законодательства при формировании закупочной документации и в любом случае не должно приводить к нарушению Закона о закупках в части ограничения круга участников.

В связи с этим, разрабатываемое заказчиком положение о закупке не должно противоречить требованиям и нормам гражданского и антимонопольного законодательства с учетом положения о равенстве всеобщего доступа к открытым торгам (ч.1 ст.448 ГК РФ), и недопустимости ограничения конкуренции и злоупотребления правом (ст.10 ГК РФ, ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции).

Исследуя материалы дела, суд правильно установил, что в соответствии с конкурсной документацией участником должен быть представлен, в том числе, оригинал банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения обязательств участника конкурса (п.2.4.9 Положения).

Оригинал банковской гарантии подается в информационном конверте № п+1, обозначаемый словами «Финансовое обеспечение Конкурсной заявки», при этом банк (либо его региональный филиал, действующий от имени Банка) должен отвечать следующим требованиям:

- а. Обязательное наличие действующей лицензии Центрального банка Российской Федерации (далее по тексту ЦБ РФ) на проведение банковских операций;
- б. Выполнение обязательных нормативов ЦБ РФ, установленные Инструкцией Банка России №139-И от 03.12.2012 «Об обязательных нормативах банков»;
- с. Выполнение Положения ЦБ РФ № 385-П от 16.02.2012 «О правилах ведения бухгалтерского учета в кредитных организациях, расположенных на территории Российской Федерации»;
- д. Производство собственного капитала на коэффициент достаточности капитала (Н1.0) должен быть не менее 3 (трех) миллиардов рублей по данным последней отчетности;
- е. Местом предъявления банковской гарантии в случае присутствия структурного подразделения банка в г. Москва должен быть указан его адрес, в ином случае требуется отдельное согласование места предъявления гарантии департаментом корпоративных финансов исполнительного аппарата заказчика.

Анализируя основания вынесения оспариваемого решения, суд правомерно согласился с выводом антимонопольного органа о том, что требования заказчика к банковской гарантии («производство собственного капитала на коэффициент достаточности капитала должен быть не менее 3 миллиардов рублей по данным последней отчетности») могли привести к ограничению конкуренции и послужили основанием для отклонения заявки ЗАО «АСТ».

При этом, суд обоснованно отметил, что в силу ч.1 ст.369 ГК РФ банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром. Основным предназначением банковской гарантии является ее обеспечительная функция.

В рассматриваемом случае, как правильно посчитал суд, банковская гарантия должна была обеспечивать лишь участие (заявку), но не обязательства контрагента перед заказчиком в рамках заключенного и исполняемого договора.

Оценивая обстоятельства дела, суд обоснованно указал на отсутствие доказательств того, что представленная ЗАО «АСТ» банковская гарантия не выполняет обеспечительную функцию. Не представлено и доказательств того, что банк, выдавший гарантию, не может обеспечить надлежащее исполнение обязательств в рамках договора банковской гарантии.

Как правильно установил суд, требованию заказчика по капитализации банка-гаранта соответствуют не все банковские (кредитные) организации, а лишь крупнейшие по капитализации банки («ТОП-40»).

Исходя из этого, суд правомерно согласился с выводом УФАС по Москве о том, что сужение количества банков, удовлетворяющих требованию «производство собственного капитала на коэффициент достаточности капитала должен быть не менее 3 миллиардов рублей по данным последней отчетности» могло привести к ограничению конкуренции на торгах, поскольку на участников торгов, не являющихся профессиональными участниками на рынке банковских услуг, фактически была возложена функция по проверке капитализации банков.

При этом, суд обоснованно указал на то, что в соответствии с ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Согласно ч.1 ст.3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются принципами: информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений

конкуренции по отношению к участникам закупки, целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции), отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

На основании изложенного, суд пришел к обоснованному выводу о том, что установление ОАО «МОЭСК» повышенных требований к банкам-гарантам упомянутым требованиям антимонопольного законодательства не соответствовало; отказ в допуске ЗАО «АСТ» на основании несоответствия требованиям конкурсной документации по отборочному критерию «Финансовое обеспечение участников» является неправомерным.

Оценивая доводы МОЭСК о незаконности предписания, суд правильно обратил внимание на то, что в обоснование доводов о неисполнимости предписания положены обстоятельства, возникшие после его вынесения, в связи с чем являются несостоятельными.

Доводы апелляционной жалобы МОЭСК о том, что договор с победителем конкурса уже исполнен, не могут являться основанием для вывода о незаконности предписания и удовлетворения заявленных в этой части требований, поскольку в суде первой инстанции не заявлялись, соответствующие доказательства в суд не представлялись.

При изложенных обстоятельствах апелляционный суд считает, что выводы суда первой инстанции основаны на полном и всестороннем исследовании материалов дела, при правильном применении норм действующего законодательства.

Иное толкование заявителем апелляционной жалобы положений закона не означает допущенной при рассмотрении дела судебной ошибки.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают выводы суда, положенные в основу решения, и не могут служить основанием для его отмены и удовлетворения апелляционной жалобы.

Нарушений норм процессуального права, являющихся безусловным основанием к отмене судебного акта, судом первой инстанции не допущено. Оснований для отмены обжалуемого судебного акта не имеется.

Принимая во внимание изложенное и, руководствуясь ст.ст. 110, 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

#### ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г. Москвы от 23.12.2014 по делу № А40-157586/14 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Взыскать с ОАО «МОЭСК» в федеральный бюджет государственную пошлину по апелляционной жалобе в размере 3 000 (три тысячи) рублей.

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 Арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Э.В. Якутов

Судьи:

С.Л. Захаров

В.А. Свиридов