



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)

ЗАМЕСТИТЕЛЬ
РУКОВОДИТЕЛЯ

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

Руководителям территориальных
органов ФАС России
(по списку)

26.10.2018 № ПП/86694/18

На № _____ от _____

О практике применения концессионного
законодательства при заключении
концессионного соглашения

Федеральная антимонопольная служба в соответствии с пунктом 70 Плана оказания методической помощи территориальным органам ФАС России в 2018 году, утвержденного приказом ФАС России № 508/18 от 19.04.2018, по вопросам практики применения концессионного законодательства при заключении концессионных соглашений сообщает следующее.

1. О положениях Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон о концессионных соглашениях), способствующих созданию преимущественных условий отдельным участникам конкурса или условий, необоснованно ограничивающих круг участников конкурсов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях, за исключением случаев проведения конкурсов в отношении объектов теплоснабжения, централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельных объектов таких систем, конкурсная документация должна содержать требования, которые предъявляются к участникам конкурса (в том числе требования к их квалификации, профессиональным, деловым качествам) и в соответствии с которыми проводится предварительный отбор участников конкурса.

При этом практика рассмотрения ФАС России жалоб на действия организаторов торгов при проведении конкурсов на право заключения концессионных соглашений свидетельствует о распространенности случаев



установления организатором торгов (концедентом) в конкурсной документации требований о наличии у участников конкурса опыта финансирования проектов по созданию (реконструкции) объектов инфраструктуры, требований к финансовой состоятельности (среднегодовому объему выручки).

В пользу установления данного требования организаторами торгов приводятся доводы о наличии негативной практики неисполнения концессионных соглашений в различных субъектах Российской Федерации ввиду невозможности победителями конкурсов обеспечить финансирование реализации проектов и стремления организаторов торгов заключить концессионные соглашения с хозяйствующими субъектами, которые имеют реальный опыт финансирования и привлечения денежных средств на реализацию проекта, способны исполнить принятые на себя обязательства и подтвердившие данную способность на практике.

Между тем в соответствии с пунктом 6.1 части 1 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях существенным условием концессионного соглашения являются способы обеспечения исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению (предоставление безотзывной банковской гарантии, передача концессионером концеденту в залог прав концессионера по договору банковского вклада (депозита), осуществление страхования риска ответственности концессионера за нарушение обязательств по концессионному соглашению), размеры предоставляемого обеспечения и срок, на который оно предоставляется.

Согласно части 1 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях конкурсная документация должна содержать указание на способы обеспечения концессионером исполнения обязательств по концессионному соглашению, требования к победителю конкурса о представлении документов, подтверждающих обеспечение исполнения обязательств концессионера по концессионному соглашению в соответствии с установленными Законом о концессиях способами обеспечения исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению, а также требования к таким документам.

В соответствии с частью 1 статьи 36 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение может быть заключено только после предоставления победителем конкурса документов, подтверждающих обеспечение исполнения обязательств по концессионному соглашению.

Таким образом, исходя из положений Закона о концессионных соглашениях возможности исполнения обязательств по концессионному соглашению подтверждаются на этапе заключения концессионного соглашения победителем конкурса путем предоставления финансовых гарантий.

Более того, с учетом постоянно изменяющейся экономической конъюнктуры и рисков, связанных с осуществлением участниками конкурса коммерческой деятельности в рамках реализации иных проектов, наличие или отсутствие у участников конкурса в прошлом опыта финансирования создания (реконструкции) объектов инфраструктуры не может подтверждать или

опровергать их возможности осуществлять реализацию концессионного соглашения, заключаемого по итогам проведения конкурса, и не характеризует квалификацию, профессиональные и деловые качества участников конкурса, требования к которым могут быть установлены в соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях.

Согласно части 3 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях конкурсная документация не должна содержать требования к участникам конкурса, необоснованно ограничивающие доступ какого-либо из участников конкурса к участию в конкурсе и (или) создающие кому-либо из участников конкурса преимущественные условия участия в конкурсе.

Таким образом, установление в конкурсной документации требования о наличии у участников конкурса опыта финансирования создания (реконструкции) объектов инфраструктуры, к финансовой состоятельности может привести к необоснованному ограничению доступа к участию в конкурсе и будет являться нарушением части 3 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях.

Данный вывод ФАС России также поддержан Верховным судом, судами апелляционной, кассационной инстанции по делу №А51-26651/16.

2. О единых требованиях к лицам, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения (далее также — инициаторы), а также иным лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на право заключения концессионного соглашения в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения (далее также - иные лица).

Согласно части 4.1 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение может быть заключено по инициативе лиц, указанных в пункте 2 части 1 статьи 5 Закона о концессионных соглашениях и отвечающих требованиям, предусмотренным частью 4.11 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях, в порядке, установленном частями 4.2-4.10 и 4.12 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях.

В соответствии с частью 4.3 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях в предложении о заключении концессионного соглашения лицо указывает сведения о соответствии этого лица установленным требованиям, а также сведения, подтверждающие соответствие его инициативы программам комплексного развития систем коммунальной инфраструктуры поселений, городских округов, государственным программам Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальным программам, за исключением случаев, если объектом концессионного соглашения являются объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем. Форма предложения о заключении концессионного соглашения утверждается Правительством Российской Федерации.

Форма предложения о заключении концессионного соглашения с лицом,

выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения, установлена постановлением Правительства Российской Федерации от 31.03.2015 № 300 (далее – постановление № 300).

При этом постановлением № 300 устанавливается, в том числе перечень документов, представляемых в подтверждение соответствия инициатора установленным требованиям.

