

уфр-2 20

8-7

Прокуратура Кемеровской области-Кузбасса

650992, г. Кемерово, ул. Красная, д.24

Заявитель: ООО "РКап Концессионная компания №10"
(ОГРН 1205000067876 ИНН 5032320330)
143020, Московская обл., Одинцовский р-н, д. Ликино,
ул. Промышленная, д. 1, эт. 1, пом. 10, часть 2

Заинтересованное лицо: Министерство жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса
(ОГРН 1074205025861 ИНН 4205145396)
650991, г. Кемерово, пр. Советский, д. 62, каб.414

ЗАЯВЛЕНИЕ

**на порядок заключения концессионного соглашения
по инициативе потенциального инвестора
до момента принятия решения о проведении конкурса
(сообщение о предложении №150421/20608049/01 от 15.04.2021)**

Порядок заключения концессионного соглашения по инициативе инвестора установлен ст.37 Федерального закона "О концессионных соглашениях" №115-ФЗ от 21.07.2005 (далее – Закон о концессионных соглашениях).

Согласно ст.13 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, за исключением случаев, предусмотренных ст.37 Закона о концессионных соглашениях (заключение концессионного соглашения без проведения конкурса).

Министерство жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса (далее – Министерство Кузбасса), не проводило торги на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов.

В соответствии с требованием ст.37 Закона о концессионных соглашениях Министерство Кузбасса на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" на официальной электронной площадке www.torgi.gov.ru 15.04.2021 разместило предложение о заключении концессионного соглашения создание производственно-технического комплекса по обработке и обезвреживанию ТКО в Кемеровском муниципальном округе вблизи г. Кемерово, включающего в себя Комплекс по обработке ТКО и Комплекс по обезвреживанию ТКО (сообщение о предложении №150421/20608049/01 от 15.04.2021).

Публичный партнер (концедент): Министерство жилищно-коммунального и дорожного комплекса Кузбасса адрес: Кемеровская обл., г. Кемерово, пр. Советский, д. 62, каб. 414.

Прокуратура Кемеровской области-Кузбасса
Дата: 10.06.2021 Время: 08:59
№ ВО-10213-21-20320001

Страница 1 из 7

Сообщение о предложении инвестора (ООО "РИИР Кемерово", адрес: Кемеровская обл., г. Кемерово, ул. 1-я Стахановская, д. 34, оф. 302), выступающим с частной инициативой заключения концессионного соглашения.

Участник в конкурсе на право заключения концессионного соглашения: ООО "РКап Концессионная компания №10" адрес места нахождения: Московская обл., Одинцовский р-н, д. Ликино, ул. Промышленная, д. 1, эт. 1, пом. 10, часть 2; тел: 7 (495) 215-58-56 email: info@roscaps.ru.

1. **Адрес официального сайта, на котором размещена информация о размещении конкурса на право заключения концессионного соглашения:** www.torgi.gov.ru
2. **Номер лота:** № 150421/20608049/01
3. **Группа объектов:** "Объекты, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов".
4. **Дата опубликования лота о проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения:** 15.04.2021
5. **Дата начала подачи заявок:** 16.04.2021
6. **Дата окончания приема заявок:** 31.05.2021
7. **Дата подведения итогов:** 02.06.2021

В силу ч.4.1 ст.37 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение может быть заключено по инициативе лиц, указанных в п.2 ч.1 ст.5 Закона о концессионных соглашениях, предусмотренным ч.4.11 ст.37 настоящей статьи, в порядке, установленном ч.4.2-4.10 и 4.12 настоящей статьи.

Согласно ч.4.9 ст.37 Закона о концессионных соглашениях в случае, если в 45-дневный срок с момента размещения на официальном сайте в сети "Интернет" 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 настоящим Федеральным законом к Концессионеру, а также требованиям, предъявляемым ч.4.1 настоящей статьи, орган, уполномоченный на рассмотрение предложения о заключении концессионного соглашения орган обязан разместить данную информацию на официальном сайте сети "Интернет". В этом случае заключение концессионного соглашения осуществляется на конкурсной основе в порядке, установленном Законом о концессионных соглашениях.

В соответствии с ч.4.10 ст.37 Закона о концессионных соглашениях в случае, если в 45-дневный срок заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения от иных лиц, соответствующих требованиям Закона о концессионных соглашениях, не поступило, концессионное соглашение заключается с лицом, выступившим с инициативой заключения концессионного соглашения на условиях, предусмотренных в предложениях о заключении концессионного соглашения и проекте концессионного соглашения, без проведения конкурса в порядке установленном ч.4.11 настоящей статьи Закона о концессионных соглашениях.

