



# АРБИТРАЖНЫЙ СУД ЗАПАДНО-СИБИРСКОГО ОКРУГА

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Тюмень

Дело № А45-18440/2019

Резолютивная часть постановления объявлена 13 февраля 2020 года

Постановление изготовлено в полном объеме 18 февраля 2020 года

Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в составе:

председательствующего

Шабановой Г.А.

судей

Киричёк Ю.Н.

Черноусовой О.Ю.

рассмотрел в судебном заседании с использованием средств аудиозаписи кассационную жалобу Ассоциации строительных организаций Новосибирской области на решение от 11.07.2019 Арбитражного суда Новосибирской области и постановление от 10.10.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № А45-18440/2019 по заявлению Ассоциации строительных организаций Новосибирской области (630007, Новосибирская область, город Новосибирск, улица Октябрьская магистраль, дом 2, офис 680, ОГРН 1165476182101, ИНН 5406622509) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (630011, Новосибирская область, город Новосибирск, улица Кирова, дом 3, ОГРН 1035401913568, ИНН 5405116098) об оспаривании ненормативного правового акта.

Другое лицо, участвующее в деле, – публичное акционерное общество междугородной и международной электрической связи «Ростелеком».

В заседании приняла участие представитель Ассоциации строительных организаций Новосибирской области – Нечитайло В.В. по доверенности от 13.01.2020.

### Суд установил:

Ассоциация строительных организаций Новосибирской области (далее – ассоциация, АСОНО) обратилась в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – управление, антимонопольный орган) от 19.02.2019 № 05-1862, обязанности управления возбудить дело по факту наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено публичное акционерное общество междугородной и международной электрической связи «Ростелеком» (далее – ПАО «Ростелеком», общество, заказчик).

Решением от 11.07.2019 Арбитражного суда Новосибирской области, оставленным без изменения постановлением от 10.10.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда, в удовлетворении заявленных требований отказано.

В кассационной жалобе, поданной в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа, ассоциация просит отменить указанные судебные акты и удовлетворить заявленные ею требования.

Податель жалобы считает ошибочным вывод судов об отсутствии в действиях ПАО «Ростелеком» признаков нарушения антимонопольного законодательства.

В отзыве на кассационную жалобу управление и общество просят оставить обжалуемые судебные акты без изменения как соответствующие действующему законодательству.

Проверив в порядке статей 284, 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) обоснованность доводов, изложенных в кассационной жалобе, отзыве на нее и выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, суд округа считает, что принятые по делу судебные акты подлежат отмене.

Как следует из материалов дела, 24.06.2017 заказчик на официальном

сайте в сети Интернет разместил извещения о проведении закупок на право заключения договоров на строительство линий связи проекта подключения больниц и поликлиник к скоростному интернету (№ 31705256713) и на право заключения договора на выполнение работ по проектированию и строительству инфраструктуры для размещения базовых станций «Indoor» (№ 31705256714).

В соответствии с пунктом 15 Информационной карты начальная (максимальная) цена является предельной общей ценой договора, на которую возможно заказать товары (работы, услуги) в течении срока его действия.

Начальная (максимальная) цена по закупке № 31705256713 составляла: лот № 1 - 1 327 444 876 рублей 61 копейка с НДС; лот № 2 - 795 356 316 рублей 84 копейки с НДС; лот № 3 - 547 410 643 рубля 59 копеек с НДС; лот № 4 - 1 061 670 969 рублей 19 копеек с НДС; лот № 5 - 772 110 771 рубль 40 копеек с НДС; лот № 6 - 1 386 444 003 рубля 43 копейки с НДС; лот № 7 - 213 037 446 рублей 53 копейки с НДС; лот № 8 - 600 795 506 рублей 59 копеек с НДС; лот № 9 - 251 283 199 рублей 43 копейки, с учетом НДС; лот № 10 - 181 216 631 рубль 00 копеек, с учетом НДС; лот № 11 - 508 000 058 рублей 77 копеек с НДС; лот № 12 - 208 169 912 рублей 97 копеек с НДС; начальная (максимальная) цена по закупке № 31705256714 определена в размере 99 000 000 рублей с учетом НДС.

