

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «02» июня 2023 года.

В полном объеме решение изготовлено «09» июня 2023 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; членов Апелляционной коллегии: <...> – <...>; <...> – <...>; <...> – <...>; <...> – <...>;

в присутствии, в том числе по видео-конференц-связи: от ООО «Школа Будущего»: <...> (по доверенности); от ООО «ГрадиентСтрой»: <...> (по доверенности); от Забайкальского УФАС России: <...> – <...>, <...> – <...>,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Школа Будущего» (далее также – Заявитель, Общество) на решение Забайкальского УФАС России от 14.03.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 075/01/16-121/2022 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ООО «Школа Будущего» на решение Забайкальского УФАС России от 14.03.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 075/01/16-121/2022 (далее соответственно – Жалоба, Решение, Дело).

Решением Забайкальского УФАС России действия Министерства строительства, дорожного хозяйства и транспорта Забайкальского края (далее – Министерство) и ООО «Школа Будущего» по заключению антиконкурентного соглашения, выразившегося в необъявлении конкурса в отношении объекта концессионного соглашения при поступлении заявок от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым частью 4.11 статьи 37 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон о концессионных соглашениях), принятии решения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения без проведения торгов, а также в заключении дополнительного соглашения без согласования с антимонопольным органом, признаны нарушением пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции.

ООО «Школа Будущего» с вынесенным Решением не согласно, считает, что оно нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить. Доводы Заявителя изложены в Жалобе.

В частности, ООО «Школа Будущего» в Жалобе указывает следующее:

- в решении по Делу отсутствует описание необходимой совокупности доказательств заключения ответчиками антиконкурентного соглашения;
- комиссией Забайкальского УФАС России не в полном объеме исследованы обстоятельства

Дела, доказательствам, представленным ООО «Школа Будущего» в ходе рассмотрения Дела, не дана правовая оценка;

– в ходе рассмотрения Дела Забайкальским УФАС России допущены процессуальные нарушения: в том числе в нарушение требований части 14 статьи 44 Закона о защите конкуренции определение о назначении дела к рассмотрению не содержит оснований, послуживших поводом к возбуждению дела, описания выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства; заключение об обстоятельствах дела не оглашалось председателем комиссии Забайкальского УФАС России.

Забайкальским УФАС России в рамках рассмотрения Дела установлено следующее.

В адрес Забайкальского УФАС России поступили материалы прокуратуры Забайкальского края в рамках проверки, проведенной по поручению Генеральной прокуратуры Российской Федерации на основании обращения председателя комитета Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации по экономической политике <...> по результатам рассмотрения обращения ООО «ГрадиентСтрой».

09.08.2021 ООО «Школа Будущего» обратилось в Правительство Забайкальского края с предложением о заключении концессионного соглашения в отношении объекта недвижимости «Средняя общеобразовательная школа на 800 ученических мест в городском округе «Город Чита», мкр. Каштакский» с приложением проекта такого соглашения.

При этом пунктом 2 постановления Правительства Забайкальского края от 09.07.2021 № 245 «О внесении изменений в постановление Правительства Забайкальского края от 30 апреля 2021 года № 165» Министерство определено исполнительным органом государственной власти Забайкальского края, уполномоченным на принятие решения о заключении концессионного соглашения, организацию конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объекта образования, создаваемого в рамках проекта, на реализацию которого предоставляются субсидии из федерального бюджета бюджетам отдельных субъектов Российской Федерации на софинансирование расходных обязательств субъектов Российской Федерации, возникающих при реализации региональных проектов, предусматривающих создание в субъектах Российской Федерации дополнительных мест в общеобразовательных организациях в связи с ростом числа обучающихся, вызванным демографическим фактором, в рамках государственной программы Российской Федерации «Развитие образования», утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 26 декабря 2017 года № 1642, и на заключение концессионного соглашения в отношении объекта недвижимого имущества средняя общеобразовательная школа на 800 ученических мест в городском округе «Город Чита», мкр. Каштакский».

21.09.2021 предложение ООО «Школа Будущего» Министерством опубликовано на сайте для размещения информации о проведении торгов <https://torgi.gov.ru>. Дата и время окончания подачи заявок – 10.11.2021 17:30.

В рамках указанного срока в адрес Министерства поступили 2 заявки иных хозяйствующих субъектов (ООО «ГрадиентСтрой» от 08.11.2021 и ООО «Алюком» от 10.11.2021) о готовности к участию в конкурсе на право заключения концессионного соглашения, по результатам рассмотрения которых Министерством было принято решение о несоответствии указанных заявок требованиям статьи 37 Закона о концессионных соглашениях и постановления Правительства Российской Федерации № 300 от 31.03.2015 «Об утверждении формы предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения» (далее – Постановление № 300).

