



14020012231794

130_31892292



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115225, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>

РЕШЕНИЕ

Именем Российской Федерации

г. Москва
21 апреля 2022 г.

Дело № А40-289482/21-130-1992

Резолютивная часть решения объявлена 19 апреля 2022года
Полный текст решения изготовлен 21 апреля 2022 года
Арбитражный суд в составе судьи Кукиной С.М.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Сафиной Д.В.,

рассмотрев в судебном заседании дело по исковому заявлению (заявлению) Публичного акционерного общества "Объединенная авиастроительная корпорация" (115054, город Москва, Большая Пионерская улица, дом 1, ОГРН: 1067759884598, Дата присвоения ОГРН: 20.11.2006, ИНН: 7708619320), Акционерного общества "Летно-исследовательский институт имени М.М.Громова" (140180, Московская область, Жуковский город, Гарнаева улица, дом 2А, ОГРН: 1125040002823, Дата присвоения ОГРН: 25.04.2012, ИНН: 5040114973) к Федеральной антимонопольной службе (123001, город Москва, Садовая-Кудринская улица, дом 11, ОГРН: 1047796269663, Дата присвоения ОГРН: 19.04.2004, ИНН: 7703516539) о признании незаконными решения и предписания от 01 октября 2021 г. №223ФЗ-529/21

третьи лица - Общество с ограниченной ответственностью "РТ-Комплектимпекс" (115230, Москва город, проезд Нагатинский 1-й, дом 10, строение 1, эт 7 пом XXXVII ком 2, ОГРН: 1107746456091, Дата присвоения ОГРН: 03.06.2010, ИНН: 7704756043), Общество с ограниченной ответственностью "Петролеум Трейдинг" (119435, город Москва, Малая Пироговская улица, дом 8, пом LXVI эт 2 ком 8,9, ОГРН: 1137746138441, Дата присвоения ОГРН: 19.02.2013, ИНН: 7736655834),
при участии представителей:

от 1 заявителя: Бабкина Е.Н. по дов. от 01.12.2021 г.

от 2 заявителя: Бабкина Е.Н. по дов. от 24.12.2021 г.

от заинтересованного лица: Демидкина Н.С. по дов. от 22.12.2021 г.

от 1 третьего лица: Казанцев М.Н. по дов. от 11.03.2022 г.

от 2 третьего лица: не явился, извещен

УСТАНОВИЛ:

Публичное акционерное общество "Объединенная авиастроительная корпорация" и Акционерное общество "Летно-исследовательский институт имени М.М.Громова" обратились в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением к Федеральной

антимонопольной службе о признании незаконными решения и предписания от 01 октября 2021 г. №223ФЗ-529/21.

Представитель заявителей в судебном заседании поддержал заявленные требования по основаниям и доводам, изложенным в заявлении, дополнениях к отзыву и письменных пояснениях.

Представитель заинтересованного лица возражал против удовлетворения заявленных требований по основаниям и доводам, изложенным в письменном отзыве на заявление.

1 третье лицо поддержало позицию заявителей.

2 третье лицо в судебное заседание не явилось, в материалах дела имеются доказательства надлежащего извещения о дате, времени и месте проведения судебного заседания по правилам ст.123 АПК РФ.

Изучив материалы дела, выслушав представителей лиц, участвующих в деле, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, проверив все доводы заявления, суд считает заявленные требования подлежащими удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии с 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.

Установленный ч. 4 ст. 198 АПК РФ срок на обжалование оспариваемого решения заявителем не пропущен.

Как следует из заявления, в соответствии с извещением (реестровый номер 32110498543) в порядке, регламентированном Федеральным законом от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», проводился открытый аукцион в электронной форме на право заключения договора на поставку топлива для реактивных двигателей марки ТС-1, РТ:

Наименование закупки: Аукцион в электронной форме одноэтапный на право заключения договора на поставку топлива для реактивных двигателей марки ТС-1, РТ. Предмет договора (лота): 2352-2021-00686 Поставка топлива для реактивных двигателей марки ТС-1, РТ для нужд АО «ЛИИ им. М.М. Громова».

Заказчик закупки: АО «ЛИИ им. М.М. Громова».

Организатор закупки: ПАО «ОАК».

Специализированная организация: ООО «РТ-Комплектимпекс».

Наименование и адрес ЭТП в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»: ООО «ЭТП» (www.etprf.ru).

Дата начала подачи заявок: 23.07.2021 г.

Дата и время окончания срока подачи заявок: 10:00 16.09.2021 г.

