

Решение по жалобе № 042/10/18.1-1177/2021

«08» июля 2021 г.

г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению жалоб о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров, утверждения порядка рассмотрения жалоб в составе:

Председатель комиссии: <...> – руководитель управления;

Члены комиссии: <...> – начальник отдела контроля органов власти;

<...> – начальник отдела ЖКХ, транспорта и связи;

<...> – главный специалист-эксперт отдела ЖКХ, транспорта и связи;

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

при рассмотрении жалобы № 042/10/18.1-1177/2021 с использованием ВКС, при участии:

- <...>, представителя Министерства жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса, доверенность от 11.01.2021 № 2;

- <...>, представителя ООО «РКап Концессионная компания № 10», доверенность б/н от 01.06.2021;

- <...>, представителя ООО «РИИР Кемерово», доверенность № 6 от 28.06.2021,

рассмотрев в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ № 135-ФЗ), рассмотрев жалобу ООО «РКап Концессионная компания № 10» и материалы жалобы № 042/10/18.1-1177/2021

УСТАНОВИЛА:

21.06.2021 в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области (далее – Кемеровское УФАС России) поступила жалоба ООО «РКап Концессионная компания № 10» (вх. № 4636э), направленная Прокуратурой Кемеровской области Кузбасса, на действия Министерства жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса (далее – МЖКиДК Кузбасса) при заключении концессионного соглашения по инициативе инвестора в отношении объектов, на которых осуществляется обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов (сообщение № 1504201/20608049/01, размещено на сайте торгов www.torgi.gov.ru).

По мнению заявителя, нарушение выразилось в признании заявки ООО «РКап Концессионная компания № 10» о готовности участия в конкурсе на заключение концессионного соглашения не соответствующей требованиям п. 4 ч. 4.11 ст. 37 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

02.07.2021 поступила жалоба ООО «РКап Концессионная компания № 10» (вх. № 2998) содержащая аналогичные доводы.

Уведомлением от 24.06.2021 исх. № 11/6314 рассмотрение жалобы было назначено на 29.06.2021 на 15 часов 00 минут.

29.06.2021 уведомлением рассмотрение жалобы № 042/10/18.1-1177/2021 было отложено на 08.07.2021 на 11 часов 00 минут.

08.07.2021 в присутствии представителей МЖКиДК Кузбасса, ООО «РКап Концессионная компания № 10» была рассмотрена жалоба № 042/10/18.1-1177/2021.

Изучив имеющиеся материалы, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

Порядок заключения концессионного соглашения по инициативе инвестора установлен ст. 37 Федерального закона от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

Согласно ч. 1 ст. 3 ФЗ № 115-ФЗ 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, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности.

Пунктом 17 части 1 статьи 4 ФЗ № 115-ФЗ установлено, что объектами концессионного соглашения являются объекты, на которых осуществляются обработка, накопление, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов.

Согласно ч. 1 ст. 13 ФЗ № 115-ФЗ концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, за исключением случаев, предусмотренных ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ.

В соответствии с ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ концессионное соглашение может быть заключено по инициативе лиц, указанных в п. 2 ч. 1 ст. 5 ФЗ № 115-ФЗ и отвечающих требованиям, предусмотренным ч. 4.11 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ, в порядке, установленном ч.ч. 4.2-4.10, 4.12 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ.

Частью 4.2 статьи 37 ФЗ № 115-ФЗ установлено, что лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, вправе представить предложение о заключении концессионного соглашения с приложением проекта концессионного соглашения, включающего в себя существенные условия, предусмотренные ст. 10 ФЗ № 115-ФЗ, и иные не противоречащие законодательству Российской Федерации условия, в Правительство Российской Федерации, либо субъект Российской Федерации, либо муниципальное

образование в зависимости от того, в чьей собственности находится объект концессионного соглашения, предусмотренный таким предложением.

Согласно ч. 4.3 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ в предложении о заключении концессионного соглашения лицо указывает сведения о соответствии этого лица установленным требованиям (ч. 4.11 ст. 37 ФЗ 3 115-ФЗ), 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. Форма предложения о заключении концессионного соглашения утверждается Правительством Российской Федерации.

Форма предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения утверждена Постановлением Правительства РФ от 31.03.2015 № 300 (далее – Постановление № 300).

В соответствии с ч. 4.4 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ орган, уполномоченный на рассмотрение предложения о заключении концессионного соглашения, в течение тридцати календарных дней со дня поступления предложения о заключении концессионного соглашения рассматривает такое предложение и принимает решение о:

- 1) возможности заключения концессионного соглашения в отношении конкретных объектов имущества на представленных в предложении о заключении концессионного соглашения условиях;
- 2) возможности заключения концессионного соглашения в отношении конкретных объектов имущества на иных условиях;
- 3) невозможности заключения концессионного соглашения в отношении конкретных объектов имущества с указанием основания отказа.

