



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ДАЛЬНЕВОСТОЧНОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ от 4 декабря 2020 г. N Ф03-3857/2020

Резолютивная часть постановления объявлена 03 декабря 2020 года.

Полный текст постановления изготовлен 04 декабря 2020 года.

Арбитражный суд Дальневосточного округа в составе:

председательствующего судьи Луговой И.М.,

судей Михайловой А.И., Филимоновой Е.П.,

при участии:

от общества с ограниченной ответственностью "Сахалинстройальянс" - представитель не явился;

от Областного автономного учреждения "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" - Исаев Е.Н., представитель по доверенности от 09.01.2020 N 04;

от общества с ограниченной ответственностью "Доппельмайр Раша" - Хохлова А.В., представитель по доверенности б/н от 10.10.2019;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Сахалинской области - Прохоров Р.В., представитель по доверенности от 20.12.2019 N 28;

от Регионального отделения общероссийского общественного движения "Народный фронт "За Россию" в Сахалинской области - представитель не явился;

рассмотрев в судебном заседании, проведенном с использованием систем видеоконференц-связи кассационные жалобы Областного автономного учреждения "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" и общества с ограниченной ответственностью "Доппельмайр Раша"

на решение от 03.03.2020, [постановление](#) Пятого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2020

по делу N А59-5591/2019 Арбитражного суда Сахалинской области

по заявлениям общества с ограниченной ответственностью "Сахалинстройальянс" (ОГРН 1086501002103, ИНН 6501192819, адрес: 693005, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, ул. им. 1905 года, 27, стр. А, оф. 1), Областного автономного учреждения "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" (ОГРН 1096501007019, ИНН 6501211081, адрес: 693000, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, Коммунистический просп., 49, оф. 201), общества с ограниченной ответственностью "Доппельмайр Раша" (ОГРН 1127746206719, ИНН 7705981210, адрес: 119017, г.

Москва, 1-й Казачий пер. 7, эт. 4, ком. 2)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Сахалинской области (ОГРН 1026500532321, ИНН 6501026378, адрес: 693007, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, просп. Победы, 24)

третье лицо: Региональное отделение общероссийского общественного движения "Народный фронт "За Россию" в Сахалинской области (ОГРН 1146500000030, ИНН 6501236470, адрес: 693020, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, ул. им. Ф.Э. Дзержинского, 34)

о признании недействительным решения; о взыскании судебных расходов

установил:

В Арбитражный суд Сахалинской области поступили заявления ООО "Сахалинстройальянс", ООО "Доппельмайр Раша", Областного автономного учреждения "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Сахалинской области (далее - управление, антимонопольный орган) о признании недействительными пунктов 1, 2, 3 решения от 31.07.2019 по делу N 08-85/2018, взыскании расходов по оплате государственной пошлины.

Определениями суда по указанным делам к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены: Региональное отделение Сахалинской области ООД "Народный фронт "За Россию" (далее - региональное отделение).

Определениями суда от 17.10.2019 и от 21.11.2019 дела N А59-5591/2019, N А59-5932/2019, N А59-6465/2019 объединены в одно производство, объединенному делу присвоен N А59-5591/2019.

Решением суда от 03.03.2020, оставленным без изменений [постановлением](#) Пятого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2020, удовлетворены требования ООО "Сахалинстройальянс": решение от 31.07.2019 по делу N 08-85/2018, вынесенное управлением признано недействительным в части пункта 3 как несоответствующее Федеральному [закону](#) Российской Федерации от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон N 135-ФЗ, Закон о защите конкуренции); с управления в пользу ООО "Сахалинстройальянс" взысканы судебные расходы в размере 3 000 руб. В удовлетворении требований ООО "Доппельмайр Раша" (далее - заявитель, общество), Областного автономного учреждения "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" (далее - учреждение, заказчик) - отказано.

Общество, учреждение, не согласившись с принятыми решением и [постановлением](#) апелляционного суда, обратились в Арбитражный суд Дальневосточного округа с кассационными жалобами, в которых просят их отменить в связи с неправильным применением норм материального права, а также несоответствием выводов судов фактическим обстоятельствам дела и принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований в неудовлетворенной части.