Дата рассмотрения первых частей заявок: 23.09.2021 г.

Дата и время начала проведения аукциона: в 10:00 28.09.2021 г.

по местному времени организатора закупки

Дата рассмотрения вторых частей заявок (подведения итогов закупки): 05.10.2021 г.

При проведении аукциона ценовые предложения подавали 6 участников закупки, лучшим признано предложение ООО «Брокеройл» (идентификационный номер заявки «267597»).

Распоряжением Министерства юстиции Российской Федерации № 511-р от 18.05.2021 г. в соответствии с ч. 4 ст. 44 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства от 30.04.2021 г. некоммерческой организации Общероссийское отраслевое объединение работодателей «Союз машиностроителей России» предоставлено право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения.

21.07.2021 г. Минюстом России выпущено распоряжение № 6797-р о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения при ОООР «СоюзМаш России».

Принимая во внимание сохранение санкционных рисков в отношении предприятий оборонно-промышленного комплекса страны и в целях обеспечения разрешения споров в условиях строгой конфиденциальности, исключающих утечку информации относительно заказчика, его контрагентов и условий сделок между ними, в проект договора (приложение №1 к документации о закупке) был включен пункт 8.2., согласно которому: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, изменения, прекращения или недействительности, разрешаются путем арбитража, администрируемого Арбитражным учреждением при ОООР «СоюзМаш России» в соответствии с его применимыми правилами. Арбитражное решение является окончательным. Исключается подача в компетентный суд заявления о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетенции в связи с вынесением третейским судом отдельного постановления о наличии компетенции в качестве вопроса предварительного характера. Исключается подача в компетентный суд заявления об удовлетворении отвода в случае, если заявление об отводе не было удовлетворено председателем арбитражного учреждения или комитетом по назначениям».

ООО «Петролеум Трейдинг», не подававшее заявку на участие в аукционе, обратилось в ФАС России с жалобой от 16.09.2021 г. № 7892 на действия (бездействие) заказчика, организатора закупки в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Решением ФАС России № 223ФЗ-529/21 от 01.10.2021 г. жалоба признана обоснованной, а заказчик и организатор закупки - нарушившими ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», заказчику, ПАО «ОАК» и ООО «ЭТП» выдано обязательное к исполнению предписание № 223ФЗ-529/21 от 01.10.2021 г.

Признавая жалобу ООО «Петролеум Трейдинг» обоснованной, в решении № 223ФЗ-529/21 от 01.10.2021 г. ФАС России пришла к выводу о том, что в связи с тем, что разрешение третейским судом споров, разногласий, требований, возникающих из договора или в связи с ним., в том числе, касающихся его исполнения, нарушения, изменения, прекращения или недействительности, не предусмотрено Законом о закупках, данное положение Документации не соответствует положениям Закона о закупках, противоречит пунктам 1, 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках».

В предписании № 223ФЗ-529/21 от 01.10.2021 г. ФАС России предписано:

«1. Заказчику, Организатору, Оператору отменить протоколы, составленные в ходе проведения Аукциона (далее - Протоколы), уведомить участников об отмене Протоколов.

2 по местному времени организатора закупки

2. Заказчику, Организатору, Оператору назначить новую дату и время рассмотрения первых и вторых частей заявок, поданных па участие в Аукционе, дату и время проведения Аукциона, дату и время подведения итогов Аукциона, а также

разместить в единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) (далее - ЕИС) указанную информацию в соответствии с Законом о закупках, Положением о закупке, принятым Комиссией ФАС России решением от 01.10.2021 № 223ФЗ-529/21.

При этом дата проведения Аукциона должна быть назначена не ранее чем через 4 рабочих дня с даты отмены Протоколов.

Оператору не позднее 1 рабочего дня со дня исполнения пункта 1 настоящего предписания обеспечить возможность подачи заявки на участие в Аукционе только Заявителю и уведомить Заявителя об указанной возможности.

Заказчику, Организатору, Оператору рассмотреть заявку Заявителя в соответствии с требованиями Закона о закупках, Положения о закупке, принятого Комиссией ФАС России решения от 01.10.2021 № 223ФЗ-529/21.

Заказчику, Организатору, Оператору продолжить проведение Аукциона с последнего (минимального достигнутого) предложения о цене договора. В случае отсутствия при продолжении Аукциона предложений иных участников закупки о цене договора предложение участника закупки с идентификационным номером «267597» (ООО «Брокеройл») считать лучшим.

