РЕШЕНИЕ

№ 054/01/18.1-2355/2020

10 декабря 2020 года

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Новосибирское УФАС России) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров в составе:

...

рассмотрев посредством видеоконференцсвязи жалобу Публичного акционерного общества «Ростелеком», макрорегионального филиала «Сибирь» на действия организатора конкурса Департамента промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска (далее – Департамент) при проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении дорожного сервиса на территории города Новосибирска (№ извещения 141020/22037659/02),

...

УСТАНОВИЛА:

В 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.

ПАО «Ростелеком» предоставило следующие дополнения на жалобу (вх. 22017э от 08.12.2020г.).

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, заявитель полагает, 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.

Следует разделять два вида страхования:

- страхование ответственности как способ обеспечения исполнения концессионером обязательств (п. 6.1 ч. 1 ст. 7 Закона о концессиях; п. 2.2.9 Конкурсной документации);

- страхование имущества концессионером, как лицом, которое несет риск его случайной гибели и повреждения (п. 8 ч. 2 ст. 10 Закона о концессиях; п. 2.2.10 Конкурсной документации).

В части регулирования отношений по страхованию ответственности, п. 3 ст. 932 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) установлено что риск ответственности за нарушение договора считается застрахованным в пользу стороны, перед которой по условиям этого договора страхователь должен нести соответствующую ответственность, - выгодоприобретателя. Т.е. в рассматриваемом случае – в пользу Концедента.

В отношении договора страхования имущества, п. 1 ст. 930 ГК РФ установлено что имущество может быть застраховано по договору страхования в пользу лица (страхователя или выгодоприобретателя), имеющего основанный на законе, ином правовом акте или договоре интерес в сохранении этого имущества.

Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 N 20, а также иной, сформированной судебной практикой, установлено что интерес в сохранении имущества по договору добровольного страхования состоит в его сохранении от негативных последствий, предусмотренных страховым случаем.

При этом, в соответствии со статьей 929 ГК РФ по договору имущественного страхования страховщик обязуется за обусловленную договором плату (страховую премию) при наступлении страхового случая возместить другой стороне причиненные вследствие этого события убытки в застрахованном имуществе. Т.е. страховое возмещение направлено на возмещение убытков.

Таким образом, интерес в сохранении имущества состоит в компенсации убытков (негативных последствий) понесенных вследствие его повреждения или гибели.

Согласно условиям конкурсной документации, риск случайной гибели и повреждения объекта и соответственно, расходы на восстановление объекта в случае его повреждения или гибели несет именно концессионер.

Концессионер в рамках рассматриваемого конкурса обязан:

1. Осуществлять и не прекращать (не приостанавливать) без согласия концедента

деятельность, связанную с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения (п. 2.2.8 Конкурсной документации).

2. Поддерживать в течение срока действия соглашения объект концессионного соглашения в надлежащем состоянии согласно техническим, санитарным и противопожарным нормам и правилам, нести расходы на содержание объекта концессионного соглашения, производить за свой счет текущий ремонт, необходимый для оперативного устранения повреждений, возникших в результате техногенных, антропогенных, погодных или иных воздействий, и капитальный ремонт в соответствии с нормами, установленными правовыми актами (п. 5.3.1 проекта концессионного соглашения).

3. Обеспечивать работоспособность и бесперебойность функционирования объекта концессионного соглашения в соответствии с его целями (п. 2.2.14 Конкурсной документации)

4. Осуществлять замену морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым, более производительным оборудованием, осуществлять мероприятия по улучшению характеристик и эксплуатационных свойств объекта концессионного соглашения по мере его физического и морального износа (п. 2.2.14 Конкурсной документации)

5. Передать Концеденту объект концессионного соглашения в течение 10 рабочих дней после прекращения действия соглашения.

Передаваемый Концеденту объект концессионного соглашения должен находиться в исправном состоянии, быть пригодным для осуществления деятельности, предусмотренной Соглашением, и без обременений правами третьих лиц.