Общество в жалобе и его представитель в судебном заседании суда округа утверждали о

неверном понимании судами положений [пункта 3 части 4 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ, считая, что выводы управления о достижении хозяйствующими субъектами устной договоренности в целях недопуска других участников рынка к осуществлению спорных работ, безосновательны. Считают, что суды не учли, что управление рассмотрело дело о нарушении антимонопольного законодательства с грубейшими нарушениями, так как не установлено превышение доли каждого участника соглашения свыше 20%, как определено в [части 2 статьи 12](#) Закона о защите конкуренции, а анализ состояния конкуренции в нарушение [части 5.1 статьи 45](#) Закона N 135-ФЗ проведен в неполном объеме, что недопустимо. В связи с чем, полагают решение управления и судебные акты двух инстанций незаконными.

Учреждение в жалобе и его представитель в судебном заседании, проведенном в порядке [статьи 153.1](#) АПК РФ посредством организации видеоконференц-связи с Арбитражным судом Сахалинской области, настаивали на неверной оценке судами выводов управления в оспариваемом акте о неправомерности деления объекта строительства на этапы. Полагали, что суды не приняли во внимание, что применялся узловой метод выполнения работ в целях достижения коротких сроков технической готовности объекта. Считали предположениями выводы о недопустимости деления работ. Также поддерживали доводы общества о нарушении управлением порядка определения анализа состояния конкуренции и об отсутствии надлежащих доказательств заключения заказчиком и обществом устного антиконкурентного соглашения. Отметили, что управлением не доказано лишение иных хозяйствующих субъектов возможности заключить договоры, и то, что отсутствие подписи одного из членов комиссии в заключении по делу, по мнению учреждения, влечет недействительность решения.

Вместе с этим учреждением заявлено ходатайство о восстановлении пропущенного срока подачи кассационной жалобы, обоснованное неполучением копии судебного акта апелляционного суда и порядком регистрации корреспонденции в учреждении, что повлекло нарушение срока подачи жалобы на два дня.

Рассмотрев ходатайство, руководствуясь [статьями 117, 286](#) АПК РФ, принимая во внимание незначительность периода пропуска срока на обжалование и очевидное намерение реализовать право на оспаривание судебных актов, суд округа, полагает возможным восстановить учреждению срок на подачу кассационной жалобы.

Управление в отзыве и его представитель в судебном заседании предлагали судебные акты в оспариваемой части оставить без изменений как законные и обоснованные.

Иные лица, извещенные в установленном порядке о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, отзывы не представили, явку представителей не обеспечили, что силу [части 3 статьи 284](#) АПК РФ не препятствует рассмотрению дела в их отсутствие.

Изучив материалы дела, обсудив доводы кассационных жалоб, проверив в порядке и пределах [статей 284, 286](#) АПК РФ правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального права и соблюдение норм процессуального права, суд кассационной инстанции приходит к выводу об отсутствии оснований для их удовлетворения.

Из материалов дела следует, судами установлено, что в августе, сентябре 2018 года в антимонопольный орган из Прокуратуры Сахалинской области поступили жалобы руководителя исполкома регионального отделения ООД "Народный Фронт" "За Россию" Кобякова К.П. и

гражданина Калугина А.В. о нарушениях законодательства о закупках при заключении между учреждением, ООО "Сахалинстройальянс" и ООО "Доппельмайр Раша" в период 2016-2018 г.г. договоров, заключенных в отсутствие какой-либо необходимости (поскольку ранее расчистка территории осуществлялась собственными силами) и в целях ограничения конкуренции (так как закупки проведены неконкурентным способом (закупка у единственного поставщика) в нарушение Положения о закупке товаров, работ, услуг, разработанного и утвержденного учреждением).

Приказом управления от 17.10.2018 N 278 возбуждено дело N 08-85/2018 по признакам нарушения [пункта 3 части 4 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ.

В ходе рассмотрения дела о нарушении законодательства управлением установлено, что в 2017 году учреждением, как заказчиком, и ООО "Доппельмайр Раша" со ссылкой на Положения о закупках товаров, работ, услуг для нужд учреждения, утвержденных Протоколами заседания Наблюдательного совета от 25.03.2016 N 25 (с изменениями от 31.05.2016 N 26), от 02.08.2017 N 41 и от 20.10.2017 N 44, от 26.01.2018 N 48 (далее - Положение о закупках) неконкурентным способом (у единственного поставщика) были заключены:

- договор от 01.08.2017 N 144-1 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по подготовке территории под устройство временной подъездной дороги от ул. Больничная до северного склона горы "Красная", цена договора с НДС - 21 736 587,52 руб.;

- договор от 01.08.2017 N 144-2 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по устройству временной подъездной дороги от ул. Больничной до северного склона горы "Красная", цена договора с НДС - 16 404 319,80 руб.;

- договор от 06.10.2017 N 196-1 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по устройству временного подъездного пути к южному склону горы "Красная" (первый этап), цена договора с НДС - 17 718 200 руб.;

Также установлено, что учреждение в 2018 году неконкурентным способом (у единственного поставщика) заключило договор от 02.08.2018 N 381-18 с ООО "Сахалинстройальянс", сроком исполнения до 30.09.2018, по предмету: "Работы по устройству технологического подъездного пути к южному склону горы "Красная", цена договора с НДС - 23 316 100 руб.