Заказчику, Организатору при заключении договора исключить из содержания пункта 8.2 приложения № 1 «Проект договора» аукционной документации положения о рассмотрении споров, разногласий или требований, возникающих по результатам исполнения договора, в третейском суде, в том числе в Арбитражном учреждении при ООП «СоюзМаш России» в соответствии с требованиями Закона о закупках, Положения о закупке, с учетом принятого Комиссией ФАС России решения от 01.10.2021 № 223ФЗ-529/21.

Заказчику, Организатору, Оператору разместить в ЕИС информацию о совершении действий, указанных в пунктах 1-5 настоящего предписания.

Заказчику, Организатору, Оператору продолжить проведение Аукциона в соответствии с требованиями Закона о закупках, Положения о закупках, принятым Комиссией ФАС России решением от 01.10.2021 № 223ФЗ-529/21.

Договор не может быть заключен до даты исполнения настоящего предписания.

Заказчикам, Организатору, Оператору в срок не позднее 21.10.2021 представить в ФАС России подтверждение исполнения настоящего Предписания в письменном виде и по электронной почте 223predpisanie@fas.gov.ru».

В результате исполнения п.п. 1-3 предписания протоколы были отменены, а ООО «Петролеум Трейдинг» обеспечена возможность подачи заявки на участие в аукционе, несмотря на это, заявка на участие в закупке ООО «Петролеум Трейдинг» подана не была.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения в суд с настоящим заявлением.

Оценка доказательств показала следующее.

Положениями Закона о закупках определены общие принципы и цели проведения закупочных процедур, в том числе дочерними хозяйственными обществами, в уставном капитале которых более пятидесяти процентов долей в совокупности принадлежит, в том числе хозяйственным обществам, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в совокупности превышает пятьдесят процентов (п. 2 ч. 2 ст. 1 названного закона), к числу которых отнесен и Заявитель как дочерняя организация ГК «Ростех», ввиду чего применение нормоположений Закона о закупках является в настоящем случае для Заявителя обязательным.

При таких данных, полномочия административного органа, рассмотревшего дело и вынесшего оспариваемые ненормативные правовые акты, определены ч. 10 ст. 3 Закона о закупках, ст. 17, ч. 1 ст. 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ

«О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), п. 5.3.2.8 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331.

Удовлетворяя заявленные требования, суд соглашается с доводами Заявителя об отсутствии в его действиях нарушения законодательства о закупках и недоказанности административным органом факта ограничения спорными требованиями организатора закупки количества ее участников либо предъявления к кому-либо из таких участников неравного и дискриминационного подхода.

Согласно п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе, следующими принципами информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Однако из обжалуемого решения невозможно установить, каким образом третейская оговорка, предусмотренная п. 8.2 проекта договора, может нарушать принципы, установленные п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, например, принцип информационной открытости закупки или отсутствия ограничений конкуренции.

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, 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.

В силу 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).

Данная норма является отсылочной и не содержит в себе регламентации той или иной сферы общественных отношений, в ней отсутствуют поведенческие правила, касающиеся конкретных элементов процесса закупок, она лишь перечисляет нормативные правовые акты.

В обжалуемом решении не указано, в какой части третейская оговорка, предусмотренная п. 8.2. проекта договора, 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 заказчиком и организатором закупки.

Отсутствие четкой правовой квалификации определения допущенного нарушения применительно к правилам, установленным Законом о закупках, является недопустимым и противоречит требованиям правовой определенности. На это, в частности, указано в Определении Конституционного Суда РФ от 14.12.2000 г. № 284-0, 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 через третейский суд, что подтверждает Минэкономразвития России в письме от 27.01.2017 г. № 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.

В соответствии с правовой позицией, изложенной 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 г., определении Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 г. № 305-ЭС17-7240, споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством о закупках товаров отдельными видами юридических лиц, в данном перечне не указаны, иных законов, закрепляющих нормы об отсутствии компетенции третейских судов на рассмотрение таких споров, не имеется, не названы они и в качестве условно относящихся к компетенции третейских судов, такого элемента публичного порядка Российской Федерации, как невозможность рассмотрения третейским судом споров, возникающих из отношений, регулируемых Законом № 223-ФЗ, Судебной коллегией выявлено не было.

Следовательно, вопреки выводам антимонопольного органа, включение в проект договора, заключаемого в соответствии с Законом о закупках, третейской оговорки не противоречит действующему законодательству.

ФАС России утверждает, что п. 8.2 проекта договора (приложение №1 к документации о закупке) не соответствует принципам Закона о закупках.

