

**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-37680/2022**г. Москва  
26 июля 2022 года

Дело № А40-289482/21

Резолютивная часть постановления объявлена 18 июля 2022 года  
Постановление изготовлено в полном объеме 26 июля 2022 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:  
председательствующего судьи Лепихина Д.Е.,  
судей: Марковой Т.Т., Кочешковой М.В.,  
при ведении протокола секретарем судебного заседания Казнаевым А.О.,  
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ФАС России  
на решение Арбитражного суда города Москвы от 21.04.2022 по делу № А40-289482/21  
по заявлению 1.ПАР "Объединенная авиастроительная корпорация"  
2.АО "Летно-исследовательский институт имени М.М.Громова"  
к ФАС России,  
третьи лица: 1.ООО "РТ-Комплектимпекс",  
2.ООО "Петролеум Трейдинг"  
о признании незаконным решения от 01.10.2021,  
при участии:  
от заявителей: 1.Бабкина Е.Н. по доверенности от 01.12.2021; 2.Бабкина Е.Н.  
по доверенности от 24.12.2021;  
от заинтересованного Смирнов М.В. по доверенности от 22.12.2021;  
лица:  
от третьих лиц: 1.Мухачев И.Ю. по доверенности от 13.07.2022; 2.не явился,  
извещен;

**УСТАНОВИЛ:**

Публичное акционерное общество «Объединенная авиастроительная корпорация» (далее также – ПАО «ОАК») и Акционерное общество «Летно-исследовательский институт имени М.М.Громова» (далее также – АО «ЛИИ им. М.М. Громова») обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к Федеральной антимонопольной службе (далее также – ФАС России) о признании незаконными решения и предписания от 01.10.2021 по делу № 223ФЗ-529/21.

Решением суда первой инстанции от 21.04.2022 заявленные требования удовлетворены в полном объеме.

Заинтересованное лицо с указанным решением не согласилось и обратилось в Девятый арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит решение

отменить и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции представитель заинтересованного лица поддержал апелляционную жалобу, представители заявителей и третьего лица (ООО «РТ-Комплекстимпекс») – обжалуемое решение суда первой инстанции.

Представитель третьего лица – ООО «Петролеум Трейдинг», извещенного о месте и времени судебного разбирательства, в судебное заседание не явился. В соответствии со ст.156 АПК РФ дело рассмотрено без его участия.

Законность и обоснованность принятого судом первой инстанции решения проверены апелляционной инстанцией в порядке ст.ст.266, 268 АПК РФ.

Апелляционный суд, выслушав представителей заявителей, заинтересованного лица и третьего лица, изучив доводы жалобы и отзыва на нее, исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, считает, что обжалуемое решение подлежит оставлению без изменения, апелляционная жалоба – без удовлетворения по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, в ФАС России поступила жалоба ООО «Петролеум Трейдинг» на действия АО «ЛИИ им. М.М.Громова» (заказчик), ПАО «ОАК» (организатор закупки) в соответствии со ст.18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – Закон о защите конкуренции) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку топлива для реактивных двигателей марки ТС-1, РТ для нужд АО «ЛИИ им. М.М. Громова» (далее также – аукцион).

По результатам рассмотрения указанной жалобы решением ФАС России от 01.10.2021 по делу № 223ФЗ-529/21 жалоба ООО «Петролеум Трейдинг» признана обоснованной, а заказчик и организатор закупки – нарушившими ч.1 ст.2 Федерального закона от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее также – Закон о закупках).

На основании п.20 ст.18.1, п.3.1 ч.1 ст.23 Закона о защите конкуренции АО «ЛИИ им. М.М.Громова», ПАО «ОАК» и ООО «ЭТП» выдано обязательное к исполнению предписание 01.10.2021 по делу № 223ФЗ-529/21.

Указанные ненормативные правовые акты антимонопольного органа послужили основанием для обращения АО «ЛИИ им. М.М.Громова» и ПАО «ОАК» в Арбитражный суд города Москвы.

Принимая решение об удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции правомерно исходил из недоказанности заинтересованным лицом законных оснований для принятия оспариваемых решения и предписания ввиду отсутствия в действиях заявителей нарушения законодательства о закупках, а также недоказанности антимонопольным органом факта ограничения спорными требованиями организатора закупки количества ее участников либо предъявления к кому-либо из таких участников неравного и дискриминационного подхода.

Согласно ч.1 ст.2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

Как обоснованно указал суд первой инстанции, из обжалуемого решения антимонопольного органа невозможно установить, каким образом предусмотренная п.8.2 проекта договора третейская оговорка нарушает ч.1 ст.2 Закона о закупках, какая

конкретная норма Закона о закупках, на который отсылает ч.1 ст.2 Закона о закупках, нарушена заявителями.

Отсутствие четкой правовой квалификации определения допущенного нарушения применительно к правилам, установленным Законом о закупках, является недопустимым и противоречит требованиям правовой определенности, на что, в частности, указано в Определении Конституционного Суда РФ от 14.12.2000 № 284-О, подчеркнувшего, что отсылочные общие нормы не могут применяться непосредственно.