При этом Концедент вправе отказаться от подписания акта приема-передачи объекта концессионного соглашения в случае, если объект концессионного соглашения находится в состоянии неисправном и не пригодном для осуществления деятельности, предусмотренной Соглашением.

За ненадлежащее исполнение концессионером указанных обязательств соглашением предусмотрена существенная ответственность, применение которой Концедент вправе реализовать, в том числе, за счет предоставленного концессионером обеспечения исполнения обязательств.

6. Предоставить Концеденту один из следующих видов обеспечения исполнения 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. Обеспечение исполнения обязательств по концессионному соглашению предоставляется концессионером на весь период действия концессионного соглашения (п. 2.2.9 Конкурсной документации).

Таким образом:

1. Интерес Концедента в сохранении имущества и компенсации убытков от его гибели или повреждения полностью гарантирован и покрыт реализацией

вышеуказанных обязательств Концессионера по концессионному соглашению.

Интерес же Концессионера, несущего риск гибели и/или повреждения имущества, в случае получения страхового возмещения Концедентом остается не покрытым.

2. В период действия концессионного соглашения, убытки, вследствие гибели или повреждения имущества несет Концессионер, а не Концедент, и соответственно, возмещение причиненных вследствие страхового события убытков в застрахованном имуществе должно быть направлено в пользу Концессионера.

С учетом изложенного, рассматриваемое условие конкурсной документации:

- противоречит ст. 10 ГК РФ, гл. 48 ГК РФ;
- ущемляет интересы концессионера, несущего расходы на восстановление имущества и не имеющего возможности получить страховое возмещение за причиненные убытки;
- не соответствует общефедеральной практике реализации концессионных соглашений и соглашений о государственно-частном партнерстве в целом.

Целью Закона о концессиях является, прежде всего, привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации.

Ст. 6 Закона о концессиях предусмотрена необходимость при расчете срока действия концессионного соглашения учитывать объем инвестиций в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения и срок окупаемости таких инвестиций.

Наличие в конкурсной документации оспариваемых положений, в том числе, право концедента в одностороннем порядке и в любых случаях изменять размер концессионной платы; не покрытие убытков концессионера вследствие случайной гибели или повреждения объектов, делает невозможным объективный расчет окупаемости инвестиций и соответственно, препятствует заявителю и другим лицам принять участие в конкурсе

Департамент промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска представил следующие возражения на жалобу.

По вопросу создания и реконструкции объекта концессионного соглашения Департамент сообщает следующее.

Объектом концессионного соглашения согласно конкурсной документации к открытому конкурсу на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов дорожного сервиса на территории города Новосибирска являются объекты дорожного сервиса на территории города Новосибирска, представляющие собой технологически связанное каналами связи движимое и недвижимое имущество, предназначенное для обслуживания участников дорожного движения по пути следования, состоящее из:

движимого имущества - 250 модулей определенного типа, размещенных на

остановках общественного транспорта и отвечающих требованиям, установленным разделом 2 Приложения 2.1 к конкурсной документации;

недвижимого имущества - помещения по адресу: Российская Федерация, Новосибирская область, город Новосибирск, проспект Дзержинского, 79, предназначенного для размещения единого пункта управления

Таким образом недвижимое имущество **-передается для реконструкции**. Движимое имущество - 250 модулей определенного типа **создаются и монтируются** на остановках общественного транспорта.

Объект концессионного соглашения, а именно объекты дорожного сервиса, представляющие собой технологически связанные каналами связи, создаются путем реконструкции недвижимого имущества, входящего в состав объекта концессионного соглашения, и монтажа на остановках общественного транспорта движимого имущества, входящего в состав концессионного соглашения.

Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее - Федеральный закон) не раскрывает способы создания объекта соглашения.

Статья 4 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее - Федеральный закон) содержит перечень возможных объектов концессионного соглашения. Так, п. 1 ч. 1 настоящей статьи устанавливает, что **объекты дорожного сервиса являются объектом концессионного соглашения**.

Формулировка «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» не находит своего противоречия закону по следующим основаниям.

