



21/2012-131330(2)

**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-27562/2012-АК**

г.Москва

15.10.2012

Дело №А40-32556/12-154-304

Резолютивная часть постановления объявлена 08.10.2012

Постановление изготовлено в полном объеме 15.10.2012

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи Веклича Б.С.

судей: Лепихина Д.Е., Яковлевой Л.Г.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Алексеевой Е.Б.,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу ОАО «Российские железные дороги»

на решение Арбитражного суда г.Москвы от 16.07.2012 по делу №А40-32556/12-154-304, принятое судьей Полукаровым А.В.

по заявлению ОАО «Российские железные дороги» (ОГРН 1037739877295, 107144, г.Москва, ул.Новая Басманная, д.2)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по городу Москве

третье лицо: ООО «Анфея»

о признании незаконными решения и предписания от 08.11.2011 по делу №1-17-52/77-11, при участии:

от заявителя: Кокорев А.А. по доверенности от 30.08.2012 №НЮ-3-11/219; Иванушенкова И.В. по доверенности от 28.06.2012 №685-ДП;

от ответчика: Толкунова А.В. по доверенности от 10.01.2012 №4-14;

от третьего лица: Кандырин О.А. по доверенности от 20.05.2011,

лица:

УСТАНОВИЛ:

ОАО «Российские железные дороги» обратилось в Арбитражный суд г.Москвы с заявлением о признании незаконными решения и предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве от 08.11.2011 по делу №1-17-52/77-11 о нарушении антимонопольного законодательства.

Решением суда от 16.07.2012 в удовлетворении заявления отказано. При этом суд исходил из того, что оспариваемые решение и предписание антимонопольного органа соответствуют действующему законодательству, не нарушают прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Заявитель не согласился с решением суда и обратился с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить принять по делу новый судебный акт, ссылаясь на неправильное применение судом норм материального и процессуального права.

Ответчик возражает против доводов апелляционной жалобы, просит отказать в ее удовлетворении. Представил письменный отзыв на апелляционную жалобу.

В отзыве на апелляционную жалобу и в судебном заседании представитель третьего лица поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает жалобу необоснованной, просит решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Законность и обоснованность судебного решения проверена судом апелляционной инстанции в порядке ст.ст.266, 268 АПК РФ.

Изучив материалы дела, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, поддержавших в судебном заседании изложенные доводы и требования, суд апелляционной инстанции полагает необходимым оставить обжалуемое решение суда без изменения, основываясь на следующем.

Согласно ч.1 ст.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) органов, осуществляющих публичные полномочия, 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.

Частью 4 ст.200 АПК РФ предусмотрено, что при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, 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.

В силу ч.5 данной статьи Кодекса обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, возлагается на орган или лицо, которые приняли акт.

Как следует из материалов дела, Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве в результате рассмотрения дела №1-17-52/77-11 о нарушении антимонопольного законодательства принято решение от 24.10.2011, согласно которому в действиях ОАО «РЖД» установлен факт нарушения ч.1 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» в части установления в квалификационной документации требований, ограничивающих конкуренцию.

24.10.2011 ОАО «РЖД» выдано предписание №1-17-52/77-11, которым заявителю предписано в срок до 22.02.2012 отменить результаты конкурсов с предварительным квалификационным отбором №229/КПО-ЦРЕФ/2012/ОП, 207/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП, 237/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП, 393/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП.

ОАО «РЖД» обжаловало указанные ненормативные правовые акты в арбитражный суд.

Суд апелляционной инстанции считает выводы суда первой инстанции об отказе в удовлетворении заявленных требований основанными на имеющих значение для дела фактических обстоятельствах, установленных судом на основании полного и всестороннего исследования имеющихся в деле доказательств.

Судом установлено, что при принятии оспариваемого решения Управление Федеральной антимонопольной службы действовало в пределах своих полномочий и в рамках определенной законом компетенции.

Как следует из материалов дела, проведение конкурсов с предварительным квалификационным отбором №229/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП, 207/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП, 237/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП, 393/КПО-ЦРЕФ/2011/ОП осуществлялось Обществом в

соответствии с Гражданским кодексом РФ и распоряжением ОАО «РЖД» от 31.07.2010 №1661, которым утверждено положение о порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для осуществления основных видов деятельности ОАО «РЖД».