Вопросы, касающиеся урегулирования споров, в том числе возможности их рассмотрения третейскими судами, Законом о закупках в принципе не регулируются, в связи с чем заказчик вправе самостоятельно включать в проект договора положения об урегулировании споров посредством третейского суда, что подтверждено письмом Минэкономразвития России от 27.01.2017 № Д28и-337.

Возможность разрешения гражданско-правовых споров с помощью третейского разбирательства прямо предусмотрена ч.1 ст.11 ГК РФ, ч.1 ст.33 АПК РФ.

При этом споры, вытекающие из договоров, заключенных в соответствии с Законом о закупках, к закрытому перечню споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, ч.2 ст.33 АПК РФ не отнесены.

Таким образом, принимая во внимание правовую позицию, изложенную в п.16 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.12.2018, определении Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240, суд первой инстанции обоснованно указал в своем решении, что включение третейской оговорки в проект договора, заключаемого в соответствии с Законом о закупках, действующему законодательству не противоречит.

Кроме того, из обжалуемого решения невозможно установить, каким образом указанная третейская оговорка может нарушать принципы, установленные п.1 и п.2 ч.1 ст.3 Закона о закупках.

Суд правомерно отклонил доводы антимонопольного органа о нарушении п.8.2 проекта договора принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений и т.д. как не основанные на нормах действующего законодательства и противоречащие фактическим обстоятельствам дела.

Вопреки утверждению ФАС России, данная третейская оговорка не нарушает ни один из принципов Закона о закупках, не приводит к ограничению конкуренции или созданию неоправданных барьеров при реализации права на участие в конкурентных процедурах закупки, поскольку данное условие является одинаковым для всех участников, не влияет на результаты оценки поданных заявок и не создает отдельным участникам преимущественных условий при проведении аукциона.

Согласно материалам дела при проведении аукциона ценовые предложения подавали 6 участников закупки, ни один из которых не заявил о нарушении его прав включенной в проект договора третейской оговоркой. Лучшим признано предложение ООО «Брокеройл» (идентификационный номер заявки «267597»), который выразил свое согласие на рассмотрение споров, вытекающих из договора, в арбитражном учреждении при некоммерческой организации Общероссийское отраслевое объединение работодателей «Союз машиностроителей России» (постоянно действующее арбитражное учреждение).

Доводы антимонопольного органа об отсутствии у участника закупки возможности отказа от условия об окончательности арбитражного решения обоснованно отклонены судом как не соответствующие действительности.

На основании ст.18 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» арбитраж осуществляется на

основе принципов независимости и беспристрастности арбитров, диспозитивности, состязательности сторон и равного отношения к сторонам.

Вместе с тем согласно разъяснениям, изложенным в п.10 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.12.2018), в случае нарушения установленного ст.18 Закона об арбитраже принципа независимости и беспристрастности арбитров имеются основания к отказу в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

При этом суд правомерно отклонил позицию антимонопольного органа о том, что рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет арбитражного и гонорарного сбора и не отвечает принципу реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

Принимая во внимание п.2 ст.3, п.п.2, 3 ст.7 Положения о сборах и расходах в Арбитражном учреждении при ООО «СоюзМаш России» (далее также – Положение о сборах и расходах), суд обоснованно отметил в своем решении, что установленный Положением о сборах и расходах арбитражный сбор и порядок его распределения между сторонами побуждает, во-первых, до подачи искового заявления предпринять меры по самостоятельному урегулированию конфликта, а, во-вторых, предотвращает предъявление необоснованных исков, тем самым сокращая размер издержек сторон.

Доказательств того, что это условие включено в документацию о закупках специально для того, чтобы обеспечить победу конкретному хозяйствующему субъекту либо иным способом ограничить доступ хозяйствующим субъектам к участию в закупке, не представлено.

Кроме того, возможность обращения с жалобой лица, не подавшего заявку на участие в закупке, по конкретной закупке определяется наличием реального (а не мнимого) нарушения или действительной угрозы правам или законным интересам заинтересованного лица, которые могут быть ущемлены или нарушены в результате несоблюдения порядка организации и проведения закупки.

С учетом позиции, изложенной в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 27.04.2021 № 305-ЭС20-24221 по делу № А40-312524/2019, антимонопольный орган обязан был исследовать наличие реальной заинтересованности заявителя жалобы в участие в закупке, что сделано не было.

ООО «Петролеум Трейдинг» заявку на участие в аукционе не подавало ни до рассмотрения жалобы, ни после ее удовлетворения, что свидетельствует об отсутствии у него такого намерения и, следовательно, оснований для его государственной защиты и вынесения оспариваемого решения.

Таким образом, третейская оговорка, предусмотренная п.8.2 проекта не нарушает ни один из принципов Закона о закупках, не приводит к ограничению конкуренции или созданию неоправданных барьеров при реализации права на участие в конкурентных процедурах закупки.

