

**ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА**

ул. Якубовича, д.4, Санкт-Петербург, 190000

<http://fasszo.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

18 июня 2014 года

Дело № А56-54795/2013

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Савицкой И.Г., судей Асмыковича А.В., Любченко И.С.,

при участии от правительства Санкт-Петербурга Карпина Д.М. (доверенность от 09.01.2014 № 07-125/57), от Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу Асташенковой Е.И. (доверенность от 10.01.2014 № 03/84),

рассмотрев 10.06.2014 в открытом судебном заседании кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу на решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25.02.2014 по делу № А56-54795/2013 (судьи Королева Т.В., Рогова Ю.В., Ресовская Т.М.),

**у с т а н о в и л:**

Общество с ограниченной ответственностью «Вертикаль», место нахождения: 199106, Санкт-Петербург, ул. Опочинина, д. 6, лит. «А», пом. 24 Н, ИНН 7801593210, ОГРН 1137847000631 (далее – Общество, ООО «Вертикаль»), обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением, уточненным в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ), к правительству Санкт-Петербурга, место нахождения: 191060, Санкт-Петербург, Смольный (далее – Правительство СПб), о признании недействующим пункта 2 приложения № 6 к «Положению об организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга и порядке формирования и реализации Адресной инвестиционной программы», утвержденному постановлением правительства Санкт-Петербурга от 20.10.2010 № 1435 «Об организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга и порядке формирования и реализации Адресной инвестиционной программы» (далее – Положение № 1435). Общество считает оспариваемый пункт 2 приложения № 6 не соответствующим статье 2 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 № 44-ФЗ) и статье 15 Федерального Закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ).

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Комитет по строительству правительства Санкт-Петербурга, место нахождения: 190000, Санкт-Петербург, наб. реки Мойки, д. 76, ИНН 7830002342, ОГРН 1027810279397; а также Управление Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу, место нахождения: 199004, Санкт-Петербург, В.О., 4-я линия, д. 13, лит. «А», ИНН 7825413361, ОГРН 1027809242933 (далее – УФАС, Управление).

Решением от 25.02.2014 суд первой инстанции признал оспариваемый заявителем пункт 2 Приложения № 6 «Требования к банковской гарантии, обеспечивающей возврат авансового платежа» к Положению № 1435, соответствующим статье 2 Закона № 44-ФЗ и статье 15 Закона № 135-ФЗ, в связи с чем полностью отказал Обществу в удовлетворении заявленных требований.

В кассационной жалобе УФАС, ссылаясь на необоснованность выводов суда, просит отменить указанное решение и удовлетворить заявленные требования в полном объеме. Податель жалобы считает, что рассматриваемый нормативный акт не соответствует положениям Закона № 44-ФЗ (имеющим большую юридическую силу), которыми установлены требования к банковской гарантии, выданной участнику закупки в качестве обеспечения исполнения контракта. Предъявление Правительством СПб не предусмотренных законодательством Российской Федерации требований к банкам, которые могут выдавать банковскую гарантию, необоснованно препятствует банкам, включенным в Перечень банков, соответствующих требованиям статьи 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ), осуществлять свою деятельность по выдаче банковских гарантий. При этом нарушаются права и законные интересы хозяйствующих субъектов на участие в закупках, которым установлено ограничение выбора банков, выдающих банковские гарантии, что приводит или может привести к сокращению числа хозяйствующих субъектов, участвующих в закупках, а следовательно – к ограничению конкуренции.

В судебном заседании представитель Управления поддержал доводы, приведенные в кассационной жалобе, а представитель Правительства СПб просил оставить решение суда первой инстанции без изменения, ссылаясь на изложенные в отзыве доводы.

Иные участвующие в деле лица о времени и месте рассмотрения кассационной

жалобы извещены надлежащим образом, однако своих представителей в судебное заседание не направили, в связи с чем жалоба рассмотрена в их отсутствие.

В соответствии с частями 1 и 5 статьи 52 АПК РФ суд кассационной инстанции уведомил прокуратуру города Санкт-Петербурга о принятии кассационной жалобы УФАС к производству.

Законность обжалуемого судебного акта проверена в кассационном порядке.

Как следует из материалов дела, постановлением Правительства СПб от 20.10.2010 было утверждено вышеупомянутое Положение № 1435, которое устанавливает порядок организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга, а так же определен порядок формирования и реализации Адресной инвестиционной программы, утверждаемой в качестве приложения к Закону Санкт-Петербурга о бюджете Санкт-Петербурга.

Приложением № 6 к Положению № 1435 установлены требования к банковской гарантии, обеспечивающей возврат авансового платежа.

В пункте 2 Приложения 6 к Положению № 1435 предусмотрены условия, которым должен отвечать банк, выдавший банковскую гарантию для целей, предусмотренных пунктом 6.3 названного Положения.