Согласно ч. 3 ст. 3 Федерального закона **к реконструкции объекта концессионного соглашения** относятся мероприятия по его переустройству на основе внедрения новых технологий, механизации и автоматизации производства, модернизации и замены морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым более производительным оборудованием, изменению технологического или функционального назначения объекта концессионного соглашения или его отдельных частей, иные мероприятия по улучшению характеристик и эксплуатационных свойств объекта концессионного соглашения.

Мероприятия, которые относятся к **созданию объекта** концессионного соглашения Федеральным законом **не определены**.

Таким образом, доводы Заявителя о наличии прямого противоречия Федеральному закону, не находят своего подтверждения.

По вопросу изменения концессионной платы Департамент сообщает следующее.

Под иными не противоречащими действующему законодательству основаниями в

данной статье понимаются обстоятельства, которые вынуждают стороны провести оценку стоимости повторно. Например, решение суда.

Согласно п. 9.3.2 концессионного соглашения получателем концессионной платы является департамент земельных и имущественных отношений (далее - ДЗиИО мэрии). Письмом от 01.12.2020 № 31/03/16497 ДЗиИО мэрии по существу поставленного вопроса поясняет следующее: «Статьей 424 Гражданского кодекса РФ определено, что исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. Изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке.

Определение размера концессионной платы, предусмотренное проектом концессионного соглашения в отношении объектов дорожного сервиса на территории города Новосибирска, соответствует указанным нормам действующего законодательства».

По вопросу страхования риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения Департамент сообщает следующее.

Согласно общим положениям гражданского законодательства граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Установление обязательств осуществлять в пользу мэрии города Новосибирска страхование риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения не является злоупотреблением правом со стороны мэрии города Новосибирска, данное условие предложено профильными подразделениями мэрии.

В соответствии ч.1 ст. 3 Федерального закона право собственности на объект концессионного соглашения принадлежит концеденту, которым в рассматриваемом случае является город Новосибирск. Условиями конкурсной документации предусмотрено страхование риска случайно гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения в пользу концедента для минимизации рисков города как собственника имущества.

В соответствии ч 1. ст. 930 Гражданского кодекса РФ, имущество может быть застраховано по договору страхования в пользу лица (страхователя или выгодоприобретателя), имеющего основанный на законе, ином правовом акте или договоре интерес в сохранении этого имущества.

Согласно общим положениям гражданского законодательства, а именно ст. 421 ГК РФ устанавливает, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора.

Таким образом установление обязательств осуществлять в пользу мэрии города Новосибирска страхование риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения не является злоупотреблением правом со стороны мэрии города Новосибирска, являющейся собственником имущества.

По вопросу пользования исключительными правами Департамент сообщает

следующее.

Объектом концессии не является программное обеспечение с получением концедентом исключительных прав на него. В связи с этим, необходимость урегулирования вопросов передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, отсутствует, также отсутствуют основания для включения в проект концессионного соглашения порядок пользования исключительными правами.

Программное обеспечение соответствует требованиям п. 21 ч. 1 ст. 4 Федерального закона и объектом концессионного соглашения по рассматриваемому проекту не является. Соответственно включение в концессионные соглашения в отношении объектов дорожного сервиса порядка пользования исключительными права на программное обеспечение является необоснованным.

Кроме того, концессионер самостоятельно выбирает программное обеспечение, необходимое ему для создания и эксплуатации объекта концессии. Выбранное программное обеспечение может иметь любую форму лицензирования (собственная разработка концессионера; проприетарное программное обеспечение сторонних разработчиков; программное обеспечение со свободной формой распространения и использования, при условии соблюдения всех положений используемого им вида лицензии), концессионер передает концеденту созданный объект концессии, включая неисключительные права на используемые экземпляры программного обеспечения.

