

(уведомление о поступлении жалобы

и о приостановлении торгов)

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – Новосибирское УФАС России) поступила жалоба Публичного акционерного общества «Ростелеком», макрорегионального филиала «Сибирь» (вх. № 20727 от 20.11.2020г.) на действия организатора конкурса Департамента промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска при проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении дорожного сервиса на территории города Новосибирска (№ извещения 141020/22037659/02).

Заявитель сообщает следующее.

Согласно ч. 1 ст. 3 Закона о концессиях по концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением» (объект концессионного соглашения).

При этом, согласно п. 2.1.1 и иных положений Документации, а также аналогичных положений Соглашения объект концессионного соглашения создается путем реконструкции недвижимого имущества, входящего в состав объекта концессионного соглашения, и монтажа на остановках общественного транспорта движимого имущества, входящего в состав концессионного соглашения.

Таким образом, исходя как из буквального, так и системного толкования положений Закона о концессиях:

1. Не предусмотрено «создание объекта путем реконструкции». Возможно либо создать, либо реконструировать объект, либо и то и другое одновременно.

2. Не предусмотрено «создание объекта путем монтажа».

Кроме того, исходя из условий Документации имеет место не монтаж, а создание движимого имущества «под ключ».

Таким образом, имеется прямое противоречие требованиям Закона о концессиях изложения предмета конкурса в Документации.

Сохранение в Документации указанного несоответствия создает последующие риски формального оспаривания Соглашения в судебном порядке со стороны заинтересованных лиц по основанию порока содержания Соглашения

Подобные обстоятельства, в свою очередь определяют риски приостановления исполнения Соглашения и иные неблагоприятные последствия для концессионера, что является недопустимым с учётом специфики распределения обязательств, размера ответственности и иных условий Соглашения.

Согласно п. 2.2.12 Документации и п. 9.3.1 Соглашения размер концессионной

платы может быть изменен концедентом в одностороннем порядке в связи с изменением уровня инфляции путем умножения размера ежеквартальной концессионной платы на прогнозируемый в очередном финансовом году уровень инфляции (индекс потребительских цен) и по иным не противоречащим действующему законодательству основаниям, но не чаще одного раза в год. При этом, в соответствии с п. 3.1 Документации размер концессионной платы является критерием открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения.

Т.е. предложение о размере концессионной платы заявляется концессионером в конкурсном предложении.

В соответствии с ч. 3 ст. 13 Закона о концессиях условия концессионного соглашения, определенные на основании решения о заключении концессионного соглашения и конкурсного предложения концессионера по критериям конкурса, могут быть изменены по соглашению сторон концессионного соглашения на основании решения органа местного самоуправления (для концессионного соглашения, концедентом в котором является муниципальное образование).

Таким образом, условие Документации о праве Концедента на одностороннее изменение размера концессионной платы в одностороннем порядке по любым не противоречащим законодательству основаниям прямо противоречит требованиям Закона о концессиях.

В соответствии с ч. 8 ст. 3 Закона о концессиях концессионер несет риск случайной гибели или случайного повреждения объекта концессионного соглашения с момента передачи ему этого объекта, если иное не установлено концессионным соглашением. Концессионным соглашением на концессионера может быть возложена обязанность осуществить за свой счет страхование риска случайной гибели и (или) случайного повреждения объекта концессионного соглашения.

Согласно условий Соглашения риск случайной гибели и повреждения объекта и соответственно, расходы на восстановление объекта в случае его повреждения или гибели несет именно концессионер (п. 2.9 Соглашения).

Однако, в соответствии с п. 2.2.10 Документации, п.п. 11.10, 2.9 Соглашения концессионер обязан за свой счет осуществлять в пользу мэрии города Новосибирска страхование риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения в течение срока действия концессионного соглашения.

Ответом на п. 8 запроса разъяснений Концедент подтвердил, что по условиям документации, действительно, именно Концедент неосновательно получает страховое возмещение, а концессионер при этом, несет расходы на восстановление объекта при его повреждении или гибели.

Исходя из сущности страховых отношений, предусмотренных гл. 48 Гражданского кодекса РФ именно концессионер, неся риск случайной гибели и повреждения имущества, а не Концедент, должен получать страховое возмещение в случае наступления страхового случая. Как следствие, в текущей редакции

Документации и Соглашения, Концедент будет необоснованно получать неосновательное обогащение за счет суммы страхового возмещения, не неся при этом обязанности по возмещению Концессионеру стоимости произведенного им ремонта/восстановления объекта.

С учетом изложенного, полагаем, что условие Документации о страховании риска случайной гибели и (или) случайного повреждения объекта в пользу мэрии города Новосибирска противоречат требованиям Закона о концессиях, положениям гл. 48 ГК РФ и являются злоупотреблением правом в толковании ст. 10 Гражданского кодекса РФ.

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 8 Закона о концессиях: «концессионер вправе пользоваться на безвозмездной основе в порядке, установленном концессионным соглашением, и при соблюдении установленных этим соглашением условий конфиденциальности исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, полученными концессионером за свой счет при исполнении концессионного соглашения, в целях исполнения своих обязательств по концессионному соглашению».