Не согласившись с пунктом 2 Приложения 6 к Положению № 1435, ООО «Вертикаль» обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением. По мнению заявителя, закрепленные в пункте 2 Приложения № 6 к Положению № 1435 требования к банковской гарантии не соответствуют требованиям статьи 2 Закона № 44-ФЗ и статье 15 Закона № 135-ФЗ, поскольку приводят к искусственному ограничению круга поставщиков банковских гарантий (банков), и к сокращению конкуренции, а также ограничивают круг самих участников в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (далее – закупки), так как исключают участие лиц в закупках, не получивших банковскую гарантию в банках, отвечающим требованиям указанных в Положении № 1435.

Не усмотрев оснований для признания оспариваемого пункта 2 Приложения 6 к Положению № 1435 не соответствующим Законам № 44-ФЗ и № 135-ФЗ, суд первой инстанции в удовлетворении заявления ООО «Вертикаль» отказал.

Вопросы о подведомственности спора и его рассмотрении по правилам главы 23 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильно решены арбитражным судом применительно к пункту 1 статьи 29 и к части 4 статьи 191 АПК РФ. Суд первой инстанции обоснованно отнес Положение № 1435, регулирующее порядок

организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга, как и порядок формирования и реализации упомянутой Адресной инвестиционной программы, к числу нормативных правовых актов.

В соответствии с частью 4 статьи 194 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании нормативных правовых актов арбитражный суд в судебном заседании осуществляет среди прочего проверку полномочий органа или лица, принявших оспариваемый нормативный правовой акт.

Законом Санкт-Петербурга от 04.07.2007 № 371-77 «О бюджетном процессе в Санкт-Петербурге» и Законом Санкт-Петербурга от 24.06.2009 № 335-66 «О правительстве Санкт-Петербурга» Правительство СПб является уполномоченным органом, на который возложены обязанности по формированию и реализации Адресной инвестиционной программы.

Исходя из вышеизложенного суд первой инстанции правомерно установил, что оспариваемое Положение № 1435 принято Правительством СПб в пределах предоставленных ему полномочий.

Анализируя оспоренные нормы пункта 2 Приложения № 6 к Положению № 1435, суд первой инстанции пришел к выводу, что указанные нормы не противоречат статье 2 Закона № 44-ФЗ и части 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ.

Между тем судом первой инстанции не учтено следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия). В частности запрещается: необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами; установление для приобретателей товаров ограничений выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары; предоставление государственной или муниципальной преференции в нарушение требований, установленных главой 5 названного Федерального закона.

Как установлено судом, в рассматриваемом случае Правительством СПб как государственным исполнительным органом субъекта РФ было утверждено Положение

№ 1435, которым определен порядок финансирования Адресной инвестиционной программы (статья 6 указанного Положения). Пунктом 6.2 Положения № 1435 установлено, что заказчики при заключении контрактов (договоров) могут предусматривать авансовые платежи в процентах от суммы контракта (договора), поставленной на учет в Комитете финансов Санкт-Петербурга в соответствии с порядком учета бюджетных обязательств Санкт-Петербурга на текущий финансовый год. Так, пунктом 6.2.4 Положения № 1435 предусмотрено, что заказчик вправе предусматривать по контрактам авансовые платежи в размере до 30-ти процентов от суммы по контракту (договору). При этом в соответствии с пунктом 6.3 Положения № 1435 в случае заключения контрактов (договоров), указанных в пункте 6.2.4, заказчики обязаны: при определении условий авансирования предусматривать предоставление банковской гарантии, обеспечивающей возврат авансового платежа, отвечающей требованиям, установленным в Приложении № 6 к настоящему Положению. В пункте 2 Приложения № 6 предусмотрено, что банковская гарантия может быть выдана банком, соответствующим на последнюю отчетную дату, предшествующую дате предоставления банковской гарантии, следующим условиям:

наличие действующей генеральной лицензии Центрального банка Российской Федерации на осуществление банковских операций;

размер собственных средств (капитала) банка, рассчитанный в порядке, установленном Центральным банком Российской Федерации, не менее пяти млрд. руб.;

наличие у банка рейтинга долгосрочной кредитоспособности не ниже уровня «ВВ-» по классификации рейтинговых агентств «Фитч Рейтингс» (Fitch Ratings) или «Стандарт энд Пурс» (Standard & Poor's), либо не ниже уровня «Вa3» по классификации рейтингового агентства «Мудис Инвесторс Сервис» (Moody's Investors Service);

участие банка в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» (далее – Закон № 177-ФЗ).

Из упомянутого постановления Правительства СПб от 20.10.2010 № 1435, утвердившего оспоренное (в части) Положение № 1435, следует, что названное постановление принято в соответствии со статьей 79 Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее – БК РФ) в целях организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга, а также по формированию Адресной инвестиционной программы и по ее реализации.