Частью 4.6 статьи 37 ФЗ № 115-ФЗ установлено, что отказ в заключении концессионного соглашения допускается в случаях, предусмотренных данной статьей.

Согласно ч. 4.7 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ в случае принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения на предложенных инициатором условиях орган, уполномоченный 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, 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 в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения, от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ к лицу, выступающему с инициативой заключения концессионного соглашения.

В соответствии с ч. 4.9 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ в случае, если в сорокапятидневный срок с момента размещения на официальном сайте торгов 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 ФЗ № 115-ФЗ к концессионеру, а также требованиям, предъявляемым ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ, уполномоченный орган обязан разместить данную информацию на официальном сайте торгов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». В этом случае заключение концессионного соглашения осуществляется на конкурсной основе в порядке, установленном настоящим Федеральным законом (глава 3 ФЗ № 115-ФЗ (ст. 21-36 ФЗ № 115-ФЗ)).

Согласно ч. 4.10 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ в случае, если в сорокапятидневный срок со дня размещения на официальном сайте торгов предложения о заключении концессионного соглашения не поступило заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, предусмотренных в предложении о заключении концессионного соглашения, от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым ФЗ № 115-ФЗ к концессионеру, а также требованиям, предъявляемым ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ, с лицом, выступившим с инициативой о заключении концессионного соглашения, концессионное соглашение заключается на условиях, предусмотренных в предложении о заключении концессионного соглашения без проведения конкурса в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, с учетом установленных данной статьей особенностей, в т.ч. того, что лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, до принятия решения о заключении этого соглашения обязано указать источники финансирования деятельности по исполнению концессионного соглашения и представить в уполномоченный орган подтверждение возможности их получения.

Частью 4.11 статьи 37 ФЗ № 115-ФЗ установлено, что лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать следующим требованиям:

1) отсутствие решения о ликвидации юридического лица или о прекращении физическим лицом - заявителем деятельности в качестве индивидуального предпринимателя;

2) отсутствие определения суда о возбуждении производства по делу о банкротстве в отношении лица, выступающего с инициативой заключения концессионного соглашения;

3) отсутствие недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации за прошедший календарный год, размер которых превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов лица, по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности за последний отчетный период;

4) наличие 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).

Форма предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения, и перечень прилагаемых к нему документов утверждены Постановлением Правительства РФ от 31.03.2015 № 300 (далее – Постановление № 300), в соответствии с которым к соответствующему предложению в обязательном порядке прилагаются проект концессионного соглашения; нотариально заверенные копии учредительных документов, а также копия договора простого товарищества (договора о совместной деятельности) юридических лиц; выписки из ЕГРЮЛ; 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; копия подтверждающего документа, выданного кредитной организацией, в случае привлечения заявителем заемных средств.

Исходя из буквального толкования изложенных положений ФЗ № 115-ФЗ и Постановления № 300, данные положения предъявляют различные требования к лицу, выступающему с инициативой заключения концессионного соглашения, и лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения при том, что обе указанные категории лиц должны отвечать требованиям ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ. В силу прямого требования ч. 4.3 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ (с учетом положений Постановления № 300) лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, обязано документально подтвердить свое соответствие заявленным требованиям, путем предоставления подтверждающих документов, что обусловлено, в т.ч. возможностью заключения концессионного соглашения без предоставления каких-либо дополнительных документов в случае отсутствия поступления от иных лиц заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения.

Вышеизложенными нормативными правовыми актами не установлены ни форма указанной заявки (в отличие от формы предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения), ни требования о предоставлении вместе с заявкой каких-либо подтверждающих документов. При подаче заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения заинтересованное лицо только декларирует свое соответствие установленным ФЗ № 115-ФЗ 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.

15.04.2021 на официальном сайте торгов по адресу www.torgi.gov.ru размещено сообщение о предложении инвестора № 150421/20608049/01 о заключении

концессионного соглашения в отношении создания и эксплуатации объектов, на которых осуществляется сбор, накопление и обработка твердых коммунальных отходов в Кемеровской области-Кузбассе, а именно: о создании производственно-технического комплекса по обработке и обезвреживанию твердых коммунальных отходов в Кемеровском муниципальном округе вблизи г. Кемерово, включающего в себя комплекс по обработке ТКО и комплекс по обезвреживанию ТКО.