Относительно судебного порядка обжалования, установленного ст.3 Закона о закупках, суд первой инстанции, исходя из анализа ч.ч.9, 10 ст.3 Закона о закупках, п.1 ч.1 ст.18.1 Закона о защите конкуренции, также обоснованно отметил, что указанная норма регулирует не подсудность споров, вытекающих из гражданско-правовых договоров, заключаемых по результатам процедуры закупки, а определяет возможность обжалования в судебном порядке действий (бездействия) заказчика, совершенных в ходе такой процедуры (глава 24 АПК РФ).

Тот факт, что Закон о закупках не предусматривает возможности рассмотрения спора третейскими судами, не свидетельствует о незаконности данного условия,

поскольку определение условий договора и порядка его исполнения отнесено законом к исключительной компетенции заказчика.

Также суд правомерно отклонил ссылки ФАС России на собственные разъяснения, изложенные в письме от 28.12.2015 № АЦ/75923/15, которые основаны на п.3 ст.5 Закона о третейских судах, утратившего силу в связи с принятием Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», и письма от 25.01.2019 № МЕ/5119/19 и от 28.02.2022 № ПИ/15498-ПР/22, которые отсутствуют в справочных правовых системах, ввиду чего не представляется возможным установить их содержание.

Все доводы, изложенные антимонопольным органом в обоснование своей позиции, в том числе ссылка на определение Верховного Суда РФ от 09.02.2016 № 306-ЭС15-15685 об отказе в передаче кассационной жалобы по делу № А72-5089/2015 для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, нашли отражение в обжалуемом судебном акте, подробно исследованы судом первой инстанции и им дана правильная оценка.

Правовых оснований для переоценки выводов суда первой инстанции в порядке ч.1 ст.268 АПК РФ апелляционный суд не усматривает.

Более того, как обоснованно отметил суд в своем решении, жалоба ООО «Петролеум Трейдинг», по результатам рассмотрения которой вынесено оспариваемое решение и выдано предписание, принята ФАС России к рассмотрению с нарушением ч.2 ст.18.1 Закона о защите конкуренции, ч.11 ст.3 Закона о закупках, поскольку она не связана с порядком размещения информации о проведении аукциона или порядком подачи заявки, в ней отсутствует информация о каких-либо нарушениях, ограничивающих допуск заявителя к участию в аукционе, что свидетельствует о том, что ООО «Петролеум Трейдинг» не входит в перечень лиц, установленный ч.2 ст.18.1. Закона о защите конкуренции, при этом жалоба ООО «Петролеум Трейдинг» подана после окончания срока подачи заявок на участие в закупке (16.09.2021 10:00).

Таким образом, учитывая позицию ФАС России, изложенную в письмах от 23.01.2018 № ИА/3655/18, от 25.06.2019 № МЕ/53183/19, и неоднократно подтвержденную самим антимонопольным органом в правоприменительной практике, а также принимая во внимание, что ООО «Петролеум Трейдинг» не подало заявку на участие в закупке и, следовательно, не обладает правом обжалования положений закупочной документации, а сама жалоба подана после окончания срока подачи заявок, жалоба ООО «Петролеум Трейдинг» от 16.09.2021 № 7892 должна была быть оставлена антимонопольным органом без рассмотрения.

Кроме того, необходимо отметить, что заявители являются предприятиями, к чьей основной деятельности относятся разработка и производство авиационной техники гражданского и военного назначения, при этом заказчик – головная организация авиационной отрасли по летным исследованиям и испытаниям летательных аппаратов. Включение в проект договора третейской оговорки обусловлено целями обеспечения конфиденциальности разрешения споров в условиях включения Группы ОАК в санкционные списки со стороны недружественных государств, начиная с 2014г.

Таким образом, исследовав и оценив в порядке ст.71 АПК РФ имеющиеся в материалах дела доказательства в их взаимосвязи и совокупности, принимая во внимание установленные по делу обстоятельства, руководствуясь положениями действующего законодательства и позициями высших судебных инстанций, суд апелляционной инстанции поддерживает вывод суда первой инстанции о том, что оспариваемые в рамках настоящего дела решение и предписание антимонопольного органа являются незаконными и необоснованными, нарушающими права и законные интересы заявителей, в том числе на определение условий договора в соответствии с особенностями своей деятельности и потребностей и представляют

собой не основанное на законе вмешательство в их предпринимательскую деятельность.

Учитывая изложенное, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что требования Общества об оспаривании решения и предписания ФАС России от 01.10.2021 по делу № 223ФЗ-529/21 подлежат удовлетворению согласно ч.2 ст.201 АПК РФ с обязанием ФАС России в силу п.3 ч.4 ст.201 АПК РФ устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителей в установленном законом порядке.

Доводы, приведенные антимонопольным органом в апелляционной жалобе, сводятся к несогласию с изложенными в решении выводами суда первой инстанции и иному толкованию норм права.

При этом данные доводы не влияют на законность и обоснованность правильного по существу решения суда, в связи с чем признаются судом апелляционной инстанции несостоятельными.

Таким образом, у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания для отмены либо изменения принятого по делу решения.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции

#### **ПОСТАНОВИЛ:**

решение Арбитражного суда города Москвы от 21.04.2022 по делу № А40-289482/21 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

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:

Д.Е. Лепихин

Судьи:

М.В. Кочешкова

Т.Т. Маркова

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