Согласно частям 4.7, 4.8 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях в случае принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения на предложенных инициатором условиях или на иных условиях, чем предложено инициатором заключения соглашения, орган, уполномоченный Правительством Российской Федерации, либо субъектом Российской Федерации, либо муниципальным образованием на рассмотрение предложения о заключении концессионного соглашения, в десятидневный срок со дня принятия указанного решения размещает на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации (далее – официальный сайт), предложение о заключении концессионного соглашения в целях принятия заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, определенных в предложении о заключении концессионного соглашения, или на иных условиях, чем предложено инициатором, в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения, от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым частью 4.1 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях к инициатору.

Таким образом, принимая во внимание, что в соответствии с частями 4.7 и 4.8 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях иные лица должны соответствовать требованиям, предъявляемым к инициатору, и только поступление заявок от таких лиц будет являться основанием для проведения конкурса в соответствии с частью 4.9 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях, требования к составу документов, подтверждающих сведения о соответствии иных лиц установленным законом требованиям, также должны быть едиными.

Вышеизложенное также подтверждается решениями судов по делам А76-6112/2016, А76-21861/2016, А50-24416/2017.

По мнению ФАС России, утвержденная постановлением № 300 форма представления сведений о соответствии инициатора требованиям может применяться также и к лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, при условии установления уполномоченным органом требования к данной форме в рамках размещения информации об инициативе заключения концессионного соглашения на официальном сайте.

В частности, для подтверждения сведений, установленных пунктом 3

части 4.11 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях, инициатором представляются справки налогового органа, территориального органа Пенсионного фонда Российской Федерации и территориального органа Фонда социального страхования Российской Федерации о состоянии расчетов принципала (плательщика сбора, налогового агента) по налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации, подтверждающие исполнение принципалом обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, отсутствие задолженности по уплате обязательных платежей, а также задолженности по уплате процентов за пользование бюджетными средствами, соответствующих пеней, штрафов и иных финансовых санкций.

В соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 32 Налогового кодекса Российской Федерации налоговые органы обязаны представлять налогоплательщику, плательщику сбора или налоговому агенту по его запросу справки о состоянии расчетов указанного лица по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам и справки об исполнении обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов на основании данных налогового органа

Приказом ФНС России от 28.12.2016 № ММВ-7-17/722@ утверждена форма справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам.

Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@ утверждена форма справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов.

Таким образом, справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам и справки об исполнении обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов в составе заявки о готовности к участию в конкурсе на право заключения концессионного соглашения представляются иными лицами по установленной форме.

При этом в соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) Федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Учитывая изложенное, необъявление конкурса в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения, в случае поступления от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым частью 4.1 статьи 37 Закона о концессионных

соглашениях к лицу, выступающему с инициативой заключения концессионного соглашения, и заключение концессионного соглашения с инициатором может содержать признаки нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

3. О заявках от иных лиц о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, отличных от условий, предусмотренных в проекте концессионного соглашения, входящем в состав предложения о заключении концессионного соглашения.

Согласно частям 4.7, 4.8 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях в случае принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения на предложенных инициатором условиях или на иных условиях, согласованных уполномоченным органом по итогам проведения переговоров с инициатором заключения концессионного соглашения (далее — согласованные уполномоченным органом условия), уполномоченный орган в десятидневный срок со дня принятия указанного решения размещает на официальном сайте предложение о заключении концессионного соглашения в целях принятия заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым частью 4.1 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях к лицу, выступающему с инициативой заключения концессионного соглашения.

При этом условия заключения концессионного соглашения, предложенные инициатором и согласованные уполномоченным органом, не должны не допускать, ограничивать, устранять конкуренцию.

Согласно части 4.9 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях в случае, если в сорокапятидневный срок с момента размещения на официальном сайте предложения о заключении концессионного соглашения поступили заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения, от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым Законом о концессионных соглашениях к концессионеру, а также требованиям, предъявляемым частью 4.1 данной статьи, уполномоченный орган обязан разместить данную информацию на официальном сайте. В этом случае заключение концессионного соглашения осуществляется на конкурсной основе в порядке, установленном Законом о концессионных соглашениях.

Из совокупного толкования указанных выше норм следует, что иные лица подают заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения в отношении государственного (муниципального) имущества на согласованных уполномоченным органом условиях, определенных в предложении о заключении концессионного соглашения, размещенных на официальном сайте.

В случае поступления в установленном порядке заявок от иных лиц проводится конкурс на заключение концессионного соглашения в отношении

объекта государственного (муниципального) имущества на согласованных уполномоченным органом условиях, определенных в предложении о заключении концессионного соглашения, размещенном на официальном сайте.

Согласно постановлению № 300 проект концессионного соглашения входит в состав предложения о заключении концессионного соглашения.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 23 Закона о концессионных соглашениях конкурсная документация должна содержать условия концессионного соглашения в соответствии со статьями 10 и 42 Закона о концессиях.

Следовательно, при проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения в соответствии с частью 4.9 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях конкурсная документация, а также проект концессионного соглашения должны содержать существенные условия, установленные в соответствии со статьями 10 и 42 Закона о концессионных соглашениях, и позволяющие заключить концессионное соглашение на условиях, указанных в предложении о заключении концессионного соглашения.

При этом конкурсная документация и проект концессионного соглашения не должны содержать условий, ограничивающих доступ к участию в конкурсе и (или) создающих кому-либо из участников конкурса преимущественные условия участия в конкурсе.



Р.А. Петросян