Данное сообщение размещено с целью принятия заявок от иных лиц о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения.

Согласно информации, содержащейся в сообщении № 150421/20608049/01, заявку о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, определенных в предложении о заключении концессионного соглашения в отношении объекта концессионного соглашения, могут подать лица, отвечающие требованиям, предъявляемым ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ.

Какая либо информация о предъявляемых МЖКиДК Кузбасса требованиях к форме заявки и перечню документов, представляемых иными лицами в составе заявки, в сообщении № 150421/20608049/01 не указана.

В соответствии с разделом V протокола от 02.06.2021 заседания комиссии по рассмотрению заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения в отношении создания и эксплуатации объектов, на которых осуществляется сбор, накопление, обработка и обезвреживание ТКО в Кемеровской области-Кузбассе (далее – Протокол от 02.06.2021) в составе заявки ООО «РКап Концессионная компания № 10» не были представлены документы, подтверждающие наличие у заявителя средств или возможности их получения в размере не менее 5% объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций, в связи с чем ООО «РКап Концессионная компания № 10» отказано в участии в конкурсе на основании п.4 ч. 4.11 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ.

В направленной в адрес МЖКиДК Кузбасса, заявке ООО «РКап Концессионная компания № 10» указало, что отвечает требованиям, предъявляемым ФЗ № 115-ФЗ к концессионеру, в т.ч. требованиям, установленным ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ, а также заявило о своем соответствии требованиям Постановления № 300, приложило документы, подтверждающие соответствие требованиям ФЗ № 115-ФЗ (копию выписки из ЕГРЮЛ от 20.05.2021, в которой отсутствуют сведения о ликвидации юридического лица, о возбуждении производства по делу о банкротстве; копию справки № 17241 об исполнении налогоплательщиком обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов, пеней, штрафов, процентов по состоянию на 31.12.2020; копию справки из Фонда социального страхования по состоянию на 31.12.2020; копию справки из Пенсионного Фонда № 0911026 по состоянию на 31.12.2020; гарантийное письмо от частной компании с ограниченной ответственностью ИНФРАСТРУКТУРА ИНВЕСТ КАПИТАЛ ЛИМИТЕД от 21.05.2021 № 158-2105; копия договора целевого займа от 21.5.2021 № 210521/2; протокол общего собрания участников ООО «РКап Концессионная компания № 10» от 21.05.2021.

Исходя из конкретных обстоятельств жалобы, с учетом того, что форма представления сведений о соответствии инициатора требованиям может применяться также и к иным 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, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу об отсутствии у МЖКиДК Кузбасса правовых оснований для отклонения заявки ООО «РКап Концессионная компания № 10» в связи с не предоставлением документов, предусмотренных п. 4 ч. 4.1 ст. 37 ФЗ № 115-ФЗ, а также установленных формой предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения (п.п. 1-4 Постановления № 300), на стадии выявления потенциальных участников конкурса и определения способа заключения концессионного соглашения (без проведения торгов (конкурса) либо посредством проведения конкурентных процедур).

Таким образом, есть основания полагать, что доступность участия в конкурсе на заключение концессионного соглашения потенциальных концессионеров, заинтересованных в приобретении спорного права, не была обеспечена. Опубликованная в сообщении № 150421/20608049/01 информация препятствовала потенциальным концессионерам принять решение об участии (неучастии) в торгах.

Процедура публикации предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения, проводится с целью привлечения максимально широкого круга лиц, заинтересованных в участии в конкурсе на право заключения концессионного соглашения, в связи с чем отклонение заявок таких лиц за непредставление документов, подтверждающих наличие необходимого объема средств или возможности их получения, при условии императивного установления данного требования только к лицам, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения, ущемляет как права каждого желающего принять участие в конкурсе, так и интерес организатора конкурса в привлечении максимального числа участников.

Руководствуясь статьей 18.1, статьей 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Кемеровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «РКап Концессионная компания № 10» на действия Министерства жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса при заключении концессионного соглашения по инициативе инвестора в отношении объектов, на которых осуществляется обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов (извещение № 1504201/20608049/01, размещено на сайте торгов www.torgi.gov.ru) обоснованной.

2. Выдать Министерству жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса предписание об аннулировании процедуры размещения предложения инвестора.

3. Передать материалы жалобы № 0421/1/18.1-1177/2021 должностному лицу для рассмотрения вопроса о возбуждении административного производства.

Председатель Комиссии: <...>

Члены Комиссии: <...>

<...>

<...>

<...>

Решение может быть обжаловано в течении трех месяцев со дня его принятия в суд или арбитражный суд.