В соответствии с ч.1 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» при проведении торгов, запроса котировок цен на товары запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Антимонопольным органом установлено, что в действиях ОАО «РЖД» содержатся вышеуказанные признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Вопреки доводам апелляционной жалобы, Комиссией Московского УФАС России по рассмотрению дела №1-17-52/77-11 о нарушении антимонопольного законодательства правомерно установлено наличие ограничения круга лиц, желающих участвовать в торгах, по признаку наличия регистрации на территории Российской Федерации.

В соответствии с ч.1 ст.448 Гражданского кодекса РФ, в открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо, удовлетворяющее установленным законом требованиям (в случаях, когда они установлены).

При этом в Гражданском кодексе РФ не предусмотрено ограничение круга лиц, желающих участвовать в торгах, по признаку наличия регистрации на территории Российской Федерации.

Кроме того, Распоряжением ОАО «РЖД» от 31.07.2010 №1661р утверждено Положение о порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для осуществления основных видов деятельности ОАО «РЖД».

В соответствии с п.1 Положения о закупках, оно определяет порядок размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для осуществления основных видов деятельности ОАО «РЖД», его филиалов и других структурных подразделений.

Подпунктом «а» п.2 Распоряжения от 31.07.2010 №1661р, которым утверждено Положение о закупках предусматривается обязанность руководителей подразделений аппарата управления, филиалов и других структурных подразделений ОАО «РЖД» обеспечить неукоснительное исполнение Положения о закупках.

В п.9 Положения о закупках установлен перечень требований, в соответствии с которым претендент признается участником процедуры размещения заказа.

Обязательными требованиями являются:

- претендент не должен иметь задолженности по уплате налогов, сборов, пени, налоговых санкций в бюджеты всех уровней и обязательных платежей в государственные внебюджетные фонды;

- претендент не должен находиться в процессе ликвидации;

- претендент не должен быть признан несостоятельным (банкротом);

- на имущество претендента не должен быть наложен арест, экономическая деятельность претендента не должна быть приостановлена.

Квалификационные требования, которые могут быть установлены по усмотрению организатора и функционального заказчика:

- наличие финансовых, материальных средств, а также иных возможностей (ресурсов), необходимых для выполнения условий контракта, который может быть заключен по итогам процедуры размещения заказов;

- положительная деловая репутация, наличие опыта осуществления поставок, выполнения работ или оказания услуг;

- иные требования, связанные с предметом закупки.

При этом установление требований дискриминационного характера не допускается.

Кроме того, Положение о закупках не содержит требования об обязательной регистрации участника на территории Российской Федерации.

Судом апелляционной инстанции отклоняются ссылки Общества на положения Налогового кодекса РФ.

В соответствии с ч.1 ст.83 Налогового кодекса РФ в целях проведения налогового контроля организации и физические лица подлежат постановке на учет в налоговых органах соответственно по месту нахождения организации, месту нахождения ее обособленных подразделений, месту жительства физического лица, а также по месту нахождения принадлежащих им недвижимого имущества и транспортных средств и по иным основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом.

При этом организации, в состав которых входят обособленные подразделения, расположенные на территории Российской Федерации, подлежат постановке на учет в налоговых органах по месту нахождения каждого своего обособленного подразделения.

Согласно ч.2 ст.11 Налогового кодекса РФ обособленное подразделение организации - любое территориально обособленное от нее подразделение, по месту нахождения которого оборудованы стационарные рабочие места.

Местом нахождения обособленного подразделения российской организации является место осуществления этой организацией деятельности через свое обособленное подразделение.

Таким образом, налоговое законодательство связывает постановку на учет в налоговом органе только со случаями осуществления организацией деятельности на территории Российской Федерации через обособленное подразделение.

Предъявление к претендентам противоречащего законодательству условия препятствует возможности хозяйствующих субъектов, соответствующих другим, установленным законом, требованиям, участия в открытом конкурсе.