В описании требований к объекту концессии сформулированы функциональные характеристики, которые должны выполняться отдельными элементами объекта концессии (система видеонаблюдения; система резервного копирования и восстановления; система мониторинга; система, реализующая функции информационно-телекоммуникационного блока; и т. д.). Реализация указанных функций может потребовать применение различного программного обеспечения, поддерживающего необходимый функционал. Концессионер самостоятельно выбирает программное обеспечение, необходимое ему для создания и эксплуатации объекта концессии. Выбранное программное обеспечение может иметь любую форму лицензирования (собственная разработка концессионера; проприетарное программное обеспечение сторонних разработчиков; программное обеспечение со свободной формой распространения и использования, при условии соблюдения всех положений используемого им вида лицензии). Концессионер передает концеденту созданный объект концессии, включая неисключительные права на используемые экземпляры программного обеспечения.

Формулировка «Концессионер обязан за свой счёт обеспечить разработку и (или) приобретение программного обеспечения, необходимого для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением» указывает на то, что покупка неисключительных прав (продление неисключительных прав в период действия концессионного соглашения, в случае использования ограниченных по времени лицензий) на используемое программное обеспечение является обязанностью концессионера.

По вопросу передачи объекта концессионного соглашения в пользование третьим лицам Департамент сообщает следующее.

Условиями проекта концессионного соглашения предусмотрено, что концессионер вправе передавать объект концессионного соглашения в пользование третьим лицам с момента подписания Соглашения.

П. 1 ч. 1 ст. 8 Федерального закона устанавливает, что 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 на срок, не превышающий срока использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения по концессионному соглашению.

Согласно п. 5. 5 проекта концессионного соглашения «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. При этом концессионер несет ответственность за действия таких лиц как за свои собственные. Прекращение соглашения является основанием для прекращения прав пользования третьих лиц объектом концессионного соглашения».

Таким образом, согласие концедента на передачу объекта концессионного соглашения выражено в моменте подписания соглашения.

Федеральный закон не устанавливает механизм получения концессионером согласия на передачу объекта концессионного соглашения третьими лицами.

Концессионер несет ответственность за действия третьих лиц **как за свои собственные**. Прекращение Соглашения является основанием для прекращения прав пользования третьих лиц объектом концессионного соглашения.

По вопросу несоответствия проектной документации и применению раздела XI концессионного соглашения, Департамент сообщает следующее.

Предъявление требований концессионеру в случае обнаружения концедентом несоответствия проектной документацией обосновано.

П. 3.2.1 проекта концессионного соглашения предусматривает ответственность концессионера за несоответствие проектной документации требованиям, установленным соглашением, требованиям технических регламентов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации в случае внесения концессионером изменений в проектную документацию и несогласование таких изменений с концедентом.

Кроме того, предъявление требований концессионеру в случае обнаружения концедентом несоответствия проектной документацией обосновано, так как в случае, если концессионер создал объект концессионного соглашения (в натуре),

не соответствующий согласованной проектной документации, имеет место применение раздела XI концессионного соглашения.

Таким образом, противоречие между п. 2.2.2 конкурсной документации и п. 3.2.1 концессионного соглашения отсутствует.

В случае, если концессионер создал объект концессионного соглашения (в натуре), не соответствующий согласованной проектной документации, имеет место применение раздела XI концессионного соглашения.

Рассмотрев по существу поступившую жалобу, представленные материалы и возражения, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к следующим выводам.

14.10.2020г. Департаментом на официальном сайте torgi.gov.ru опубликовано извещение о проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении дорожного сервиса на территории города Новосибирска (№ извещения 141020/22037659/02).

Конкурс проводится в соответствии с Федеральным законом от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» и в соответствии с Конкурсной документацией к открытому конкурсу на право заключения концессионного соглашения в отношении дорожного сервиса на территории города Новосибирска, утвержденной приказом начальника департамента промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска от 30.09.2020г. № 86-од.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», 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, за исключением случаев, если концессионное соглашение заключается в отношении объекта, предусмотренного пунктом 21 части 1 статьи 4 настоящего Федерального закона) (далее - объект концессионного соглашения), 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.