На основании части 4.10 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях заключено концессионное соглашение от 26.11.2021 № 19/2021-125 (далее – Концессионное соглашение) с инициатором проекта – ООО «Школа Будущего» без проведения торгов.

Забайкальским УФАС России в ходе рассмотрения Дела установлено, что ООО «Школа Будущего» при подаче предложения на заключение Концессионного соглашения не соответствовало положениям пункта 4 части 4.11 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях.

Также пунктом 6.1.13 Концессионного соглашения было предусмотрено, что в целях получения субсидии для выплаты капитального гранта (части средств капитального гранта) для целей финансового обеспечения (авансирования) исполнения обязательств концессионером на создание (далее – авансовые платежи капитального гранта) в соответствии с пунктом 4.4 Приложения № 12 (Денежные обязательства концедента) концессионер обязан представить безотзывную банковскую гарантию в размере, который не может быть менее совокупного размера запрашиваемых авансовых платежей капитального гранта за вычетом сумм, в отношении которых концессионер уже подтвердил целевое расходование в соответствии с пунктом 2.12.1 Приложения № 12 (Денежные обязательства концедента). Указанная банковская гарантия должна быть действительна с даты, в которую концессионер обращается за авансовым платежом капитального гранта и до истечения одного месяца с даты окончания срока, указываемого концессионером в документах к заявлению на предоставление субсидии в целях выплаты капитального гранта в соответствии с пунктом 13.1.1.3.2 Приложения № 12 (Денежные обязательства концедента).

Министерством и ООО «Школа Будущего» заключено дополнительное соглашение № 19/2021-125/1 от 24.12.2021 к Концессионному соглашению (далее – Дополнительное соглашение), которым изменена редакция пункта 6.1.13 Концессионного соглашения в части способа финансового обеспечения концессионером обязательств при выплате авансовых платежей. Так, внесены изменения в порядок предоставления способа обеспечения авансовых платежей капитального гранта – в новой редакции от 24.12.2021 концессионер предоставляет банковскую гарантию для авансирования только в том случае, если не осуществляется Казначейское сопровождение Концессионного соглашения.

При этом согласие антимонопольного органа в нарушение части 3.8 статьи 13 Закона о концессионных соглашениях на изменение указанного условия Концессионного соглашения получено не было, что в том числе отражено в акте Контрольно-счетной палаты Забайкальского края от 25.02.2022 № 1-22/КФ-А-КСП (далее — Акт).

Кроме того, в Акте отмечено, что Концессионное соглашение между ответчика заключено на невыгодных для Забайкальского края условиях.

По результатам рассмотрения жалобы ООО «Школа Будущего» на решение Забайкальского УФАС России от 14.03.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 075/01/16-121/2022 Апелляционная коллегия установила следующее.

Пунктом 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности к ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции соглашение – это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

В пункте 33 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 №

2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» указано, что антимонопольному контролю в соответствии со статьями 15 и 16 Закона о защите конкуренции подлежат нормативные и индивидуальные правовые акты, иные решения лиц, перечисленных в пункте 2 части 1 статьи 1 Закона о защите конкуренции, их действия (бездействие), соглашения и (или) согласованные действия, способные влиять на конкуренцию на товарных рынках, в том числе принятые (совершенные) в связи с реализацией властных полномочий.

Факт заключения ограничивающего конкуренцию соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

Аналогичная позиция изложена в Разъяснении № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденном протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3.

Кроме того, исходя из 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 от 16.03.2016, факт заключения хозяйствующими субъектами ограничивающего соглашения может быть доказан с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

Указанная позиция также находит отражение в судебной практике, например, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 суд указал, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

Апелляционная коллегия отмечает, что при подаче заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения заинтересованное лицо только декларирует свое соответствие установленным Законом о концессионных соглашениях требованиям, так как подача такой заявки не влечет возникновение у него права на автоматическое заключение концессионного соглашения и означает лишь возникновение у уполномоченного органа обязанности по переходу к процедуре заключения концессионного соглашения по общим правилам, то есть принятию мер по организации и проведению соответствующего конкурса.

Указанный подход подтверждается сложившейся судебной практикой, а именно в Постановлениях Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 02.02.2023 № Ф01-7189/2022 по делу № А43-939/2022, от 02.02.2023 № Ф01-7733/2022, от 02.02.2023 № Ф01-7180/2022 по делу № А43-930/2022, от 13.01.2023 № Ф01-6636/2022 по делу № А43-936/2022, от 04.10.2022 № Ф01-4917/2022 по делу № А17-6919/2021, Постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16.12.2022 № Ф08-11763/2022 по делу № А53-44256/2021, а также в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 22.06.2022 № Ф09-1791/22 по делу № А47-3798/2021.