В силу п. 3.45 Методических рекомендаций по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, в том числе, если торги признаны несостоявшимися, на продавца государственного или муниципального имущества и (или) организатора продажи государственного и (или) муниципального имущества, проводимой в электронной форме (письмо ФАС России от 16.03.2015 г. № ИА/12337/15) в мотивировочной части решения указывается, в том числе: - обстоятельства, установленные при рассмотрении жалобы, на которых основываются выводы Комиссии контролирующего органа; - нормы законодательства, которыми руководствовалась Комиссия контролирующего органа при принятии решения; - выводы Комиссии контролирующего органа о наличии в действиях (бездействии) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, продавца государственного или муниципального имущества и (или) организатора продажи со ссылками на конкретные нормы, нарушение которых было установлено в ходе рассмотрения жалобы (при наличии); - сведения о нарушении требований законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации (при их наличии), оценка этих нарушений.

Однако, как указывалось ранее, из обжалуемого решения невозможно установить, каким образом третейская оговорка, предусмотренная п. 8.2 проекта договора, может нарушать принципы, установленные п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

По мнению суда, приведенные в отзыве ФАС России доводы о нарушении п. 8.2 проекта договора принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений и т.д. не находят своего подтверждения, не основаны на нормах действующего законодательства и противоречат фактическим обстоятельствам дела.

В отличие от закупок, осуществляемых в рамках контрактной системы для обеспечения государственных и муниципальных нужд, первоочередной целью Закона о закупках является создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями

цены, качества и надежности (ч. 1 ст. 1 Закона о закупках), что предполагает относительную свободу заказчиков в определении условий закупок, недопустимость вмешательства кого-либо в процесс закупки по мотивам, связанным с оценкой целесообразности ее условий и порядка проведения (определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 13.10.2017 г. № 305-КГ17-8138 по делу № А40-93344/2016).

В силу ч. 1 ст. 3 Закона о закупках к принципам, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, включая разработку положения о закупке, в частности, относятся равноправие (отсутствие дискриминации) участников закупки и недопустимость необоснованного ограничения конкуренции (п. 2); целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика (п. 3).

Заказчикам предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки.

При этом Закон о закупках не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора.

В силу принципа равноправия недопустимым является предъявление различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

В свою очередь, принцип недопустимости необоснованного ограничения конкуренции ограничивает заказчика в установлении таких условий закупки, которые способны приводить к заведомой для него монополизации рынка, то есть создают возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке самого заказчика или на смежных рынках, вызывая сокращение числа хозяйствующих субъектов на них (п. 17 ст. 4 Закона «О защите конкуренции»).

Данные правовые позиции выражены в п. 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018 г., однако не были учтены административным органом при рассмотрении жалобы, поскольку трактовка содержания указанных принципов, предложенная в отзыве, явно не соответствует разъяснениям высшей судебной инстанции.

Так, условие проекта договора о рассмотрении споров третейским судом, являлось одинаковым для всех участников, не влияло на результаты оценки поданных заявок и не создавало отдельным участникам преимущественных условий при проведении аукциона.

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 ОООР «СоюзМаш России».

Доводы антимонопольного органа об отсутствии у участника закупки возможности отказа от условия об окончательности арбитражного решения, не соответствуют действительности.

Согласно ст. 18 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 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, в силу 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 г.), 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 не соглашается с позицией 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.

В соответствии с п. 2 ст. 3 Положения о сборах и расходах в Арбитражном учреждении при ООО «СоюзМаш России» арбитражный сбор исчисляется и уплачивается в зависимости от цены иска. В силу п.п. 2, 3 ст. 7 Положения о сборах и расходах, если иск удовлетворен, то арбитражный сбор возлагается на ответчика, а если иск удовлетворен частично, то арбитражный сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований.

Следовательно, 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, и, во-вторых, предотвращает предъявление необоснованных исков, тем самым сокращая размер издержек сторон.

Доказательства 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, антимонопольный орган не представлены.

Кроме того, как указывалось ранее, 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.

В определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 27.04.2021 г. № 305-ЭС20-24221 по делу № А40-312524/2019 также указано на необходимость исследования наличия реальной заинтересованности и возможности выполнить закупку заявителем жалобы: «общество, формально обжалуя положения закупочной документации в антимонопольном органе по причине несогласия с используемыми заказчиками критериями и порядком оценки заявок, также не представило доказательств, подтверждающих наличие у него законного интереса в участии в закупках, в отношении которых корпорацией проводится предварительный отбор, в том числе обладание ресурсами (материальными, трудовыми, финансовыми и т.п.), необходимыми для исполнения обязательств перед заказчиком».