Бюджетные инвестиции в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга в соответствии с положениями статьи 69.1 БК РФ, статьи 18 Закона Санкт-Петербурга от 04.07.2007 № 371-77 «О бюджетном процессе в Санкт-Петербурге», а также статьи 2 Положения № 1435, включаются в расходные обязательства Санкт-Петербурга и являются нуждой субъекта Российской Федерации. В связи с этим реализация Адресной инвестиционной программы (в части заключения контрактов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг) должна осуществляться именно с соблюдением требований Закона № 44-ФЗ.

Закон № 44-ФЗ регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок (пункт 1 статьи 1 названного Закона).

Частью 3 статьи 2 того же Закона № 44-ФЗ установлено, что органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления в соответствии со своей компетенцией в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок, принимают правовые акты, регулирующие отношения, указанные в части 1 статьи 1 настоящего Федерального закона. Данные правовые акты должны соответствовать нормативным правовым актам, указанным в частях 1 и 2 настоящей статьи.

Законом № 44-ФЗ предусмотрена обязанность заказчика установить требование обеспечения исполнения контракта (пункт 1 статьи 96 данного Закона). Пунктом 6 названной нормы установлены требования к размеру обеспечения исполнения контракта (в том числе в случае, если контрактом предусмотрено перечисление авансовых платежей). В соответствии с частью 3 статьи 96 Закона № 44-ФЗ исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям статьи 45 того же Закона.

В соответствии с частью 1 статьи 45 Закона № 44-ФЗ заказчики в качестве обеспечения заявок и исполнения контрактов принимают банковские гарантии, выданные банками, включенными в предусмотренный статьей 176.1 НК РФ перечень банков, отвечающих установленным требованиям для принятия банковских гарантий в целях налогообложения.

Частью 2 статьи 45 Закона № 44-ФЗ установлены требования к банковской гарантии. Так, с 01.03.2014 вступило в силу положение, касающееся ведения реестра банковских гарантий.

Как указано в части 4 статьи 176.1 НК РФ, банковская гарантия должна быть выдана банком, включенным в перечень банков, отвечающим установленным статьей 74.1 НК РФ требованиям для принятия банковских гарантий в целях налогообложения. Часть 3 статьи 74.1 НК РФ содержит исчерпывающие условия, предъявляемые к банкам для включения их в соответствующий перечень, согласно которому банк должен удовлетворять следующим требованиям:

1) наличие лицензии на осуществление банковских операций, выданной Центральным банком Российской Федерации, и осуществление банковской деятельности в течение не менее пяти лет;

2) наличие собственных средств (капитала) банка в размере не менее 1 миллиарда рублей;

3) соблюдение обязательных нормативов, предусмотренных Федеральным законом от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», на все отчетные даты в течение последних шести месяцев;

4) отсутствие требования Центрального банка Российской Федерации об осуществлении мер по финансовому оздоровлению банка на основании Федерального закона от 25.02.1999 № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» и Федерального закона от 27.10.2008 № 175-ФЗ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2014 года».

Дополнительные требования к банковской гарантии, используемой для целей Закона № 44-ФЗ, а также порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра банковских гарантий, форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии устанавливаются Правительством Российской Федерации (часть 8 статьи 45 Закона № 44-ФЗ). Порядок ведения и размещения в единой информационной системе реестра банковских гарантий, как и форма требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии утверждены постановлением Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Постановление № 1005).

Положения Закона № 44-ФЗ не содержат норм, которые бы предоставляли заказчику (уполномоченному органу) право устанавливать дополнительные требования к банковской гарантии, – в том числе в отношении банков, выдающих соответствующие гарантии.

Установление таких требований к банкам как: наличие именно генеральной лицензии

Центрального банка Российской Федерации на осуществление банковских операций; размер собственных средств (капитала) банка не менее пяти млрд. руб.; наличие у банка определенного рейтинга долгосрочной кредитоспособности по международным шкалам рейтинговых агентств; участие банка в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации в соответствии с Законом № 177-ФЗ, является дополнительным требованием к требованиям, предъявляемым к банковской гарантии положениями Закона № 44-ФЗ.

В рассматриваемом в настоящем деле случае исполнительным органам государственной власти Санкт-Петербурга, выполняющим функции государственного заказчика, нормативно предписаны правила о включении в проект государственного контракта (и как следствие – в документацию об осуществлении закупки) требования к банковской гарантии, не предусмотренные положениями Закона № 44-ФЗ.