В соответствии с п. 2.2.7 Документации концессионер обязан за свой счёт обеспечить разработку и (или) приобретение программного обеспечения, необходимого для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

При этом, ни Документацией, ни Соглашением не определен порядок пользования соответствующими исключительными правами.

В ответе на п. 9 запроса разъяснений Концедент не разъяснил чем обусловлено отсутствие в проекте концессионного соглашения порядка пользования исключительными правами.

П. 5.5 Соглашения предусмотрено, что концессионер вправе передавать объект концессионного соглашения в пользование третьим лицам с момента подписания Соглашения на срок, не превышающий срока, указанного в пункте 8.1 Соглашения, при условии соблюдения такими лицами обязательств, предусмотренных Соглашением»

Соглашением не предусмотрена обязанность концессионера получать согласие концедента на указанную передачу.

В ответе на п. 5 запроса разъяснений Концедент подтвердил, что получать согласие Концедента на передачу объекта в пользование третьим лицам не требуется.

При этом, согласно ст. 8 Закона о концессиях при исполнении концессионного соглашения концессионер вправе передавать с согласия концедента в порядке, установленном федеральными законами и условиями концессионного соглашения, объект концессионного соглашения и (или) иное передаваемое концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущество в пользование третьим лицам.

С учетом изложенного, указанные положения Соглашения, противоречат требованиям Закона о концессиях не предусматривающего право сторон

Соглашения исключить необходимость получать согласие Концедента на передачу объекта в пользование третьим лицам, а также создают риски последующего оспаривания данного условия Соглашения.

Согласно ответа на п. 13 запроса разъяснений в случае если концессионер создал объект концессионного соглашения, не соответствующий согласованной проектной документации, имеет место применение раздела XI концессионного соглашения.

При этом, согласно п. 3.2.1 Соглашения при обнаружении Концессионером несоответствия проектной документации требованиям, установленным Соглашением, требованиям технических регламентов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации Концессионер несет ответственность перед Концедентом в порядке, указанном в разделе XI Соглашения».

Т.е. содержание ответа на запрос разъяснений противоречит буквальному содержанию п. 3.2.1 Соглашения.

В ответе на запрос разъяснений указано о «несоответствии объекта проектной документации», а в п. 3.2.1 Соглашения о «несоответствии самой проектной документации».

Концессионер не может нести ответственность за несоответствие установленным требованиям самой проектной документации, т.к. согласно 2.2.2 Документации проектная документация предварительно в обязательном порядке согласовывается с Концедентом.

Заявитель считает, необходимым внести в конкурсную документацию соответствующие изменения в целях устранения данного противоречия.

Целями Закона о концессиях являются привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям.

Заявитель считает, что размещение Документации, содержащей как условия противоречащие требованиям законодательства, так и имеющей внутренние противоречия, не способствует достижению указанных целей, так как возлагает на концессионеров ничем необоснованные риски и обременения, что в конечном итоге влияет на принятие потенциальными концессионерами решений об участии в конкурсе, и соответственно отрицательно влияет на конкуренцию, необоснованно её ограничивая.

В соответствии с ч. 6 ст. 23 Закона о концессиях, Концедент вправе вносить изменения в конкурсную документацию при условии обязательного продления срока представления заявок на участие в конкурсе или конкурсных предложений не менее чем на тридцать рабочих дней со дня внесения таких изменений.

Информация о поступлении указанной жалобы размещена на официальном сайте Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области:

В соответствии с частью 15 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, действия (бездействие) которых обжалуются, обязаны представить на рассмотрение жалобы по существу документацию о торгах, изменения, внесенные в конкурсную документацию, документацию об аукционе, заявки на участие в конкурсе, заявки на участие в аукционе, протоколы вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в аукционе, протоколы оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе, протоколы аукциона, аудио-, видеозаписи и иные документы и сведения, составленные в ходе организации и проведения торгов.

На основании вышеизложенного, Департаменту промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска надлежит представить в Новосибирское УФАС России в срок **до 27.11.2020 года** документы и сведения, указанные в части 15 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Со дня направления уведомления, торги приостанавливаются до рассмотрения жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии по существу.

В случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому направлено уведомление о поступлении жалобы и о приостановлении торгов до рассмотрения жалобы по существу, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор, заключенный с нарушением установленного требования, является ничтожным.

Рассмотрение жалобы по существу комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области состоится **01.12.2020 г. в 14-45 часов**, по адресу: г. Новосибирск, ул. Кирова, 3, каб. 915.

Организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, заявитель, а также лица, подавшие заявки на участие в торгах, вправе направить в антимонопольный орган возражение на жалобу или дополнение к ней. Возражение на жалобу направляется в антимонопольный орган **не позднее, чем за два рабочих дня до дня рассмотрения жалобы**.

*Сообщаем, что в связи с необходимостью принятия мер по нераспространению новой коронавирусной инфекции, личные приемы ограничены. Рассмотрение жалобы будет проходить по видеоконференции, для участия необходимо перейти по ссылке <https://fas3.tconf.rt.ru/c/0625163826>.*

Для участия в дистанционном рассмотрении жалобы необходимо направить доверенности представителей на адрес электронной почты Новосибирского УФАС России.

Примечание:

Ответственность за непредставление информации антимонопольному органу либо

представление недостоверных сведений предусмотрена статьей 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях