

Уведомление о поступлении жалобы № 24 и

рассмотрении жалобы по существу

В адрес Забайкальского УФАС России поступила жалоба Бурятского филиала ОАО «Ростелеком» (вход. от 18.09.2014 №6086) на действия организатора конкурса – Министерства территориального развития Забайкальского края.

14.08.2014 Министерством территориального развития Забайкальского края на сайте [torgu.gov.ru](http://torgu.gov.ru) было объяснено о проведении открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения о проектировании, создании, реконструкции и эксплуатации автоматизированной системы видеоконтроля дорожной ситуации, фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения на территории Забайкальского края и рассылке почтовых сообщений собственникам транспортных средств с постановлениями о привлечении к административной ответственности за нарушение Правил дорожного движения РФ (далее – Конкурс).

**В соответствии с жалобой нарушения организатора торгов выразились в следующем.**

В соответствии с частью 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. В том числе пунктом 2 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции запрещается создание участнику торгов, запроса котировок или нескольким участникам торгов, запроса котировок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом.

Требования к заявителям, установленные конкурсной документацией, противоречат требованиям действующего законодательства, необоснованно ограничивают доступ к участию в конкурсе.

1. Подпунктами 3.3.1.3, 3.3.1.4 пункта 3.3.1 конкурсной документации установлено, что в составе заявки заявителем должны быть представлены следующие документы и материалы, подтверждающие гражданскую правоспособность заявителя, а также его акционеров/участников, а именно, следующие дополнительные документы в отношении акционеров/участников заявителя, аффилированных лиц заявителя:

- нотариально заверенные копии договоров о приобретении акций/долей участия, выписки из Единого государственного реестра юридических лиц и (или) иные документы, подтверждающие участие акционера/участника в уставном капитале заявителя;
- документы, подтверждающие, что лицо является аффилированным лицом заявителя;
- информация об основных направлениях деятельности акционера/участника заявителя, аффилированного лица заявителя, которая предоставляется в

свободной форме и должна быть заверена подписью единоличного исполнительного органа заявителя или его уполномоченного представителя и скреплена печатью заявителя (при наличии таковой);

- документ, подтверждающий согласие акционера/участника заявителя, аффилированного лица заявителя, представлять ответы на запросы конкурсной комиссии с целью уточнения при необходимости сведений, представленных заявителем в заявке;

- документ с описанием структуры уставного капитала заявителя (юридического лица) и с перечнем лиц, являющихся акционерами/участниками заявителя (при их наличии), аффилированными лицами заявителя (при их наличии) с указанием информации о полном фирменном наименовании, местонахождении и лицах, имеющих право представлять акционеров/участников заявителя (юридического лица), аффилированных лиц заявителя (юридического лица).

В ответе на запрос разъяснений на предмет представления правовых оснований для установления концедентом указанных требований были представлены следующие пояснения:

*«Требования к заявке, установленные подпунктов 3.3.1.3, 3.3.1.4. установлены исходя и з того, что указанные сведения позволяют оценить Заявителя, его возможности выполнения в необходимом объеме Концессионного соглашения в течение всего периода его жизненного цикла и минимизировать риски со стороны внутренней структуры Заявителя.*

*Для Заказчика важно получить подтверждение, что данные лица принимают утovie КД, что обеспечит гарантию исполнения обязательств Концессионера, особенно учитывая длительный срок жизненного цикла КС. Т. о. снижается вероятность оказания давления аффилированного лица на исполнение обязательств Концессионерам период жизненно цикла проекта, в случае изменения приоритетов Компании, что вполне вероятно...»*

Таким образом, концедентом установление указанных требований мотивируется гипотетической вероятностью возникновения некой возможности «давления аффилированных лиц на исполнение обязательства концессионера, минимизацией рисков внутренней структуры заявителя и обеспечением гарантии исполнения обязательств».

Требование о предоставлении указанной информации и документов в указанном объеме и виде, противоречит ч.3 ст.23 Федерального закона от 21.07.2005 №115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее - Закон о концессионных соглашениях), согласно которой 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.

Установление вышеобозначенных требований, прежде всего, в части представления документов, подтверждающих согласие акционеров заявителя, аффилированных лиц заявителя, представлять ответы на запросы конкурсной комиссии, является необоснованным, так как не связано с оценкой общей гражданской правоспособности, квалификации, опыта и реальной

возможности участника надлежащим образом исполнить условия концессионного соглашения.