Победителями закупки № 31705256713 признаны: по лоту № 1 - общество с ограниченной ответственностью «Рутехнолоджис» (далее – ООО «Рутех»), по лоту № 3 - общество с ограниченной ответственностью «Трест Связьстрой-6» (далее – ООО «Трест Связьстрой-6»); в закупке № 31705256714 победило общество с ограниченной ответственностью «ВинТел» (далее - ООО «ВинТел»). 01.08.2018 заказчик заключил договоры с ООО «Рутех» и ООО «Трест Связьстрой-6», 21.08.2018 – с ООО «ВинТел».

19.11.2018 ассоциация обратилась в антимонопольный орган с заявлением, в котором указала на нарушение ПАО «Ростелеком» требований статьи 429.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), части 2 статьи 52, частей 3, 5, 6 статьи 55.8 Градостроительного кодекса

(далее - ГрК РФ), пунктов 9, 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон № 223-ФЗ) и статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон № 135-ФЗ) при проведении закупок.

Письмом от 19.02.2015 № 05/1862 управление сообщило об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании пункта 2 часть 9 статьи 44 Закона № 135-ФЗ.

Не согласившись с указанным решением, АСОНО обратилась в арбитражный суд с заявлением о признании его незаконным.

Суды первой и апелляционной инстанций отказали в удовлетворении заявленного требования, не усмотрев в действиях (бездействии) заказчика нарушений действующего законодательства. Кроме того, судами сделан вывод об отсутствии у ассоциации права на обжалование действий (бездействия) общества в антимонопольный орган

Статья 6 Закона № 223-ФЗ предусматривает, что контроль за соблюдением требований данного Закона осуществляется в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

В соответствии с частями 9 и 10 статьи 3 Закона № 223-ФЗ обжалование действий (бездействия) заказчика при закупке товаров, работ, услуг возможно в судебном порядке, а также путем подачи жалобы в антимонопольный орган в соответствии с процедурой, определенной статьей 18.1 Закона № 135-ФЗ.

Как разъяснено в пункте 18 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018, кроме случаев обжалования, предусмотренных Законом № 223-ФЗ, антимонопольный орган может проводить проверки соблюдения заказчиком требований Закона № 135-ФЗ. Порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства установлен главой 9 Закона № 135-ФЗ.

Одним из оснований для возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства является заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства (пункт 2 части 2 статьи 39 Закона № 135-ФЗ).

Согласно части 8 статьи 44 Закона № 135-ФЗ по результатам рассмотрения заявления, материалов антимонопольный орган принимает одно из следующих решений: о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства; об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства; о выдаче предупреждения в соответствии со статьей 39.1 названного Закона

Так, антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела в случае отсутствия признаков нарушения антимонопольного законодательства (пункт 2 часть 9 статьи 44 Закона № 135-ФЗ).

Статья 17 Закона № 135-ФЗ запрещает действия заказчиков, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при осуществлении закупок товаров, работ и услуг в соответствии с Законом № 223-ФЗ. К таким действиям, в частности, относятся: координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации; создание участнику закупки преимущественных условий участия, нарушение порядка определения победителя по результатам закупочной процедуры (пункты 1, 2 и 3 части 1, часть 5 статьи 17 Закона № 135-ФЗ).

В силу статьи 3 Закона № 223-ФЗ одним из принципов закупки товаров, работ, услуг является равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению

к участникам закупки.

Как следует из материалов дела, обращаясь в управление, АСОНО ссылалось на нарушение ПАО «Ростелеком» требований действующего законодательства при формировании закупочной документации, необоснованный допуск к участию в закупках ООО «Рутех», ООО «Трест Связьстрой-6», ООО «ВинТел» и заключение с ними договоров:

- цены договоров и объемы подлежащих выполнению работ определены заказчиком ненадлежащим образом; в извещениях о закупках № 31705256713 и № 31705256714 указана предельная предполагаемая общая стоимость всех заказов (лимит), при этом у заказчика отсутствует обязанность приобретать работы на всю сумму договора; заключение рамочного договора по итогам закупки не допускается;

- закупочная документация не содержит требований к участникам закупок о наличии членства в саморегулируемой организации (далее - СРО) и внесении ими взноса в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в размере, соответствующем уровню его ответственности; договоры по результатам закупок заключены с лицами, не отвечающими положениям части 2 статьи 52, частей 3, 5 и 6 статьи 55.8 ГрК РФ.