02.06.2021 информацией об итогах предложения о заключении концессионного соглашения Министерством Кузбасса (*Приложение 01*) по рассмотрению заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения (далее – Заявка) в отношении объектов, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание, размещение твердых коммунальных отходов (далее – Объект концессионного соглашения), Заявка ООО "РКап КК №10" признана как не соответствующая требованиям, предъявляемым п.4 ч.4.11 ст.37 Закона о концессионных соглашениях.

Так, согласно данной норме, концессионное соглашение может быть заключено по инициативе лиц, указанных в п.2 ч.1 ст.5 Закона о концессионных соглашениях и отвечающим требованиям, предусмотренным ч.4.11 ст.37, в порядке, установленном ч.4.2 - 4.10 и 4.12 данной статьи.

Постановление Правительства РФ "Об утверждении формы предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим и инициативой заключения концессионного

соглашения" №300 от 31.03.2015 (далее – Постановление № 300) также предусмотрена необходимость подтверждения соответствия инициатора и заявляемой инициативы ряду требований, в том числе в соответствующем предложении – необходимо подтвердить статус инициатора, наличие денежных средств или возможности их получения в размере не менее 5 процентов объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций, соответствие инициативы государственным программам и т.д.

По мнению ФАС России, изложенному в письме от 26.10.2018 № РП/86694/18, утвержденная Постановлением №300 форма представления сведений о соответствии инициатора требованиям может применяться также и к лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, при условии установления уполномоченным органом (Концедентом) требования к данной форме в рамках размещения информации об инициативе заключения концессионного соглашения на официальном сайте.

Однако, информация о требованиях к форме и представляемым документам при подаче заявки о готовности к участию в конкурсе Министерством Кузбасса на сайте www.torgi.gov.ru не была размещена, что исключает возможность отклонения заявки.

Вышеизложенное также подтверждается решениями Чукотского УФАС России № 087/10/18.1-138/2019 от 23.10.2019 и Забайкальского УФАС России № 02-05-05/2019, где указанные обстоятельства были исследованы и положения Постановления №300 были применены к заявкам о готовности только при указании соответствующих требований Концедентом.

Данные подходы нашли в подтверждении в судебных делах № А07-38627/2018, № А78-12607/2019, где антимонопольными органами и судами было отмечено, что в отсутствие конкретно определенных требований к заявкам о готовности в Законе о концессионных соглашениях и размещенном извещении, отклонение Концедентом заявок являлось неправомерным.

Согласно ч.4.11 ст.37 Закона о концессионных соглашениях 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 - заявителя (лица, подающего заявку на заключение концессионного соглашения) или о прекращении физическим лицом - заявителем (лицом, подающим заявку на заключение концессионного соглашения) 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 исключением сумм, на которые предоставлены отсрочка, рассрочка, инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, которые реструктурированы в соответствии с законодательством Российской Федерации, по которым имеется вступившее в законную силу решение суда о признании обязанности лица по уплате этих сумм исполненной) 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).

На основании п.4 ч.4.11 ст.37 Закона о концессионных соглашениях 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).

Гарантийным письмом от ИНФРАСТРУКТУРА ИНВЕСТ КАПИТАЛ ЛИМИТЕД от 21 мая 2021 года № 158-2105 и Договором целевого займа от 21 мая 2021 года №210521/2 ООО "РКап КК №10" подтверждает возможность предоставления денежных средств.

В соответствии с п. 1 ст. 807 ГК РФ по договору займа одна сторона (займодавец) передает или обязуется передать в собственность другой стороне (заемщику) деньги, вещи, определенные родовыми признаками, или ценные бумаги. Заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество полученных им вещей того же рода и качества либо таких же ценных бумаг.

Договор займа между юридическими лицами может быть заключен по модели консенсуального или реального договора. В первом случае он будет считаться заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям, а во втором – с момента передачи предмета займа.

Кроме того, договорами определено, что заключение возникает с момента их подписания.

Дополнительно следует отметить, что определение "возможность получения" в Законе о концессионных соглашениях отсутствует, в связи с чем такая возможность может быть обоснована представленными Заявителем документами. При этом, предоставление документов, подтверждающих полномочий займодавца, законодательством не требуется.