Управление установило, что заключение всех 4-х договоров было направлено на устройство временных подъездных путей до горы "Красная". Идентичности работ по всем договорам, взаимодополняемость, а также временной интервал работ, в течение которого их следовало выполнить, позволили управлению утверждать о возможности в данном случае заключения договора посредством проведения конкурентных процедур, то есть через торги.

Также управление пришло к выводу, что осуществлено заключение договоров с нарушением Положения о закупках от 25.03.2016 N 25 (с изменениями от 31.05.2016 N 26); искусственное дробление договоров на сумму до 27 млн. руб. по каждому для проведения закупки в форме "закупки у единственного поставщика" и создания видимости законности заключения договоров.

Учитывая, что предусмотренные договорами работы являются идентичными, взаимодополняемыми, выполняются на одной и той же территории, в одинаковые сроки,

управление пришло к заключению, что такие действия в своей совокупности указывают на наличие устного антиконкурентного соглашения и были произведены с целью заключения договоров с заранее определенным единственным поставщиком.

По результатам рассмотрения дела, управление вынесло решение от 31.07.2019 о признании учреждения, ООО "Доппельмайр Раша", ООО "Сахалинстройальянс" нарушившими запрет, установленный [пунктом 3 части 4 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ, что выразилось в действиях по достижению устного соглашения и по заключению договоров с единственным поставщиком без проведения конкурентных процедур, в результате чего были нарушены права потенциальных участников закупки, не были обеспечены принципы осуществления закупок: открытость, эффективность, состязательность (пункты 1, 2, 3 решения).

Пунктом 4 решения решено передать материалы дела уполномоченному должностному лицу управления для решения вопроса о возбуждении производств по делам об административных правонарушениях.

Не согласившись с решением управления от 31.07.2019, и, полагая выводы управления о вмененном нарушении несостоятельными, а свои права и законные интересы нарушенными, учреждение, ООО "Доппельмайр Раша", ООО "Сахалинстройальянс" обратились в порядке [24 АПК РФ](#) с соответствующими заявлениями в арбитражный суд, который требования ООО "Сахалинстройальянс" о признании недействительным пункта 3 резолютивной части решения управления удовлетворил, в удовлетворении требований о признании оспариваемого ненормативного акта в части пунктов 1 и 2 в отношении заказчика и общества незаконными, отказал.

Выводы суда первой инстанции поддержаны апелляционным судом.

Суд округа, рассмотрев кассационные жалобы учреждения и общества, полагает судебные акты в оспариваемой части подлежащими оставлению без изменений, исходя из следующего.

В соответствии с [частью 1 статьи 1](#) Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее - Закон о закупках, Закон N 223-ФЗ) целями регулирования настоящего Федерального [закона](#) являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в [части 2 настоящей статьи](#), в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Согласно [части 2](#) настоящий Федеральный [закон](#) устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг, в том числе автономными учреждениями.

В силу [части 1 статьи 3](#) Закона N 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики обязаны руководствоваться следующими принципами: информационная открытость закупки;

равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки; 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; отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

[Статьей 2](#) Закона N 223-ФЗ закреплены правовые основы осуществления закупок, согласно [части 1](#) которой 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.

[Частью 2](#) данной статьи определено, что положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в [частях 3.1](#) и [3.2](#) [статьи 3](#) настоящего Федерального закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

[Частью 3.1. статьи 3](#) Закона N 223-ФЗ закреплено, что конкурентные закупки осуществляются путем проведения: торгов (конкурс (открытый конкурс, конкурс в электронной форме, закрытый конкурс), аукциона (открытый аукцион, аукцион в электронной форме, закрытый аукцион), запроса котировок (запрос котировок в электронной форме, закрытый запрос котировок), запроса предложений (запрос предложений в электронной форме, закрытый запрос предложений); иными способами, установленными положением о закупке и соответствующими требованиям [части 3](#) настоящей статьи.

Согласно [части 3.2](#) данной статьи неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным [частью 3](#) настоящей статьи. Способы неконкурентной закупки, в том числе закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), устанавливаются положением о закупке.

На отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели в соответствии с [частью 1](#) [статьи 3](#) Закона N 135-ФЗ распространяются требования и ограничения, установленные [Законом](#) о защите конкуренции.

Согласно определениям, данным в [статье 4](#) указанного Закона, конкуренция - это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Недобросовестная конкуренция - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Под "вертикальным" соглашением - соглашением между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар.

Статьей 11 Закона N 135-ФЗ установлены запреты на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов.

В силу **пункта 3 части 4 статьи 11** Закона N 135-ФЗ запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со **статьей 12** настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка

Частью 6 данной **статьи** определено, что хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения, предусмотренные **частями 2 - 4** настоящей **статьи**, могут быть признаны допустимыми в соответствии со **статьей 12** или с **частью 1** **статьи 13** настоящего Федерального закона.

Частью 2 **статьи 12** Закона N 135-ФЗ закреплено, что допускаются "вертикальные" соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на товарном рынке товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения, не превышает двадцать процентов.

В рассматриваемом случае, как следует из материалов дела (оспариваемого решения управления и судебных актов первой и апелляционной инстанций), нарушение запрета, установленного **пунктом 3 части 4 статьи 11** Закона N 135-ФЗ вменено учреждению и обществу, исходя из признания их лицами, заключившими антиконкурентное "вертикальное" соглашение, то есть в качестве хозяйствующих субъектов, нарушивших основополагающие принципы осуществления закупок по правилам **Закона N 223-ФЗ**, в частности принцип обеспечения равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, и проведения закупок не в соответствии с условиями утвержденного Положения о закупках.

В силу **части 6** Закона N 135-ФЗ хозяйствующие субъекты вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения, предусмотренные **частями 2 - 4** настоящей **статьи**, могут быть признаны допустимыми в соответствии со **статьей 12** Закона о защите конкуренции.

Между тем, по выводам управления и согласившихся с ним судов, таких доказательств ни в

ходе рассмотрения дела в антимонопольном органе, ни в суде, ни учреждением, ни обществом представлено не было. Доводы заявителей об обратном, опровергнуты материалами дела.

Из материалов дела усматривается, что между заказчиком и обществом в период действия Положения о закупке от 26.03.2016 были заключены:

- договор от 01.08.2017 N 144-1 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по подготовке территории под устройство временной подъездной дороги от ул. Больничная до северного склона горы "Красная", цена договора с НДС 21 736 587,52 руб.;

- договор от 01.08.2017 N 144-2 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по устройству временной подъездной дороги от ул. Больничной до северного склона горы "Красная", цена договора с НДС 16 404 319,80 руб.

18.12.2017 к указанным договорам были заключены дополнительные соглашения N 1 к каждому, согласно которым изменен пункт 3.6 договоров, а именно: источник финансирования - средства приносящей доход деятельности, на источник финансирования закупки - за счет средств областного бюджета в рамках реализации мероприятий 6.3 "Осуществление текущего и капитального ремонта, ограждение, благоустройство и расчистка территории бюджетных и автономных учреждений". Субсидия на иные цели".

Остальные пункты договоров оставлены без изменений.

Разделом 11 Положения о закупке от 26.03.2016, и в частности пунктом 11.2.9 в редакции изменений данного пункта протоколом заседания наблюдательного совета от 31.05.2016 N 26, закреплено, что способом закупки у единственного поставщика может быть осуществлена поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд заказчика на сумму, не превышающую 15 млн. руб. (том 4, том 5).

Аналогичные право учреждения на закупку неконкурентным способом - у единственного поставщика закреплено в пунктах 11.2.6 Положений о закупке, утвержденных 02.08.2017 и 26.01.2018, изменившим размер разовой закупки до 27 млн. руб. (том 4).

Между тем, управлением установлено, судами и материалами арбитражного дела подтверждено, что по каждому из указанных договоров размер разовой закупки превысил допустимую величину, закрепленную Положением о закупке от 26.03.2016, действующим в период заключения договоров.

Также установлено, что между заказчиком и обществом был заключен договор от 06.10.2017 N 196-1 сроком исполнения до 30.12.2017 по предмету: "Работы по устройству временного подъездного пути к южному склону горы "Красная" (первый этап), цена договора с НДС - 17 718 200 руб.

Дополнительным соглашением к этому договору от 23.12.2017 также изменен пункт 3.6 об источнике финансирования работ - на средства областного бюджета, аналогично условиям изменения данного пункта в договорах N 144-1 и N 144-2.