Заявление АСОНО было рассмотрено антимонопольным органом в порядке главы 9 Закона № 135-ФЗ.

Исследовав и оценив по правилам статьи 71 АПК РФ представленные сторонами доказательства, суды не усмотрели в действиях (бездействии) ПАО «Ростелеком» нарушений статьи 429.1 ГК РФ, частей 9 и 10 статьи 4 Закона № 223-ФЗ, статьи 17 Закона № 135-ФЗ, поскольку все участники закупок были в равных условиях и на момент подачи заявок владели информацией о стоимости договоров, объемах подлежащих выполнению работ (указаны в технических заданиях - разделы IV закупочной документации и приложения по каждому лоту); для участия в закупке № 31705256714 было подано 7 заявок, в закупке № 31705256713 по лоту № 1 поступило 17 заявок, по лоту № 2 - 13 заявок, по лоту № 3 - 14 заявок, по лоту № 4 - 14 заявок; по лоту № 5 - 16 заявок, по лоту № 6 - 18 заявок, по лоту № 7 - 11 заявок, по лоту № 8 - 13 заявок, по лоту № 9 - 9 заявок, по лоту

№ 10-10 заявок, по лоту № 11 - 13 заявок, по лоту № 12 - 7 заявок; жалоб на действия заказчика по причине неясности предметов и цен договоров, объемов работ не поступало.

Проанализировав положения пункта 3 части 1 статьи 48.1, пунктов 2.1 и 2 статьи 52 ГрК РФ (в редакции Федерального закона от 22.07.2008 № 148-ФЗ, действовавшей на момент размещения извещений о спорных закупках – 24.06.2017), подпункта 14.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», пункта 20.13 Перечня видов работ по инженерным изысканиям, по подготовке проектной документации, по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, утвержденного приказом Минрегиона России от 30.12.2009 № 624 (далее – Перечень № 624), и примечания к нему, суды установили, что объекты закупки № 31705256713 не относятся к особо опасным, технически сложным сооружениям связи, соответственно, необходимость в предъявлении ее участниками допуска СРО отсутствовала.

Документация по закупке № 31705256714 содержала требование о предоставлении копии свидетельств о допуске к производству работ, выданных СРО в соответствии с Перечнем № 624.

Допуск участников закупок № 31705256713, № 31705256714 произведен ПАО «Ростелеком» заказчиком в соответствии с требованиями действующего на момент их объявления законодательства.

При этом суды отклонили доводы ассоциации о том, что участники закупок, помимо наличия у них свидетельств СРО о допуске к производству работ, обязаны были внести взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в размере, соответствующем уровню ответственности.

Между тем судами обеих инстанций не учтено следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, ГК РФ, 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.

Пункт 6.1.1 Положения о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком» (редакция № 9), утвержденного решением Совета директоров от 14.04.2017 № 17 (далее - Положение), содержит требование о соответствии участника закупки требованиям, устанавливаемым законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом договора.

Согласно пункту 31.20 Положения, пункту 2.3 раздела 2 документации о закупке № 31705256714 (условия заключения и исполнения договора) заказчик вправе после подведения итогов закупки и до заключения договора общество вправе провести процедуру постквалификации лица, с которым подлежит заключению договор по результатам закупки. С этой целью общество вправе направить запрос о представлении сведений и документов, подтверждающих соответствие такого лица и предложенных им товаров, работ, услуг, требованиям, установленным документацией о закупке. Если по результатам постквалификации закупочной комиссией будет установлено, что лицо, с которым подлежит заключению договор по результатам закупки, либо предложенные им товары, работы, услуги не соответствуют требованиям, установленным документацией о закупке, то закупочная комиссия отстраняет такое лицо от дальнейшего участия в закупке и договор с ним не заключается.

Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения (пункт 1 статьи 422 ГК РФ).

Частью 3 статьи 55.8 ГрК РФ (в редакции Федерального закона от 03.07.2016 № 372-ФЗ, вступила в силу с 01.07.2017) предусмотрено, что член СРО имеет право выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию,

капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, при соблюдении в совокупности следующих условий:

1) наличие у СРО, членом которой является такое лицо, компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств, сформированного в соответствии со статьями 55.4 и 55.16 ГрК РФ;

2) если совокупный размер обязательств по указанным в абзаце первом настоящей части договорам не превышает предельный размер обязательств, исходя из которого таким лицом был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 11 или 13 статьи 55.16 ГрК РФ.