В соответствии с п.1 ч.1 ст. 4 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», объектом концессионного соглашения являются, автомобильные дороги или участки автомобильных дорог, защитные дорожные сооружения, искусственные дорожные сооружения, производственные объекты, то

есть объекты, используемые при капитальном ремонте, ремонте, содержании автомобильных дорог, элементы обустройства автомобильных дорог (в том числе остановочные пункты), объекты, предназначенные для взимания платы (в том числе пункты взимания платы), объекты дорожного сервиса.

Согласно ч. 3 ст. 3 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», в целях настоящего Федерального закона к реконструкции объекта концессионного соглашения относятся мероприятия по его переустройству на основе внедрения новых технологий, механизации и автоматизации производства, модернизации и замены морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым более производительным оборудованием, изменению технологического или функционального назначения объекта концессионного соглашения или его отдельных частей, иные мероприятия по улучшению характеристик и эксплуатационных свойств объекта концессионного соглашения.

Согласно конкурсной документации, Объектом концессионного соглашения являются объекты дорожного сервиса на территории города Новосибирска, представляющие собой технологически связанное каналами связи движимое и недвижимое имущество, предназначенное для обслуживания участников дорожного движения по пути следования, состоящее из:

движимого имущества – 250 модулей определенного типа, размещенных на остановках общественного транспорта и отвечающих требованиям, установленным разделом 2 Приложения 2.1 к конкурсной документации;

недвижимого имущества – помещения по адресу: Российская Федерация, Новосибирская область, город Новосибирск, пр-кт Дзержинского, 79 (далее – помещение), предназначенного для размещения единого пункта управления (далее – помещение ЕПУ) (далее – объект концессионного соглашения).

Адресные ориентиры движимого имущества, входящего в состав объекта концессионного соглашения, указаны в Приложении 2.2 к конкурсной документации.

Из условий Конкурсной документации (п.1 Конкурсной документации, приложение 2.1 Конкурсной документации) следует, что недвижимое имущество должно быть реконструировано; связанное с ним движимое имущество - создано.

Комиссия Новосибирского УФАС России не усматривает нарушения Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» при описании объекта концессионного соглашения.

Согласно ч. 2 ст. 7 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», концессионная плата может быть установлена в форме:

- 1) определенных в твердой сумме платежей, вносимых периодически или единовременно в бюджет соответствующего уровня;
- 2) установленной доли продукции или доходов, полученных концессионером в

результате осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;

3) передачи концеденту в собственность имущества, находящегося в собственности концессионера.

В соответствии с п. 2.2.12 Конкурсной документации, размер концессионной платы является критерием конкурса на право заключения концессионного соглашения и устанавливается по результатам его проведения. Концессионная плата оплачивается в твердой сумме платежей ежеквартально до 15 числа первого месяца квартала на расчетный счет концедента, указанный в концессионном соглашении. 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.

Пункт 9.3.1 проекта соглашения также установлена возможность концедента в одностороннем порядке изменить размер концессионной платы.

Однако, в соответствии с ч. 3 ст. 13 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», концессионное соглашение может быть изменено по соглашению сторон. 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 Правительства Российской Федерации (для концессионного соглашения, концедентом в котором является Российская Федерация), органа государственной власти субъекта Российской Федерации (для концессионного соглашения, концедентом в котором является субъект Российской Федерации) либо органа местного самоуправления (для концессионного соглашения, концедентом в котором является муниципальное образование), а также в случаях, предусмотренных частью 3.1 настоящей статьи, частью 7 статьи 5, частями 1, 3 и 4 статьи 20 и статьей 54 настоящего Федерального закона.

Размер концессионной платы, форма, порядок и сроки ее внесения устанавливаются концессионным соглашением в соответствии с решением о заключении концессионного соглашения.