1. Применительно к акционерным обществам возможные случаи прямого или косвенного участия акционеров и аффилированных лиц при реализации сделок прямо определены Федеральным законом от 26 декабря 1995 г, № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

Для ОАО «Ростелеком» подача заявки на участие в объявленном конкурсе и заключение концессионного соглашения, ни исходя из цены сделки, ни исходя из иных условий не является сделкой, подлежащей одобрению акционерами общества, равно, как и не является сделкой, в совершении которой имеется заинтересованность соответствующих лиц (с учетом аффилированных) в соответствии с Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. №. 208-ФЗ.

Согласно документации целью представления согласия аффилированных лиц и акционеров, является уточнение при необходимости сведений, представленных заявителем в заявке, однако как указано выше, аспекты реализации концессионного соглашения находятся вне рамок компетенции акционеров и аффилированных лиц компании установленных действующим законодательством, а соответственно указанные лица не могут и не обязаны (даже при наличии согласия) уточнять какие-либо сведения ОАО «Ростелеком».

С учетом изложенного, для надлежащей реализации ОАО «Ростелеком» концессионного соглашения не требуется участие или согласие акционеров или аффилированных лиц, а соответственно соотнесение заявителем факта представления согласия аффилированных лиц и акционеров на представление ответов на запросы конкурсной комиссии с возможностью «минимизации рисков со стороны внутренней структуры заявителя» является необоснованным, следовательно является необоснованным и противоречащим действующему законодательству истребование указанных документов.

1. По состоянию на 30.06.2014 г, аффилированными лицами ОАО «Ростелеком» являются более сотни юридических и физических лиц (включая лиц, не являющихся резидентами Российской Федерации).

Соответственно, требование о предоставлении документов подтверждающих согласие указанных лиц представлять ответы на запросы конкурсной комиссии может быть не реализовано, исходя из:

- отсутствия предусмотренной действующим законодательством и/или корпоративными документами обязанности акционеров и аффилированных лиц подписывать подобные документы, а соответственно правомерности возможного отказа в подписании подобного согласия.

Так, например, акционером, владеющим более 25% акций ОАО «Ростелеком» является Российская Федерация в лице Росимущества.

Положением о Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом (утв. постановлением Правительства РФ от 05.06.2008 №432) не предусмотрены полномочия Росимущества по представлению согласий на подобные запросы и соответственно абсолютно правомерным будет отказ

Росимущества от предоставления подобного согласия.

- ограниченных конкурсной документацией сроков для получения согласия, принимая во внимание существенное количество аффилированных лиц и постоянного местонахождения ряда аффилированных лиц за пределами территории Российской Федерации (как физических, так и юридических).

1.3. Юридические лица - потенциальные участники иных организационно правовых форм, например, общества с ограниченной ответственности с единственным учредителем или существенно ограниченным количеством участников и соответственно количеством аффилированных лиц или закрытые акционерные общества, фактически, поставлены при реализации указанных требований документации в преимущественное положение, в связи с отсутствием соответствующих барьеров для реализации указанного требования существующего у крупных публичных компаний.

**1.4.** В части аффилированных - физических лиц следует дополнительно отметить следующее.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» под персональными данными понимается любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных).

Статьей 6 указанного закона предусмотрено, что обработка персональных данных допускается с согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных.

Статьей 7 закона установлено что операторы и иные лица, получившие доступ к персональным данным, обязаны не раскрывать третьим лицам и не распространять персональные данные без согласия субъекта персональных данных.

Таким образом, информация о контактных реквизитах, требуемых для последующего обращения конкурсной комиссии к соответствующему физическому лицу относится к категории персональных данных, согласие на передачу которых не было предоставлено субъектом, персональных данных в адрес ОАО «Ростелеком».

Обязанности субъекта персональных данных как аффилированного лица ОАО «Ростелеком» предоставить такое согласие действующим законодательством не предусмотрено.

С учетом изложенного, компетентом ставится требование заведомо находящееся вне зоны правового контроля заявителя.

1.5. Исходя из судебной практики сформированной при реализации гражданско-правовых отношений установление подобного условия является недопустимым (ничтожным) как препятствующим возможному допуску заявителя к участию в конкурсе и соответственно заключению соглашения, т.к. от воли ОАО «Ростелеком» зависит и в пределах полномочий ОАО «Ростелеком» находится, лишь обращение к аффилированным лицам и акционерам для целей получения указанного в конкурсной документации согласия, но не факт получения самого согласия как

такового, вследствие отсутствия установленной законодательством обязанности указанных лиц представлять подобное согласие.

1.6. Кроме прямого противоречия указанных требований действующему законодательству РФ, следует отметить, что участие ОАО «Ростелеком» в реализации подобных соглашений как находя из значимости проекта, так и исходя из цены соглашения относится к категории стандартной деловой практики компании.