В ходе рассмотрения Дела Забайкальским УФАС России установлена следующая совокупность обстоятельств, указывающих на заключение Министерством и ООО «Школа Будущего» антиконкурентного соглашения, запрещенного пунктом 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции:

1. Действия Министерства по неправомерному отклонению заявок ООО «Алюком», ООО «ГрадиентСтрой», выразивших готовность к участию в конкурсе, и непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в связи с наличием заявок от лиц, готовых участвовать в конкурсе.
2. Заключение Министерством Концессионного соглашения с ООО «Школа будущего»

осуществлено в нарушение части 4.9 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях без проведения конкурса, и, соответственно, без применения фактора экономии бюджетных денежных средств и/или улучшения условий.

3. Заключение Дополнительного соглашения к Концессионному соглашению об изменении существенного условия соглашения в части изменения способа обеспечения исполнения обязательства на Казначейское сопровождение без согласования с антимонопольным органом в нарушение части 3.8 статьи 13 Закона о концессионных соглашениях.

4. Заключение Концессионного соглашения между ответчиками на невыгодных для Забайкальского края условиях.

По мнению Апелляционной коллегии, указанная совокупность доказательств о заключении антиконкурентного соглашения является достаточной для квалификации действий Министерства и ООО «Школа Будущего» по пункту 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции.

В части довода Жалобы об изменении способа обеспечения исполнения обязательств по Концессионному соглашению Апелляционная коллегия отмечает.

Законом о концессионных соглашениях установлено, что имущество, являющееся объектом концессионного соглашения, создается за счет концессионера.

В соответствии с частью 13 статьи 3 Закона о концессионных соглашениях концедент вправе принимать на себя часть расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения.

Пункт 9 части 2 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях не допускает полное возмещение затрат концессионера на строительство за счет концессионера.

Как указано в приведенной норме, концессионное соглашение может содержать условия об обязательстве концедента по финансированию части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Таким образом, из приведенных положений Закона о концессионных соглашениях следует, что законодателем императивно закреплено две возможных модели финансирования создания имущества, являющегося объектом концессионного соглашения: полностью за счет концессионера или за счет концессионера при частичном финансировании концедентом.

Указанные выводы подтверждаются судебной практикой, в частности, актами судов всех инстанций по делу № А40-23141/17.

Апелляционная коллегия в отношении соответствия требованиям Закона о концессионных соглашениях ООО «Школа Будущего» при подаче предложения о заключении концессионного соглашения и заключении Концессионного соглашения отмечает.

Согласно статье 369 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Требование об определенной денежной сумме считается соблюденным, если условия независимой гарантии позволяют установить подлежащую выплате денежную сумму на момент исполнения обязательства гарантом.

Независимая гарантия выдается в письменной форме (пункт 2 статьи 434 ГК РФ), позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром.

Независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями.

Так, лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать требованиям, в том числе о наличии средств или возможности их получения в размере не менее пяти процентов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций (предельного размера расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые предполагается осуществить концессионером, на каждый год срока действия концессионного соглашения) (пункт 4 части 4.11 статьи 37 Закона о концессионных соглашениях).

Пунктом 2.1.2 приложения № 13 к проекту концессионного соглашения установлен предельный объем инвестиций в размере 1 513 008 700 рублей.

Соответственно, на момент подачи предложения о заключении концессионного соглашения ООО «Школа Будущего» в силу требований Закона о концессионных соглашениях должно было иметь в наличии средства или возможность их получения в размере не менее 75 650 435 рублей.

В ходе рассмотрения Дела Забайкальское УФАС России установило, что факт наличия у ООО «Школа Будущего» банковской гарантии на сумму 23 400 000 рублей подтвержден ПАО «Совкомбанк» 06.05.2022 (через 5,5 месяцев после заключения Концессионного соглашения).

Указанными материалами Дела также подтверждается факт начала строительства объекта в марте 2022 года (после получения гранта на сумму 514,62 млн рублей).

Доказательства наличия у ООО «Школа Будущего» средств в размере 75 650 435 рублей либо возможности их получения в Деле отсутствуют.

При этом письма Филиала «Газпромбанка» АО «Дальневосточный» от 09.08.2021 № Ф42/042-3/2465 и от 18.08.2021 № Ф42/042-3/2602 не содержат юридических обязательств со стороны кредитной организации о финансировании проектирования, строительства и эксплуатации объекта образования «Средняя общеобразовательная школа на 800 ученических мест в городском округе «Город Чита», мкр. Каштакский».