Таким образом, условие концессионного соглашения, предусматривающее право концедента в одностороннем порядке изменять размер концессионной платы не соответствует Федеральному закону от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

Согласно ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», концессионное соглашение должно включать в себя следующие существенные условия:

1) обязательства концессионера по созданию и (или) реконструкции объекта

концессионного соглашения, соблюдению сроков его создания и (или) реконструкции;

2) обязательства концессионера по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;

3) срок действия концессионного соглашения;

4) описание, в том числе технико-экономические показатели, объекта концессионного соглашения;

4.1) срок передачи концессионеру объекта концессионного соглашения;

5) порядок предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и срок заключения с концессионером договоров аренды (субаренды) этих земельных участков (в случае, если заключение договоров аренды (субаренды) земельных участков необходимо для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением), размер арендной платы (ставки арендной платы) за пользование земельным участком или земельными участками в течение срока действия концессионного соглашения либо формула расчета размера арендной платы (ставки арендной платы) за пользование земельным участком или земельными участками исходя из обязательных платежей, установленных законодательством Российской Федерации и связанных с правом владения и пользования концедента земельным участком, в течение срока действия концессионного соглашения;

6) цели и срок использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;

6.1) 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;

6.2) размер концессионной платы, форму или формы, порядок и сроки ее внесения, за исключением случаев, предусмотренных частью 1.1 статьи 7 настоящего Федерального закона;

6.3) порядок возмещения расходов сторон в случае досрочного расторжения концессионного соглашения;

6.4) обязательства концедента и (или) концессионера по подготовке территории, необходимой для создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения и (или) для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;

6.5) объем валовой выручки, получаемой концессионером в рамках реализации концессионного соглашения, в том числе на каждый год срока действия концессионного соглашения, если объектом концессионного соглашения является имущество, предусмотренное пунктами 11 и 17 части 1 статьи 4 настоящего

Федерального закона, и реализация концессионером производимых товаров, выполнение работ, оказание услуг осуществляются по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам);

7) иные предусмотренные федеральными законами существенные условия.

Согласно ч. 8 ст. 3 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», 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.

В соответствии с п. 2.2.10. Конкурсной документации, 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 и предоставить концеденту копию документа, подтверждающего исполнение обязанности концессионера по страхованию риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения, заверенную страховой организацией и концессионером, в срок не позднее одного месяца с даты подписания акта реализации первого этапа концессионного соглашения.

Согласно п.8 ч. 2 ст. 10 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», Концессионное соглашение помимо предусмотренных частями 1, 1.1 настоящей статьи и статьей 42 настоящего Федерального закона существенных условий может содержать иные не противоречащие законодательству Российской Федерации условия, в том числе, обязательства концессионера по осуществлению за свой счет страхования риска случайной гибели и (или) случайного повреждения объекта концессионного соглашения, иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества.

При этом п. 1.1 ст. 36 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», предусмотрено до заключения концессионного соглашения проведение с победителем конкурса переговоров в целях обсуждения условий концессионного соглашения и их возможного изменения. По результатам переговоров не могут быть изменены условия соглашения, если указанные условия являлись критериями конкурса и (или) их содержание определялось на основании конкурсного предложения лица, в отношении которого принято решение о заключении концессионного соглашения.

Условие о страховании риска случайной гибели и случайного повреждения объекта концессионного соглашения, а также иные обжалуемые заявителем условия конкурса не относятся к существенным условиям концессионного соглашения, не являются критериями конкурса и не определяются на основании конкурсного предложения участника конкурса.

В связи с этим указанные условия могут быть изменены в процессе проведения

переговоров до заключения концессионного соглашения, в том числе обжалованы победителем конкурса в гражданско - правовом порядке.

Таким образом, организатором конкурса Департаментом промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска при проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении дорожного сервиса на территории города Новосибирска допущено нарушение порядка организации и проведения торгов.

Учитывая изложенные обстоятельства, руководствуясь частью 20 статьи 18.1, статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу Публичного акционерного общества «Ростелеком», макрорегионального филиала «Сибирь» 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) обоснованной.

2. Выдать организатору конкурса Департаменту промышленности, инноваций и предпринимательства мэрии города Новосибирска предписание о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации и проведения торгов.

3. Передать материалы уполномоченному должностному лицу для принятия решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение Комиссии может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.