С учетом названного определения антимонопольный орган обязан был исследовать наличия реальной заинтересованности заявителя жалобы в участии в закупке, что сделано не было.

Заявитель жалобы ООО «Петролеум Трейдинг» заявку на участие в аукционе не подавал ни до рассмотрения жалобы, ни после ее удовлетворения, что свидетельствует об отсутствии у него такого намерения и, следовательно, отсутствии 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.

ФАС России утверждает, что судебный порядок обжалования, установленный ст. 3 Закона о закупках, предусматривает возможность такого обжалования только в судах, входящих в судебную систему Российской Федерации.

Действительно, согласно ч. 9 ст. 3 Закона о закупках участник закупки вправе обжаловать в судебном порядке действия (бездействия) заказчика при закупке товаров, работ, услуг.

Вместе с тем, из анализа ч.ч. 9, 10 ст. 3 Закона о закупках, п. 1 ч. 1 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции следует, что под действием (бездействием) заказчика при закупке товаров, работ, услуг подразумеваются такие действия (бездействием), которые связаны с организацией и проведением торгов или неконкурентных закупок и заключением договоров по их результатам, но не с исполнением самих договоров.

Следовательно, 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.

В этой связи Минэкономразвития России в письме от 27.01.2017 г. № Д28и-337 приходит к выводу о том, что вопросы, касающиеся урегулирования споров, в том числе возможности их рассмотрения третейскими судами, Законом № 223-ФЗ не регулируются, и заказчик вправе включать в проект договора положения об урегулировании споров, вытекающих из Закона №223-ФЗ, через третейский суд.

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

Кроме того, по мнению антимонопольного органа, его позицию подтверждает определение Верховного Суда РФ от 09.02.2016 г. № 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. Из указанного определения усматривается, что мотивом для признания судами нижестоящих инстанций по данному делу неарбитрабельности споров, возникающих из договоров, заключенных в рамках Закона о закупках, послужил вывод о несоответствии процедуры разрешения спора в третейском суде основополагающему принципу публичности закупок, осуществляемых в соответствии с Законом о закупках. Между тем, формирование единства правоприменительной практики судов Российской Федерации, подразумевающее устранение противоречий в применении судами норм права при рассмотрении дел со схожими фактическими обстоятельствами, относится к компетенции Верховного Суда Российской Федерации.

В п. 28 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 г. № 13, п. 27 Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30.06.2020 г. № 12 отдельно указано на необходимость проверки судами апелляционной и кассационной инстанций выводов судов на предмет их соответствия практике применения правовых норм, определенной постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации.

Федерации и сохранившими силу постановлениями Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановлениями Президиума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также содержащейся в обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом Верховного Суда Российской Федерации.

В настоящее время позиция Верховного Суда Российской Федерации сводится к отсутствию в спорных отношениях публичного элемента.

Как указывается в Обзоре 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 г.), в Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на ст. 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее ст. 8 (часть 1), согласно которой в Российской Федерации гарантируются свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, и ст. 34 (часть 1), закрепляющей право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

Суды Российской Федерации осуществляют функции содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (глава 45, раздел VI ГПК РФ, главы 30, 31 АПК РФ, статья 6, главы 7 и 8 Федерального закона от 29.12.2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», разделы VII и VIII Закона Российской Федерации от 07.07.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»).

В отличие от решений судов свойством принудительной исполнимости решение третейского суда, международного коммерческого арбитража наделяется только после прохождения установленных процессуальным законодательством процедур получения исполнительного листа на его принудительное исполнение, признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Указанные процедуры предполагают проверку на предмет надлежащего, основанного на законе формирования состава третейского суда, соблюдения процессуальных гарантий прав сторон и соответствия решения третейского суда публичному порядку Российской Федерации, т.е. на предмет соответствия данного частноправового по своей природе акта тем требованиям, которые предъявляются законом для целей принудительного исполнения.

Актуальная правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации относительно возможности рассмотрения третейскими судами споров, возникающих из договоров, заключенных в результате закупки в рамках Закона о закупках, изложена 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 г.

В определении Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 г. № 305-ЭС17-7240 сформирована позиция о том, что споры, возникающие из договоров, заключенных в результате закупки в рамках Федерального закона № 223-ФЗ, в целом являются гражданско-правовыми. Соответственно, в целом гражданско-правовой характер носит спор сторон такого договора.