Данные обстоятельства подтверждается позицией ФАС России № ГМ/7455/21 от 03.02.2021 (*приложение 02*).

На основании письма ФАС России № ГМ/7455/21 от 03.02.2021, 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 возникновения 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.

Вышеизложенное подтверждается постановлениями Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа № Ф02-3431/2020 от 12.08.2020 по делу № А33-38218/2019, № Ф02-3469/2020 от 01.09.2020 по делу № А78-12607/2019.

В соответствии с позицией Минэкономразвития России № Д18и-5149 от 26.02.2021 (*приложение 03*) отмечает, что в Законе о концессионных соглашениях не усматривается положений, устанавливающих требования к форме предоставления заявки от заинтересованных лиц о готовности к участию в конкурсе, а также к перечню предоставляемых ими документов, подтверждающих соответствие таких лиц требованиям ч.4.11 ст.37 Закона о концессионных соглашениях.

Минэкономразвития России отмечает, что необходимость подтверждения лицензии Центрального банка Российской Федерации при выполнении требования о наличии средств в законодательстве Российской Федерации о концессионных соглашениях не усматривается.

Таким образом, довод Министерства Кузбасса о том, что Заявитель должен предоставить подтверждающий документ, выданный кредитной организацией, не обоснован и является грубым нарушением законодательства ГК РФ и противоречит позиции ФАС России и Минэкономразвития России.

Вместе с тем, для лица, подающего заявку о готовности участия в конкурсе, таких требований Законом о концессионных соглашениях не установлено, в том числе не предусмотрено утвержденной обязательной формы подачи заявления о готовности участия в конкурсе, не установлено обязанности по приложению к подаваемому заявлению каких-либо подтверждающих документов.

Из действующего законодательства следует, что при подаче заявки о готовности участия в конкурсе лицо только декларирует свое соответствие указанным в законе требованиям, так как подача такой заявки не влечет автоматического заключения с ним соглашения, а лишь означает для уполномоченного органа необходимость перехода к заключению концессионного соглашения по общим правилам, то есть принятие мер по организации и проведению конкурса.

Такие выводы изложены в предупреждении Алтайского УФАС России № 4/2021 от 28.01.2021 (*Приложение 04*).

Стоит отметить, для лица, подающего заявку о готовности участия в конкурсе, таких требований об обязательном предоставлении документов Законом №115-ФЗ не установлено, в том числе не предусмотрено утверждения Правительством либо иным федеральным органом какой-либо обязательной формы подачи заявления о готовности участия в конкурсе и не установлено обязанности по приложению к подаваемому заявлению каких-либо подтверждающих документов. При подаче заявки о готовности участия в конкурсе лицо только декларирует свое соответствие указанным в законе требованиям, так как подача такой заявки не влечет автоматического заключения с ним соглашения, а лишь означает для уполномоченного органа необходимость перехода к заключению концессионного соглашения по общим правилам, то есть принятие мер по организации и проведению конкурса.

При этом заявка третьего лица о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения не предполагает обязанность общества заключить концессионное соглашение на предусмотренных информационным сообщением условиях, а лишь информирует орган местного самоуправления о своей заинтересованности в заключении концессионного соглашения в отношении объектов муниципального имущества на определенных условиях. Вместе с тем, администрацией заявка третьего лица о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения в отношении спорных объектов теплоснабжения, признана несоответствующей требованиям, предъявляемым частью 4.1 статьи 37 Закона №115-ФЗ, поскольку третье лицо не подтвердило наличие средств или возможности их получения в размере не менее пять процентов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций. Однако лицо, подающее заявку о готовности к участию в конкурсе, только декларирует свое соответствие предъявляемым требованиям. Действующим законодательством не предусмотрена обязанность приложения таким лицом каких-либо документов, подтверждающих заявленное соответствие. Иной подход администрации к необходимости предоставления лицом, подающим заявку о готовности к участию в конкурсе всех документов, как для лица, выступающего с инициативой заключения концессионного соглашения, не соответствует толкованию норм права и арбитражно-судебной практике их применения (постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.08.2020 по делу № А33-38218/2019).

Таким образом, предоставление сведений о том, что у организации имеется необходимая денежная сумма, возможна разными документами. Кроме того, ООО "РКап КК №10" подтвердило возможность получения денежных средств и не от кредитной организации, что также не запрещено законодательством.