Частями 11 и 13 статьи 55.16 ГрК РФ установлены минимальные размеры взносов в указанный компенсационный фонд на одного члена СРО, выразившего намерение принимать участие в заключении договоров с использованием конкурентных способов в зависимости от уровня ответственности.

Член СРО самостоятельно при необходимости увеличения размера внесенного им взноса в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств до следующего уровня ответственности, предусмотренного частью 11 или 13 статьи 55.16 ГрК РФ, обязан вносить дополнительный взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в порядке, установленном внутренними документами СРО (часть 5 статьи 55.8 ГрК РФ).

В силу положений статьи 55.6, частей 5, 6, 8 статьи 55.8, части 3 статьи 55.16 ГрК РФ член СРО, не уплативший взнос (дополнительный взнос) в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств, не вправе заключать договоры подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, договоров строительного подряда (новые договоры) с использованием конкурентных процедур.

Из материалов дела следует, что извещениями о закупках

№ 31705256713, № 31705256714 датой окончания подачи заявок определено 17.07.2017, дата подведения итогов - 07.08.2017; ООО «ВинТел», признанное победителем закупки № 31705256714, на момент заключения с ним договора не внесло взносы в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств СРО; победители закупки № 31705256713 - ООО «Рутех» (лот № 1) и ООО «Трест Связьстрой-6» (лот № 3) имеют первый уровень ответственности членом СРО, который позволяет заключать им договоры строительного подряда с использованием конкурентных процедур на сумму, не превышающую 60 000 000 руб.; цена договора, заключенного с ООО «Трест Связьстрой-6», составила 273 705 321 рубль 80 копеек, с ООО «Рутех» - 165 930 609 рублей 58 копеек.

Доводы ассоциации о нарушении ПАО «Ростелеком» пункта 1 статьи 422 ГК РФ, статей 55.6, 55.8, 55.16 ГрК РФ, статьи 17 Закона № 135-ФЗ при заключении вышеназванных договоров и возможности выполнения победителями закупок предусмотренных в них работ, о недобросовестной конкуренции правовой оценки в оспариваемом решении антимонопольного органа не получили.

При таких обстоятельствах выводы управления, поддержанные судами обеих инстанций, об отсутствии признаков нарушения антимонопольного законодательства нельзя признать обоснованными.

Кроме того, вопреки позиции судов квалификация нарушений в соответствии с нормами законодательства, регулирующего закупочную деятельность, не исключает возможности их проверки на предмет соблюдения положений Закона № 135-ФЗ; круг субъектов, имеющих право на подачу заявления о нарушении антимонопольного законодательства (пункт 2 части 2 статьи 39 Закона № 135-ФЗ), не ограничен нормами частей 1, 2 статьи 18.1 Закона № 135-ФЗ и части 10 статьи 3 Закона 223-ФЗ; в силу пункта 2 части 3 статьи 6 Федерального закона от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» СРО вправе оспаривать в судебном порядке любые акты, решения и (или) действия (бездействие) органов государственной власти Российской Федерации, нарушающие права и

законные интересы СРО, ее члена или членов либо создающие угрозу такого нарушения.

С учетом изложенного решение от 11.07.2019 Арбитражного суда Новосибирской области и постановление от 10.10.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда подлежат отмене на основании части 1 статьи 288 АПК РФ.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 287 АПК РФ суд округа полагает возможным, не передавая дело на новое рассмотрение, принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных АСОНО требований.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 287, частью 1 статьи 288, статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Западно-Сибирского округа

п о с т а н о в и л :

решение от 11.07.2019 Арбитражного суда Новосибирской области и постановление от 10.10.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № А45-18440/2019 отменить.

Признать незаконным решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области от 19.02.2019 № 05-1862.

Обязать Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области устранить допущенные нарушения прав и законных интересов Ассоциации строительных организаций Новосибирской области.

Постановление может быть обжаловано в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном статьей 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий

Г.А. Шабанова

Судьи

Ю.Н. Киричѐк

О.Ю. Черноусова