Данный договор, составлен в период действия Положения о закупках от 01.10.2017,

допустимую величину разовой закупки не превысил.

Вместе с этим управлением и судами установлено, материалами дела подтверждается, что по всем трем названным договорам (N 144-1, N 144-2, N 196-1) разделом 2 предусмотрено, что подрядчик обязуется выполнить работы в соответствии с ведомостью объемов работ (приложение N 1) и техническим заданием (приложение N 2); место выполнения работ - Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, гора Красная (приложение N 1.1. - схема размещения) (том 3).

Согласно Техническому заданию (приложение N 2) к договорам от 01.08.2017 N 144-1 и N 144-2 - место оказания услуг - территория ОАУ "СТК "Горный воздух", протяженность дороги - не менее 5,2 км.

Согласно Техническому заданию (приложение N 2) к договору N 196-1 место оказания услуг - территория ОАУ "СТК "Горный воздух", протяженность дороги (первый этап) - не менее 2,7 км.

Согласованный сторонами всех трех договоров срок их исполнения одинаков - до 30.12.2017.

Проанализировав указанные условия спорных договоров учреждения с обществом, а также принимая во внимание содержание договора от 02.08.2018 N 381-18 учреждения с ООО "Сахалинстройальянс" - по предмету "работы по устройству технологического подъездного пути к южному склону горы Красная" (2 этап) (том 4 л.д. 44-52), суды согласились с управлением в том, что в рассматриваемом случае не усматривается экономически или иным образом обоснованной необходимости разделения работ по устройству дороги (временного подъездного пути) путем заключения нескольких договоров, совпадающих по основополагающим условиям.

Во-вторых, также, проанализировав представленные в материалы дела проектные документации по устройству временной подъездной дороги к горе Красная, выполненных в 2017 году ООО "Геоком" (работы на северном склоне) и ООО "ИВЦ "Энергоактив" (работы на южном склоне) и пояснительные записки, суды согласились с выводами управления о том, что доводы учреждения и заказчика об отсутствии злоупотребления при заключении нескольких договоров, так как такое деление требовалось, в том числе и потому, что в проектных документах предусмотрен узловый метод работ, несостоятельны и подлежат отклонению, поскольку вопреки утверждению сторон договоров в разработанной проектной документации предлагалось деление работы иным образом - на виды работ (узлы): земляные работы выемки, устройство земляного полотна, земляные работы насыпи и т.п., но не на этапы (подготовительные и основные) либо по протяженности. При этом договорами закреплено выполнение подготовительных и основных работ в один и тот же период, одновременно, что технологически необъяснимо.

Такое деление строительства объекта, по мотивированным выводам управления и судов, не может быть объяснено наличием или отсутствием своевременного финансирования.

Вместе с этим следует согласиться с суждениями управления и судов о том, что, вопреки утверждению заказчика и общества, учитывая совокупность установленных фактических обстоятельств, в рассматриваемом случае указанными лицами, как хозяйствующими субъектами, были заключены недопустимые "вертикальные соглашения", неконкурентным способом закупки, которые привели или могли привести к ограничению конкуренции из-за создания другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок, что прямо и однозначно запрещено [пунктом 3 части 4 статьи 11 Закона N 135-ФЗ](#).

При этом судами правильно отмечено, что согласно [пункту 18 части 1 статьи 4](#) Закона N 135-ФЗ под соглашением понимается - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, а в соответствии с разъяснениями, данными в [пункте 9 "Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере"](#), утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016, факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов.

Так не опровергнуты материалами дела приведенные факты выполнения аналогичных работ ранее своими силами либо путем заключения договоров конкурентным способом. Равно как и то, что при рассмотрении дела в антимонопольном органе и судах, экономическая эффективность действий заказчика доказана не была, закрепленные заказчиком в Положениях о закупке условия, позволяющие осуществлять закупку иными способами (конкурентными) использованы не были, а положения о неконкурентном способе (закупка у единственного поставщика) были нарушены и применены без учета соблюдения основных принципов закупочной деятельности, установленных [частью 1 статьи 3](#) Закона N 223-ФЗ, что и привело к ограничению конкуренции.

Как указано в [абзаце 9 пункта 9 "Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц"](#), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018, для целей экономической эффективности закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконкурентных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы). Кроме того, закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика возможна по результатам несостоявшейся конкурентной закупочной процедуры.