Гарантия исполнения обязательств концессионера, вопреки пояснениям концедента подтверждается не фактом получения согласий акционеров и аффилированных лиц на представление ответов на запросы конкурсной комиссии тем более, с учетом отсутствия обязанности указанных лиц представлять указанные ответы), а способами обеспечения концессионером исполнения обязательств по концессионному соглашению предусмотренными документацией и иными четкими оценочными требованиями предъявляемыми к участникам конкурса (опыт заявителя, квалификация, финансовые показатели деятельности и иные параметры).

1.7. Согласно общефедеральной практики проведения конкурсов на право заключения концессионных соглашений (данные представлены в открытом доступе на официальном сайте для размещения информации о проведении торгов – [torgi.gov.ru](http://torgi.gov.ru)) к концессионерам правомерно не предъявляются аналогичные требования, как при проведении конкурсов с сопоставимыми по значимости предметами конкурсов, так и в рамках конкурсов по сопоставимым и иным суммам инвестиций.

В части данных об аффилированных лицах, предъявляются исключительно требования о представлении списка аффилированных лиц, либо требования о предоставлении данных об аффилированных лицах и акционерах к участникам не предъявляются.

Сформированной деловой практикой не предусмотрено предъявление к участникам торгов требования о получении какого-либо согласия аффилированных лиц и акционеров, как противоречащего требованиям законодательства.

В запросе разъяснений, ОАО «Ростелеком» были предложены следующие возможные к представлению документы, в полной мере раскрывающие требуемую согласно законодательства РФ информацию об аффилированных лицах и акционерах ОАО «Ростелеком» как публичной компании;

- список аффилированных лиц ОАО «Ростелеком» на последнюю актуальную дату (информация размещается ОАО Ростелеком в открытом доступе на ресурсе [www.rostelecom.ru/ir/clisclosure/](http://www.rostelecom.ru/ir/clisclosure/) в соответствии с требованиями Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг, утвержденного Приказом ФСФР РФ от 04.10.2011 № 11-46/пз-н.);

- справку о структуре акционерного капитала ОАО «Ростелеком» отражающую об общем разрезе по акционерам юридическим и физическим лицам информацию о количестве акционеров компании, совокупном количестве акций, сумме вложений в размещенные акции, доли от общего количества размещенных акций, доли от

размещенных обыкновенных акций;

- список зарегистрированных лиц с долей в общем количества размещенных акций ОАО «Ростелеком» не менее чем 1%, 5% или с долей в общем количестве размещенных обыкновенных акций ОАО «Ростелеком» не менее чем 1%, 5%.

Однако, концедентом было обозначено на необходимость представления документов исключительно в объеме и по видам указанным в документации.

2. По вышеуказанным основаниям является неправомерным требование пункта 3.3.1.6 документации о предоставлении справки из уполномоченного подразделения Федеральной налоговой службы РФ об отсутствии задолженности акционеров ОАО «Ростелеком» как не имеющее причинно-следственной связи с возможностью реализации концессионером соглашения.

При этом, аналогичная справка в отношении самого **заявителя** безусловно должна быть представлена в составе заявки, что не оспаривается ОАО «Ростелеком».

3. В соответствии с пунктом 2.3.2.5 конкурсной документации заключаемое по итогам проведения конкурса концессионное соглашение должно соответствовать, в том числе, следующему условию концессионного соглашения: «исключительные права на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, созданные концессионером в соответствии с условиями настоящей конкурсной документации и концессионного соглашения, передаются концессионером концеденту в полном объеме в порядке, установленном законодательством РФ».

При этом, согласно пп. 3.3.1.7 п. 3.3.1 документации в составе заявки заявителем должны быть представлены следующие документы и материалы, подтверждающие гражданскую правоспособность заявителя - документы, подтверждающие соответствие заявителя квалификационным требованиям, указанным в п.3.2 конкурсной документации. В числе обозначенных документов в подпункте «д» предусмотрено предоставление копий документов, подтверждающих исключительные права концессионера на объекты интеллектуальной собственности (аналогичные условия в Приложении № 3 к конкурсной документации).

Указанные пункты, а также иные аналогичные положения документации, вступают в противоречие друг с другом, т.к. реализация концессионного соглашения предполагает возможность/необходимость создания концессионером объектов интеллектуальной собственности, в том числе исходя из заданных параметров проектирования, создания, реконструкции и эксплуатации объекта концессионного соглашения обозначенных в Приложении № 2 к конкурсной документации, а не наличие у концессионера данных объектов на момент подачи заявки на участие в конкурсе.