Как следует из 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 г., основанного на выводах, изложенных в вышеуказанном определении Судебной коллегии, возможность разрешения

гражданско-правовых споров с помощью третейского разбирательства закреплена в гражданском законодательстве.

Законодательство, закрепляя в целом подход к вопросу о наличии (отсутствии) компетенции третейских судов на рассмотрение споров из гражданских правоотношений, не содержало специальных норм о наличии (отсутствии) компетенции третейских судов (полной или условной) на рассмотрение споров из закупок особых видов юридических лиц.

При реформировании законодательства о третейском разбирательстве в 2014 - 2016 годах федеральный законодатель закрепил следующий подход к регулированию вопроса о наличии (отсутствии) компетенции третейских судов на рассмотрение споров: общий критерий - гражданско-правовой характер отношений (часть 3 статьи 1 Закона об арбитраже, часть 6 статьи 4, часть 1 статьи 33 АПК РФ), перечень споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда (пункты 1 - 5, 7 и 8 части 2 статьи 33 АПК РФ), а также условную компетенцию третейских судов на рассмотрение споров - споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (пункт 6 части 2 статьи 33 АПК РФ).

Однако споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством о закупках товаров отдельными видами юридических лиц, в данном перечне не указаны, иных законов, закрепляющих нормы об отсутствии компетенции третейских судов на рассмотрение таких споров, не имеется, не названы они и в качестве условно относящихся к компетенции третейских судов. Судебная власть вправе устанавливать баланс в отношениях в целях защиты публичного порядка при наличии элемента публичного порядка Российской Федерации. Такого элемента публичного порядка Российской Федерации, как невозможность рассмотрения третейским судом споров, возникающих из отношений, регулируемых Законом № 223-ФЗ, выявлено не было.

Таким образом, изложенные в обжалуемом решении выводы о несоответствии п. 8.2 проекта договора (приложение №1 к документации о закупке) положениям Закона о закупках являются необоснованными, а решение и предписание № 223ФЗ-529/21 от 01.10.2021 г. - незаконным.

Оспариваемым решением антимонопольного органа жалоба ООО «Петролеум Трейдинг», рассмотренная в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, признана обоснованной в части неправомерных положений проекта договора, а Заявители - признаны нарушившими положения Закона о закупках.

Следовательно, оспариваемые нормативные правовые акты нарушают права и законные интересы Заявителей, поскольку последним вменяется нарушение требований законодательства, которое они не совершали.

На основании п. 20 ст. 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции было выдано оспариваемое предписание, согласно которому при заключении договора Заявителям надлежало исключить из содержания п. 8.2 приложения № 1 «Проект договора» аукционной документации положение о рассмотрении споров, разногласий или требований, возникающих по результатам исполнения договора, в третейском суде, в том числе в Арбитражном учреждении при ООПР «СоюзМаш России».

Между тем, Заявители являются предприятиями, к чьей основной деятельности относятся разработка и производство авиационной техники гражданского и военного назначения, при этом заказчик - АО «ЛИИ им. М.М. Громова» - головная организация авиационной отрасли по летным исследованиям и испытаниям летательных аппаратов. Предметом договора является поставка авиационного топлива, в целях использования на аэродроме заказчика при проведении лётных исследований и испытаний воздушных судов.

Включение в проект договора третьей оговорки обусловлено целями обеспечения конфиденциальности разрешения споров в условиях включения Группы ОАК в санкционные списки со стороны недружественных государств начиная с 2014 г.

Следовательно, оспариваемые нормативные правовые акты нарушают права Заявителей на определение условий договора в соответствии с особенностями своей деятельности и потребностей и представляют собой не основанное на законе вмешательство в их предпринимательскую деятельность.

При этом прямым следствием невыполнения предписания в указанной части со стороны Заявителей будет являться привлечение к административной ответственности, предусмотренной ч. 7.2 ст. 19.5 КоАП РФ.

Кроме того, оспариваемое решение создает препятствия для осуществления Заявителями предпринимательской и закупочной (экономической) деятельности, поскольку им признано нарушением типовое условие проекта договора, включаемое во все закупочные документации, в связи с чем антимонопольный орган при проведении дальнейших проверок будет использовать собственное решение как прецедент для признания Заявителей нарушившими Закон о закупках в рамках иных процедур.

Кроме того, суд считает необходимым отметить, что жалоба ООО «Петролеум Трейдинг», по результатам рассмотрения которой вынесено оспариваемое решение и выдано предписание, принята ФАС России к рассмотрению с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, ч. 11 ст. 3 Закона о закупках).