Из представленных в материалы дела документов, а также из пояснений представителя Правительства СПб следует, что оспоренные положения нормативного акта, а именно Приложения № 6 к Положению № 1435, применяются в настоящее время. При этом ответчик по делу считает, что оспоренные положения из Постановления № 1435 не создают дополнительных препятствий участникам в процедуре закупки, поскольку регулируют вопрос исполнения сторонами уже заключенного контракта применительно к бюджетным правоотношениям, которые не регулируются Законом № 44-ФЗ.

По мнению Правительства СПб, предоставление еще одной банковской гарантии, отвечающей требованиям оспоренного Положения № 1435 (в дополнение к банковской гарантии, предоставленной в соответствии с положениями Закона № 44-ФЗ при заключении государственного контракта), не противоречит положениям названного Закона, а является дополнительной гарантией обеспечения исполнения данного контракта в части возврата авансового платежа.

Такой довод Правительства СПб следует признать несостоятельным ввиду следующего.

В соответствии с частью 2 статьи 1 Закона № 44-ФЗ данный Закон распространяется на стадии от планирования закупок до стадии контроля за соблюдением законодательства, в том числе затрагивая стадии заключения и исполнения контрактов.

Законом № 44-ФЗ предусмотрена возможность выплаты поставщику аванса, о чем должно быть указано в документации о торгах (пункт 2 части 3 статьи 21, а также части 1 и 4 статьи 37, часть 6 статьи 96 и часть 17 статьи 112 названного Закона).

При этом пунктом 6 статьи 96 Закона № 44-ФЗ установлен порядок определения размера обеспечения исполнения контракта, в том числе и в случае, если указанным



контрактом предусмотрена выплата аванса.

Таким образом, Законом № 44-ФЗ урегулированы вопросы, связанные с заключением и исполнением контрактов, а также учтены особенности исполнения заключенных контрактов при выплате и возврате авансовых платежей.

Следовательно, Правительство СПб не имело права на установление дополнительных требований к банковской гарантии помимо требований, установленных Законом № 44-ФЗ.

Требования Правительства СПб к банковской гарантии, установленные пунктом 2 Приложения № 6 к Положению № 1435, необоснованно препятствуют банкам, включенным в Перечень банков, соответствующих требованиям статьи 74.1 НК РФ, осуществлять деятельность по выдаче банковских гарантий. Кроме этого нарушаются также права и законные интересы самих хозяйствующих субъектов на участие в закупках, так как установлено ошибочное ограничение выбора банков, выдающих банковские гарантии, что приводит или может привести к сокращению числа хозяйствующих субъектов, участвующих в закупках, а следовательно и к ограничению конкуренции.

Оспариваемые положения указанного нормативного акта субъекта Российской Федерации затрагивают права ООО «Вертикаль» как одного из потенциально возможных претендентов на участие в закупках для нужд Санкт-Петербурга. Несоблюдение требований Закона № 44-ФЗ создает препятствия для осуществления предпринимательской деятельности как заявителю в лице Общества, так и иным участникам закупок для государственных нужд.

Ввиду изложенного суд первой инстанции необоснованно отказал ООО «Вертикаль» в удовлетворении заявленных требований, поскольку оспариваемый нормативный правовой акт противоречит действующему законодательству Российской Федерации.

Выводы суда, содержащиеся в решении от 25.02.2014, свидетельствуют о неправильном толковании нормы права, что в силу части 1 статьи 288 АПК РФ является основанием для отмены судебного акта.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 287 АПК РФ по результатам рассмотрения кассационной жалобы арбитражный суд кассационной инстанции вправе отменить или изменить решение суда первой инстанции полностью или в части и, не передавая дело на новое рассмотрение, принять новый судебный акт, если фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены арбитражным судом на основании полного и всестороннего исследования имеющихся в деле доказательств, но этим судом неправильно применена норма права.

Поскольку обстоятельства, имеющие значение для разрешения настоящего спора, судом первой инстанции в полной мере установлены, кассационная инстанция считает возможным, не передавая дело на новое рассмотрение, принять новый судебный акт об удовлетворении заявления ООО «Вертикаль».

Руководствуясь статьей 286, пунктом 2 части 1 статьи 287, статьями 288 и 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

п о с т а н о в и л:

решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25.02.2014 по делу № А56-54795/2013 отменить.

Признать недействующим, как не соответствующим Федеральному закону от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» и статье 15 Федерального Закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», пункт 2 Приложения № 6 к Положению об организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга и порядке формирования и реализации Адресной инвестиционной программы, утвержденному постановлением правительства Санкт-Петербурга от 20.10.2010 № 1435 «Об организации деятельности исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга по подготовке решений о бюджетных инвестициях в объекты государственной собственности Санкт-Петербурга и порядке формирования и реализации Адресной инвестиционной программы».

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Председательствующий

И.Г. Савицкая

Судьи

А.В. Асмыкович

И.С. Любченко