Таким образом, выводы и управления и судов о том, что совокупностью представленных в материалы дела доказательств подтверждено вмененное антимонопольным органом учреждению и обществу нарушение [пункта 3 части 4 статьи 11](#) Закона о защите конкуренции, являются обоснованными.

Рассматривая доводы подателей кассационных жалоб, повторно заявленные в суде округа, о неверном толковании судами положений [статьи 12](#) Закона N 135-ФЗ и допущенных управлением существенных нарушениях, из-за которых оспариваемое решение антимонопольного органа следует признать незаконным, суд кассационной инстанции соглашается с выводами судов.

В силу [части 4 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со [статьей 12](#) настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Согласно [части 6 данной статьи](#) хозяйствующий субъект вправе представить доказательства

того, что заключенные им соглашения, предусмотренные [частями 2 - 4 настоящей статьи](#), могут быть признаны допустимыми в соответствии со [статьей 12](#) или с [частью 1 статьи 13](#) настоящего Федерального закона.

Из материалов дела не усматривается, что учреждением и обществом управлению и судам были представлены соответствующие доказательства.

Учитывая выводы управления в решении, обстоятельства взаимоотношений сторон договоров, суд счел возможным указать на превышение доли каждого хозяйствующего субъекта на товарном рынке товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения двадцати процентов.

Вместе с этим, судами установлено, материалами дела подтверждается, что антимонопольный орган до принятия оспариваемого решения провел в [порядке](#), утвержденном Приказом ФАС России от 28.04.2010 N 220, анализ состояния конкуренции на товарном рынке, в том объеме, который был необходим исходя из фактически выявленных обстоятельств (том 9 л.д. 1-8).

Суды признали анализ состояния конкуренции, проведенный, по мнению судов, с некоторыми недочетами, достаточным для вывода о квалификации допущенного учреждением и обществом нарушения [статьи 11](#) Закона о защите конкуренции.

Одно лишь несогласие с содержанием анализа состояния конкуренции, оформленного управлением, причиной для признания его несоответствующим, являться не может.

Оснований для несогласия с выводами, как и полномочий для переоценки выводов двух инстанций, у суда округа, в силу предоставленных полномочий не имеется.

Доводы заявителей в кассационных жалобах о том, что неподписание заключения об обстоятельствах дела от 11.06.2019 одним из членов комиссии, оформивших его, является основанием для признания решения управления незаконным, судом округа отклоняются, поскольку такого вывода из буквального содержания положений [Закона N 135-ФЗ](#) и [Приказа](#) ФАС России от 25.05.2012 N 339 "Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации" не следует.

При этом заявители не оспаривали, что заключение по делу о нарушении антимонопольного законодательства было составлено полноправными членами комиссии, и, получив заключение, они реализовали свое право на представление соответствующих возражений, которые были рассмотрены в полном объеме со всеми полученными в ходе рассмотрения дела в антимонопольном органе материалами тем составом комиссии, который был утвержден приказом руководителя управления от 15.07.2019 N 165, и которая приняла спорное решение от 31.07.2019 (том 9).

Таким образом, доводы кассационных жалоб учреждения и общества не нашли подтверждения при рассмотрении дела в суде округа.

Поскольку судами правильно установлены все имеющие существенное значение для разрешения спора обстоятельства, верно применены нормы материального права, нарушений процессуальных норм, в том числе влекущих безусловную отмену обжалуемых судебных актов, не выявлено, кассационные жалобы - удовлетворению, а судебные акты в оспариваемых частях по доводам изложенным в жалобах - отмене, не подлежат.

Излишне уплаченная учреждением за рассмотрение кассационной жалобы государственная пошлина в сумме 1 500 руб. подлежит возврату из федерального бюджета применительно к [подпункту 1 пункта 1 статьи 333.40 НК РФ](#).

Руководствуясь [статьями 104, 286 - 289](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Дальневосточного округа

постановил:

решение от 03.03.2020 в обжалуемой части, [постановление](#) Пятого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2020 по делу N А59-5591/2019 Арбитражного суда Сахалинской области оставить без изменения, кассационные жалобы - без удовлетворения.

Возвратить Областному автономному учреждению "Спортивно-туристический комплекс "Горный воздух" из федерального бюджета государственную пошлину за рассмотрение кассационной жалобы в сумме 1500 руб., излишне уплаченную по платежному поручению от 03.08.2020 N 1592.

Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в Судебную коллегию 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 судья
И.М.ЛУГОВАЯ

Судьи
А.И.МИХАЙЛОВА
Е.П.ФИЛИМОНОВА