Как следует из обстоятельств дела, жалоба от 16.09.2021 г. № 7892 ООО «Петролеум Трейдинг» сводилась к несогласию с п. 8.2 проекта договора (приложение №1 к документации о закупке).

Договор с победителем аукциона заключается на условиях, указанных в извещении о проведении аукциона, документации об аукционе, по цене, предложенной победителем.

Сам проект договора в силу прямого указания Закона о закупках является неотъемлемой частью документации о закупке, и оспорить содержащиеся в нем условия можно только путем оспаривания документации о закупке, то есть по основаниям, в порядке и сроки, установленные непосредственно Законом.

Оспариваемые условия закупочной документации (п. 8.2 проекта договора) были размещены в открытом доступе и доступны для ознакомления, в том числе заявителю жалобы с 07.09.2021 г.

В соответствии с извещением дата и время окончания срока подачи заявок: 10:00 16.09.2021 г.

Как указывалось ранее, ни до, ни после принятия решения от 01.10.2021 г. ООО «Петролеум Трейдинг» заявку на участие в закупке не подавало.

В ч. 2 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции установлено, что действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольные орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Следовательно, право на обращение в антимонопольный орган с жалобой по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции у лиц, не подавших заявки на участие, возникает исключительно при одновременном соблюдении следующих условий:

согласно жалобе допущены нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах;

непосредственно этими нарушениями могут быть ущемлены или нарушены права, законные интересы заявителя жалобы.

Вместе с тем, жалоба от 16.09.2021 г. № 7892 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, и об отсутствии в связи с этим оснований для государственной защиты и принятия антимонопольным органом обжалуемого решения.

При этом в силу ч. 11 ст. 3 Закона о закупках в случае, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке, обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку.

Предоставление права оспаривать положения документации после окончания срока подачи заявок, свидетельствовало бы о предоставлении необоснованных и незаконных преимуществ, что нарушало бы права заказчиков и явно не соответствовало бы балансу частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 г. №2-П), принципу стабильности публичных правоотношений, а также принципу добросовестной реализации прав и законных интересов (ч. 3 ст. 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (ч. 4 ст. 1 ГК РФ), недопустимости злоупотребления правом (ч. 1 ст. 10ГКРФ).

Соблюдение упомянутого выше баланса означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

В противном случае, оспаривание условий закупочной документации за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями документации.

Соответственно, в силу ч. 11 ст. 3 Закона о закупках после окончания сроков подачи заявок ревизия самих условий закупочной документации антимонопольным органом не проводится.

Поскольку жалобы подаются по электронной почте на адрес delo@fas.gov.ru или посредством ЕИС в сфере закупок, время обращения фиксируется.

В силу ч. 1 ст. 65 АПК РФ обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующие орган или должностное лицо.

Вместе с тем, из представленных ФАС России материалов дела № 223Ф3-529/21 невозможно установить время получения жалобы.

Однако, из копии жалобы ООО «Петролеум Трейдинг» видно, что она подписана электронной цифровой подписью 16.09.2021 г. в 09:21:30, а уведомление о рассмотрении жалобы направлено ФАС России исх. № 28/79249/21 от 20.09.2021 г.

При этом оспариваемые решение и предписание не содержат указаний на необходимость внесения изменений в приложение №1 к документации о закупке и возвращения заявок участников закупки.

При данных обстоятельствах, суд приходит к выводу, что жалоба ООО «Петролеум Трейдинг» была подана после окончания срока подачи заявок на участие в закупке (16.09.2021 г. 10:00).

Между тем, согласно позиции ФАС России, изложенной в письмах от 23.01.2018 г. № ИА/3655/18, от 25.06.2019 г. № МЕ/53183/19, и неоднократно подтвержденной самим антимонопольным органом в правоприменительной практике (например, решения № 077/07/00-3103/2021 от 01.03.2021 г., № 077/07/00-8249/2021 от 21.05.2021 г., № 077/07/00-12672/2021 от 27.07.2021 г., № 077/07/00-12856/2021 от 05.08.2021 г., № 223Ф-997/19 от 23.10.2019 г., № 223Ф3-835/19 от 14.08.2019 г.) в силу положений ч. 2 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, ч. 11 ст. 3 Закона о закупках жалоба на положения документации о закупке может быть направлена в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке, а жалоба на положения документации о закупке, поданная лицом, не подававшим заявку на участие в закупке, после окончания срока подачи заявок на участие в закупке подлежит оставлению без рассмотрения.