В ответе на запрос разъяснений концедентом было подтверждено о предъявлении

к заявителю требования о наличии исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности на момент подачи заявки на участие в конкурсе и в качестве обоснования данного условия представлены следующие пояснения:

*«Данная позиция обеспечивает концессионеру сохранение исключительных прав на уже созданные объекты интеллектуальной собственности, которые могут быть использованы концессионером, в процессе реализации концессионного соглашения.»*

*В свою очередь объекты интеллектуальной собственности, созданные в рамках действия концессионного соглашения передаются концессионером концеденту».*

Однако, из указанного разъяснения:

- не предопределяется возможность или невозможность сохранения за концессионером прав на объекты интеллектуальной собственности, имеющиеся у концессионера на момент подачи заявки, т.к. если у концессионера и имеются права на определенные объекты интеллектуальной собственности, то сохранение прав на данные объекты предусмотрено положениями норм части IV Гражданского кодекса РФ, т.к. концеденту передаются исключительные права именно на созданные в ходе реализации соглашения объекты интеллектуальной собственности, а не имеющиеся на момент подачи заявки (например, ст. ст. 1296, 1297 Гражданского кодекса РФ);
- следует, что на момент заключения концессионного соглашения наличие у концессионера исключительных прав на созданные объекты интеллектуальной собственности именно для реализации концессионного соглашения не требуется, т.к. указанные объекты должны быть созданы концессионером в ходе исполнения соглашения.

Тем не менее, несмотря на изложенное, непредставление в составе заявки документов, подтверждающих наличие прав па объекты интеллектуальной собственности на момент представления заявки, формально, будет являться основанием для признания заявки не соответствующей требованиям документации, при том, что наличие указанных прав на момент подачи заявки не связано с возможностью надлежащей реализации соглашения, что предусмотрено в самой документации.

Дополнительно следует отметить, что в нарушение ч.1 ст.23 Закона о концессионных соглашениях концедентом не были официально размещены разъяснения положений документации представленные в адрес ОАО «Ростелеком».

Согласно указанных положений в случае проведения открытого конкурса разъяснения положений конкурсной документации с приложением содержания запроса без указания заявителя, от которого поступил запрос, размещаются на официальном в сети «Интернет».

**В соответствии с жалобой заявитель просит:**

1. Признать жалобу обоснованной и выдать организатору торгов обязательное для исполнения предписание о совершении действий, направленных на устранение нарушений законодательства, посредством внесения соответствующих изменений в конкурсную документацию.

2. В соответствии с требованиями ч. 18 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции приостановить конкурс до рассмотрения жалобы на действия концедента по существу.

Адрес сайта на котором размещена информация о поступлении жалобы:  
[www.zab.fas.gov.ru](http://www.zab.fas.gov.ru).

**В соответствии с частью 18 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» организатору конкурса – Министерству территориального развития Забайкальского края надлежит приостановить проведение вышеуказанного конкурса на право заключения концессионного соглашения о проектировании, создании, реконструкции и эксплуатации автоматизированной системы видеоконтроля дорожной ситуации, фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения на территории Забайкальского края и рассылке почтовых сообщений собственникам транспортных средств с постановлениями о привлечении к административной ответственности за нарушение Правил дорожного движения РФ до рассмотрения жалобы по существу.**

Рассмотрение жалобы назначено на **26 сентября 2014 года в 10 часов 00 минут по адресу: г. Чита, ул. Лермонтова, 14, каб. 8.**

В соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» организатор торгов, действия (бездействие) которого обжалуются, обязан представить на рассмотрение жалобы по существу документацию о торгах, изменения, внесенные в документацию, заявки на участие в конкурсе, протоколы вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в конкурсе, протоколы оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе и иные документы и сведения, составленные в ходе организации и проведения торгов, в случае заключения договора - копию договора, заключенного по результатам торгов.

Организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссия, действия (бездействие) которых обжалуются, в течение одного рабочего дня с момента получения уведомления обязаны известить лиц, подавших заявки на участие в торгах, о факте поступления жалобы, ее содержании, месте и времени ее рассмотрения.

Организатор торгов, оператор электронной 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 и участвовать в рассмотрении жалобы лично или через своих представителей. Возражение на жалобу должно содержать сведения, указанные в [части 6](#) статьи 18.1 Закона о защите конкуренции. Возражение на жалобу направляется в антимонопольный орган не позднее чем за два рабочих дня до рассмотрения жалобы.

*За непредставление или несвоевременное представление сведений (информации), либо представление заведомо недостоверных сведений*



*(информации) в антимонопольный орган физические, юридические и должностные лица несут административную ответственность, предусмотренную статьей 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*