Еще раз отметим, что в соответствии с Письмом ФАС России №РП/83261/19 от 24.09.2019 публичная процедура, предусмотренная частями 4.7, 4.8 статьи 37 Федерального закона "О концессионных соглашениях" по размещению на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" № 115-ФЗ от 21.07.2005 для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации www.torgi.gov.ru, предложений о заключении концессионного соглашения в целях принятия заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, определенных в проекте концессионного соглашения в отношении объекта концессионного соглашения, по своей сути не является процедурой проведения торгов. Данная процедура информирования неограниченного круга лиц о поступлении предложения о заключении концессионного соглашения и согласии органа власти на заключение такого соглашения не предусматривает подачу каких-либо предложений об улучшении условий заключения концессионного соглашения, не предполагает обязанности лиц, подающих заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, заключить концессионное соглашение на предусмотренных информационным сообщением условиях, и служит цели выявления иных лиц, заинтересованных в заключении концессионного соглашения в отношении отдельного объекта государственного (муниципального) имущества на определенных условиях.

По вышеуказанным обстоятельствам правового основания для принятия решения об осуществлении процедуры заключения концессионного соглашения с лицом, выступившим с инициативой о заключении концессионного соглашения, на условиях, предусмотренных в предложении о заключении концессионного соглашения и проекте концессионного соглашения, без проведения конкурса у Министерства Кузбасса не имеется.

Согласно ч.4.7 и 4.8 ст.37 Закона о концессионных соглашениях (в случае принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения на предложенных инициатором условиях или на иных условиях, чем предложено инициатором заключения соглашения, орган, уполномоченный Правительством Российской Федерации, либо субъектом Российской Федерации, либо муниципальным образованием 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 (далее - официальный сайт), 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, или на иных условиях, чем предложено инициатором, в отношении объекта концессионного соглашения, предусмотренного в предложении о заключении концессионного соглашения, от иных лиц, отвечающих требованиям, предъявляемым ч.4.1 ст.37 Закона о концессионных соглашениях к инициатору.

Таким образом, принимая во внимание, что в соответствии с ч.4.7 и 4.8 ст.37 Закона о концессионных соглашениях иные лица должны соответствовать требованиям, предъявляемым к инициатору, и только поступление заявок от таких лиц будет являться основанием для проведения конкурса в соответствии с ч.4.9 ст.37 Закона о концессионных соглашениях, требования к составу документов, подтверждающих сведения о соответствии иных лиц установленным законом требованиям, также должны быть едиными.

В соответствии с ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов запрещается принимать акты и осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в том числе к созданию дискриминационных условий.

Запрет, установленный ст.15 Закона о защите конкуренции, адресован органам, осуществляющим властные функции, в целях предупреждения их негативного вмешательства в конкурентную среду посредством использования административных инструментов.

В случае выявления признаков нарушения ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции в целях пресечения действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо ущемлению интересов неопределенного круга потребителей, антимонопольным органом может быть выдано предупреждение в письменной форме о прекращении действий (бездействия), об отмене или изменении актов, которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, либо об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения.

Согласно п.7 ст.4 Закона о защите конкуренции конкуренция определена как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

При этом диспозиция ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции указывает, что достаточным основанием для вывода о нарушении данной нормы является создание условий возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции.

На основании ч.2 ст. 168 ГК РФ сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

В соответствии с ч.2 ст.201 АПК РФ, п.6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 01.07.1996 №6/8 ненормативный акт государственного органа может быть признан недействительным при одновременном его несоответствии закону и нарушением его изданием прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В нарушении ч.4.9 и ч.4.11 ст.37 Закона о концессионных соглашениях, ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции, а также для Заявителя были созданы условия возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции.

На основании вышеизложенного,

ПРОШУ:

1. проверить должностных лиц на нарушение Закона о противодействии коррупции;
2. принять меры для привлечения к установленной законом ответственности виновных в противоправных действиях лиц;

Приложения:

1. копия Информации Министерства Кузбасса от 02.06.2021;
2. копия Положения ФАС России от 03.02.2021 №ГМ/7455/21;
3. копия Положения Минэкономразвития России от 26.02.2021 №Д18и-5149;
4. копия Предупреждения Алтайского УФАС России от 28.01.2021 №4/2021;
5. копия Предложения Инициатора;
6. копия Доверенности ООО "РКап КК №10" на Дугинова О.В.

Представитель ООО "РКап КК №10"