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 г. № 7892 должна была быть оставлена ФАС России без рассмотрения.

В соответствии с ч. 6 ст. 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к условиям исполнения договора требования, которые не указаны в документации о закупке.

Заказчики в соответствии с ч. 2 ст. 2 Закона о закупках определяют порядок заключения и исполнения договоров в положении о закупке.

Закупочная деятельность Организатора закупки регламентируется Единым положением о закупке Государственной корпорации «Ростех», в п. 20.2.9 которого установлено, что проект договора, заключаемого по итогам закупки, формируется заказчиком путем включения в проект договора, включенного в состав извещения, документации о закупке: (1) условий исполнения договора, предложенных лицом, с которым заключается договор, и являющихся критериями оценки; (2) встречных предложений победителя закупки (лица, с которым заключается договор) по проекту договора в случае, если такие предложения допускались извещением, документацией о закупке; (3) реквизитов победителя закупки (лица, с которым заключается договор); (4) условий, о которых было достигнуто соглашение по итогам преддоговорных переговоров (при их проведении).

Следовательно, договор, заключаемый по итогам закупки, составляется путем включения в него существенных условий, указанных в проекте договора, являющимся неотъемлемой частью документации, а также условий договора, которые в соответствии с документацией о закупке должны быть предложены победителем закупочной процедуры.

При данных обстоятельствах, предписание антимонопольного органа, обязывающее заказчика, организатора, а также, фактически, победителя аукциона, заключить договор, не соответствующий проекту договора (приложение №1 к документации о закупке), исключив из его содержания пункт 8.2, само по себе противоречит Закону о закупках.

Таким образом, решение и предписание ФАС России № 223Ф3-529/21 от 01.10.2021 г. противоречат положениям Закона о закупках, ч. 1 ст. 11 ГК РФ, ч. 1,2 ст.

33 АПК РФ, позиции Верховного Суда Российской Федерации, нарушают права и законные интересы Заявителей и подлежит отмене.

На основании изложенного, суд приходит к выводу о необходимости удовлетворения заявленных требований в полном объеме.

В соответствии с ч. 2 ст. 201 АПК РФ арбитражный суд, установив, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, принимает решение о признании ненормативного правового акта недействительным, решений и действий (бездействия) незаконными.

Учитывая, что решение по данному делу принято в пользу заявителя, в соответствии со ст. 110 АПК РФ расходы по государственной пошлине в сумме 3000 руб. взыскиваются с заинтересованного лица в пользу заявителя, поскольку законодательством не предусмотрено освобождение государственных или муниципальных органов от возмещения судебных расходов в случае, если решение принято не в их пользу (п.21 Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2014 №46).

На основании изложенного, руководствуясь ст. 71, 75, 110, 167-170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ,

РЕШИЛ:

Проверив на соответствие действующему законодательству, признать незаконными решение и предписание Федеральной антимонопольной службы (123001, город Москва, Садовая-Кудринская улица, дом 11, ОГРН: 1047796269663, Дата присвоения ОГРН: 19.04.2004, ИНН: 7703516539) от 01 октября 2021 г. №223ФЗ-529/21.

Обязать Федеральную антимонопольную службу (123001, город Москва, Садовая-Кудринская улица, дом 11, ОГРН: 1047796269663, Дата присвоения ОГРН: 19.04.2004, ИНН: 7703516539) в тридцатидневный срок с даты вступления решения в законную силу устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителей в установленном законом порядке.

Взыскать с Федеральной антимонопольной службы (123001, город Москва, Садовая-Кудринская улица, дом 11, ОГРН: 1047796269663, Дата присвоения ОГРН: 19.04.2004, ИНН: 7703516539) в пользу Публичного акционерного общества "Объединенная авиастроительная корпорация" (115054, город Москва, Большая Пионерская улица, дом 1, ОГРН: 1067759884598, Дата присвоения ОГРН: 20.11.2006, ИНН: 7708619320) расходы по уплате государственной пошлины в размере 3 000 (три тысячи) руб.

Возвратить Публичному акционерному обществу "Объединенная авиастроительная корпорация" (115054, город Москва, Большая Пионерская улица, дом 1, ОГРН: 1067759884598, Дата присвоения ОГРН: 20.11.2006, ИНН: 7708619320) из федерального бюджета государственную пошлину в размере 3 000 (три тысячи) руб., как излишне уплаченную.

Решение может быть обжаловано в месячный срок с даты его принятия (изготовления в полном объеме) в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

С.М. Кукина