Таким образом, категория хозяйствующих субъектов, имеющая в установленном законодательством порядке право на осуществление предпринимательской и иной экономической деятельности на территории Российской Федерации, путем предъявления ОАО «РЖД» требования об обязательной регистрации на территории Российской Федерации, необоснованно ограничено право участия в открытом конкурсе.

Довод Общества об отсутствии ограничения конкуренции при установлении условия об исключении из числа участников лиц, которые отозвали или не приняли участие в трех конкурсах подряд, отклоняется судом апелляционной инстанции.

Как следует из материалов дела, квалификационная документация содержит п.1.1.11 согласно которому в случае, если участник конкурсов на право заключения договоров выполнения работ, являющихся предметом Конкурентных процедур, отзовет или не подаст заявку на участие в 3 (трех) конкурсах подряд, конкурсная комиссия вправе исключить его из числа участников. Данное условие предусматривается для всех 4 (четырёх) Конкурентных процедур.

Исходя из толкования указанного положения Квалификационной документации, участник может быть исключен, если не примет участие как минимум в 3 (трех) конкурсах.

Так же следует учесть, что предметы Конкурентных процедур являются по своей сути работами, технологически и функционально не связанными, требующими разного рода опыт, подготовку, материальную и техническую обеспеченность.

При этом все виды работ, согласно Квалификационной документации относятся к общему классификатору - ремонт объектов вагонного хозяйства, но имеют своими предметами работы, технологически и функционально не связанные с друг другом.

Данное обстоятельство подтверждается отнесением работ к разным видам деятельности согласно ОКВЭД. Так, капитальный ремонт электроустановок, электрооборудования, сетей электроснабжения и освещения относится к коду 45.31 (производство электромонтажных работ), а капитальный ремонт автотранспортной и автотракторной техники относится к коду 50.2 (техническое обслуживание и ремонт автотранспортных средств).

При этом работы не имеют взаимосвязи, что подтверждает нецелесообразное ограничение претендентов, отбираемых при квалификационном отборе, особенно при условии того, что предметами проводимых в дальнейшем конкурсов будут являться указанные выше виды работ в отдельности.

Таким образом, для участия в конкурсе на производство одного вида работ, например ремонта грузоподъемных машин и механизмов, участнику совершенно не обязательно

обладать мощностями для ремонта сетей электроснабжения, или для ремонта гражданских зданий.

Установление в конкурсной документации условия об обязательном участии в трех конкурсах подряд свидетельствует о предполагаемом обладании мощностями по всем видам работ, что является намеренным расширением предмета Конкурентной процедуры.

Кроме того, на момент прохождения предварительного квалификационного отбора претендентам неизвестны объемы работ, которые впоследствии будут являться предметами конкурсов, то есть они рискуют быть исключенными из числа участников в связи с обязанностью выполнения такого объема работ, о котором они не были поставлены в известность заказчиком.

При таких обстоятельствах, лица, прошедшие квалификационный отбор обязаны участвовать во всех конкурсах, хотя возможно имеют значительное преимущество перед остальными по одному отдельному виду работ.

Кроме того, судом первой инстанции обоснованно указано на то, что согласно Методике оценки квалификационных заявок претендентов, оценке подлежат показатели, характеризующие опыт работ участника, но не обладание им реальными показателями, выраженным в административных, человеческих, а также иных материальных ресурсах.

На основании изложенного, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что действия ОАО «РЖД», выразившиеся в установлении в Квалификационной документации требований, которые могут привести к ограничению конкуренции, свидетельствуют о нарушении ч.1 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Таким образом, является правомерным вывод суда первой инстанции о том, что оспариваемые решение и предписание соответствует нормам антимонопольного законодательства и не нарушает права и законные интересы заявителя.

Согласно ч.3 ст.201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Таким образом, решение суда первой инстанции является законным и обоснованным, соответствует материалам дела и действующему законодательству, в связи с чем отмене не подлежит. Нормы материального и процессуального права применены судом правильно.

С учетом изложенного, руководствуясь ст.ст.266, 268, 269, 271 АПК РФ, арбитражный суд,

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г.Москвы от 16.07.2012 по делу №А40-32556/12-154-304 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 Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Б.С. Веклич

Судьи:

Д.Е. Лепихин

Л.Г. Яковлева