Таким образом, на момент заключения Концессионного соглашения ООО «Школа Будущего» не соответствовало требованиям, установленным Законом о концессионных соглашениях к инициатору заключения концессионного соглашения.

Изучив представленные материалы Дела, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Дополнительное соглашение к Концессионному соглашению заключено без согласования с антимонопольным органом в нарушение требований законодательства Российской Федерации.

Изменение существенных условий концессионного соглашения, концедентом в котором является субъект Российской Федерации или муниципальное образование, осуществляется по согласованию с антимонопольным органом (часть 3.8 статьи 13 Закона о концессионных соглашениях).

Так, в соответствии с пунктом 6.1 части 1 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение должно включать в себя существенные условия в том числе 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.

На основании изложенного, способ финансового обеспечения концессионером обязательств при выплате авансовых платежей являлся существенным условием Концессионного соглашения, и его изменение требовало получения согласия антимонопольного органа.

В отношении процессуальных нарушений, допущенных, по мнению ООО «Школа Будущего», Забайкальским УФАС России при рассмотрении Дела, Апелляционная коллегия отмечает.

Так, ООО «Школа Будущего» указывает, что определение о назначении Дела к рассмотрению не соответствует части 14 статьи 44 Закона о защите конкуренции.

Из положений Закона о защите конкуренции не следует, что неуказание каких-либо сведений в определении о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению является существенным нарушением и само по себе служит основанием для признания его незаконным.

Указанная позиция также поддерживается судами, например, постановлением Арбитражного суда Московского округа от 16.06.2020 № Ф05-3645/2020 по делу № А40-118508/2019.

Право принятия антимонопольным органом решения о продлении комиссией срока рассмотрения дела установлено частью 1 статьи 45 Закона о защите конкуренции.

При этом порядок принятия такого решения Законом о защите конкуренции не установлен.

Согласно пункту 8 части 3 статьи 45 Закона о защите конкуренции председатель комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства оглашает заключение об обстоятельствах дела.

Материалами дела подтверждается факт оглашения заключения об обстоятельствах дела № 075/01/16-121/2022 в рамках заседания комиссии Забайкальского УФАС России. При этом в Решении отражено, что ООО «Школа Будущего» представило возражения на заключение об обстоятельствах Дела, что свидетельствует об отсутствии нарушения прав лица на ознакомление с данным документом.

В отношении довода Жалобы об анализе состояния конкуренции на товарном рынке, проведенного Забайкальским УФАС России в ходе рассмотрения Дела, необходимо отметить, что географические границы товарного рынка определены как административные границы Российской Федерации, в соответствии с подпунктом «в» пункта 10.9 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок № 220).

При проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции, при определении географических границ товарного рынка могут приниматься во внимание, в том числе границы территорий, на которых действуют хозяйствующие субъекты, на деятельность которых рассматриваемое соглашение оказало или могло оказать негативное влияние.

Кроме того, Закон о защите конкуренции не предусматривает обязанности антимонопольного органа направлять аналитический отчет по результатам проведения анализа состояния конкуренции в адрес лиц, участвующих в деле.

Аналитический отчет приобщается к материалам дела, с которыми лица, участвующие в деле, имеют право знакомиться в соответствии с частью 1 статьи 43 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, Апелляционная коллегия отмечает, что в ходе рассмотрения Дела Забайкальским УФАС России не допущены существенные процессуальные нарушения, которые привели бы к нарушению единообразия практики применения антимонопольным

органом норм антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия отмечает, что установленная Забайкальским УФАС России совокупность доказательств свидетельствует о факте заключения между Министерством и ООО «Школа Будущего» ограничивающего конкуренцию соглашения, запрещенного пунктом 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Выводы Забайкальского УФАС России, изложенные в Решении, подтверждаются фактическими обстоятельствами и содержащимися в Деле доказательствами.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Решение не нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, в связи с чем рассмотренные Забайкальским УФАС России действия Министерства и ООО «Школа Будущего» правомерно квалифицированы как нарушение пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе, в том числе оставить жалобу на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа без удовлетворения.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу ООО «Школа Будущего» на решение Забайкальского УФАС России от 14.03.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 075/01/16-121/2022 без удовлетворения.

Председатель

Апелляционной коллегии: _____ <...>

Заместитель председателя

Апелляционной коллегии _____ <...>

Члены

Апелляционной коллегии: _____ <...>

_____ <...>

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.