



Антимонопольные риски концессионных проектов

Российская Неделя ГЧП

Мастер-класс Дениса Качкина

24/04/2019



КАЧКИН И ПАРТНЕРЫ
адвокатское бюро

Полномочия ФАС в сфере контроля (концессионная сфера)

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»:

- Процедуры торгов (статья 18.1)
 - Ограничение конкуренции на торгах (статья 17)
 - Действия / бездействие органов власти, приводящие к ограничению конкуренции (статья 15)
 - Сговор (статьи 16, 17)
- + Издание писем и разъяснений; нормотворческая деятельность ФАС РФ

Оспаривание в антимонопольном органе действий (бездействия) организатора торгов, конкурсной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или если торги признаны несостоявшимися (1)

Критерий	Описание
Уполномоченные заявители	<ul style="list-style-type: none">▪ лица, подавшие заявки на участие в торгах▪ иные лица (заявители), права или законные интересы которых могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов, если обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах
Сроки обжалования	<ul style="list-style-type: none">▪ не позднее 10 дней со дня подведения итогов торгов / размещения результатов торгов на сайте▪ если заключение договора не осуществлено по результатам торгов, либо в случае признания торгов несостоявшимися – в течение 3 месяцев со дня подведения итогов торгов / размещения результатов торгов на сайте
Последствия принятия жалобы к рассмотрению	Приостановление торгов до рассмотрения жалобы по существу
Срок рассмотрения жалобы	7 рабочих дней (+7 рабочих дней)

Оспаривание в антимонопольном органе действий (бездействия) организатора торгов, конкурсной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или если торги признаны несостоявшимися (2)

Критерий	Описание
Особенность (!)	<p>Если в ходе рассмотрения жалобы комиссией установлены иные нарушения в актах и (или) действиях (бездействии) организатора торгов, конкурсной комиссии, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.</p> <p>Примеры:</p> <ul style="list-style-type: none">▪ «Башкирское дело» (размер публичного финансового участия, требование о наличии опыта финансирования)▪ «дело ХМАО» (подтверждение соответствия требованиям предварительного отбора третьими лицами, требование о финансовой состоятельности)
Результаты рассмотрения жалобы	<p>Если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений (нарушений порядка организации и проведения торгов, заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися), принимается решение о необходимости выдачи предписания.</p> <p>Предписание – о совершении действий, направленных на устранение нарушений, в том числе предписания об отмене протоколов, о внесении изменений в документацию о торгах, извещение о проведении торгов, об аннулировании торгов</p>
Судебный порядок	<p>Решение или предписание комиссии антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке в течение 3 месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания.</p> <p>Обжалование актов и (или) действий (бездействия) организатора торгов, конкурсной комиссии в антимонопольный орган не является препятствием для обжалования в судебном порядке</p>

Признание торгов и договора недействительными в судебном порядке

Основное нормативное регулирование:

- ГК РФ (ст. 449)

Торги могут быть признаны недействительными в случае если:

- кто-либо необоснованно был отстранен от участия в торгах
- на торгах неосновательно была не принята высшая предложенная цена
- продажа была произведена ранее указанного в извещении срока
- были допущены иные существенные нарушения порядка проведения торгов, повлекшие неправильное определение цены продажи
- **были допущены иные нарушения правил, установленных законом**

Особенности:

- торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску **заинтересованного лица** в течение 1 года со дня проведения торгов
- признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги

Заинтересованное лицо – в т. ч. антимонопольный орган - при наличии действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции (ч. 4 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»)

Согласование изменения условий соглашения (1)

Действующее регулирование:

Согласование антимонопольного органа

(1) изменение существенных условий соглашения, концедентом в котором является субъект РФ или МО, в т. ч. продление срока действия соглашения

(2) изменение всех условий соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения, водоотведения (за отдельными исключениями)

исчерпывающий перечень оснований для согласования изменений
Постановление Правительства РФ от 24.04.2014 № 368

(!) Если концедентом является РФ, и условия соглашения изменяются на основании акта Правительства РФ, проект такого акта согласовывается с ФАС России в соответствии с Регламентом Правительства РФ, и отдельное согласование изменений не требуется

Последствия неполучения согласования:

- по общему правилу оспоримость сделки (ст. 173.1 ГК РФ – недействительность сделки, совершенной без необходимого в силу закона согласия государственного органа)
- сделка может быть признана недействительной по иску лица, уполномоченного давать согласие (антимонопольный орган)

Согласование изменения условий соглашения (2)

Практика

Есть примеры отказов в согласовании, например:

- решение Ленинградского УФАС от 13.02.2018 – отсутствие основания для согласования изменения объема реконструкции и срока реконструкции
- решения Новосибирского УФАС от 09.03.2017 и 17.07.2017 – отсутствие основания для согласования изменения (концессионное соглашение в отношении объектов, используемых для обработки, обезвреживания и захоронения ТКО в Новосибирской области). 05.10.2017 Новосибирское УФАС выдало концеденту предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, путем приведения сторон концессионного соглашения в первоначальное положение, существовавшее на момент заключения соглашения, до внесения в него несогласованных изменений дополнительными соглашениями № 1, 2 от 07, 08 августа 2017 г.

Полномочия ФАС в процедуре ЧКИ

Компетентен ли ФАС рассматривать жалобы на нарушения в процедуре бесконкурсного заключения соглашения (ст. 37 Закона о концессиях)?

- Возможные злоупотребления инициаторов: включение в текст проекта КС ограничивающих конкуренцию условий, положений, нарушающих законодательство и т. п.
- Возможные злоупотребления концедентов: нарушения процедуры, сроков рассмотрения и отказов
- Полномочия непосредственно не предусмотрены законодательством о защите конкуренции
- Неоднородная практика региональных управлений ФАС

! Письмо ФАС РФ от 26 октября 2018 г. № РП / 86694 / 18 «О практике применения концессионного законодательства при заключении концессионного соглашения»

Полномочия антимонопольного органа по рассмотрению жалоб при частной инициативе (1)

Стороны спора	Описание проекта	Требование
<p>Заявитель – ООО «Экоинжиниринг-Сургут»</p> <p>Ответчик – УФАС по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре</p> <p>Третьи лица – департамент промышленности ХМАО – Югры (Департамент), ООО «МИРТ», ЗАО «ПОЛИГОН-ЛТД», ООО «Экологджигрупп», ООО «Тюменское экологическое объединение», ООО «Компания «Рифей»</p>	<p>Создание и эксплуатация системы коммунальной инфраструктуры – объектов, используемых для обращения твердых коммунальных отходов в ХМАО – Югре: комплексного межмуниципального полигона твердых коммунальных отходов и завода по обработке твердых коммунальных отходов для города Сургута и населенных пунктов Сургутского района</p>	<p>О признании незаконными действий по отказу в рассмотрении жалобы и обязанности принять жалобу к рассмотрению</p>

Полномочия антимонопольного органа по рассмотрению жалоб при частной инициативе (2)

Отдельные обстоятельства дела:

- заявитель (ООО «Экоинжиниринг-Сургут») подал предложение о заключении концессионного соглашения
- заявка о готовности к участию в конкурсе третьего лица (ООО «ТЭО») была признана соответствующей требованиям законодательств
- заявитель обратился в антимонопольный орган с жалобой, в которой просил в соответствии с ч. 11 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции* приостановить процедуру конкурса на право заключения концессионного соглашения, выдать Департаменту предписание об отмене протокола в части признания ООО «ТЭО» и его заявки соответствующим требованиям Закона о концессиях и в части заключения соглашения на конкурсной основе, а также выдать Департаменту предписание об устранении нарушений порядка рассмотрения заявок о готовности участия в конкурсе, обязав Департамент отклонить заявку ООО «ТЭО» и принять в соответствии с ч. 4.10 ст. 37 Закона о концессиях решение о заключении соглашения с ООО «Экоинжиниринг-Сургут» без конкурса
- антимонопольный орган уведомил заявителя жалобы о том, что оспариваемые им действия (процедура) не являются формой торгов, и у него отсутствуют полномочия по рассмотрению жалобы

* Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Полномочия антимонопольного органа по рассмотрению жалоб при частной инициативе (3)

Выводы судов:

Признать незаконными действия антимонопольного органа по отказу в рассмотрении жалобы заявителя и обязать антимонопольный орган восстановить нарушенные права заявителя в связи со следующими обстоятельствами:

- к полномочиям антимонопольного органа отнесено возбуждение и рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства, а также рассмотрение жалоб на нарушение процедуры обязательных по законодательству РФ торгов, продажи публичного имущества. При этом рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства осуществляется по правилам гл. 9, а рассмотрение жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров – по правилам ст. 18.1
- антимонопольный орган самостоятельно определяет, по правилам какой из административных процедур следует рассматривать поступившее к нему обращение; отсутствие в заявлении ссылок на процессуальные нормы Закона о защите конкуренции, в соответствии с которыми подлежит рассмотрению такое обращение, или наличие ссылок на не подлежащие применению нормы не является основанием для отказа в его рассмотрении

Полномочия антимонопольного органа по рассмотрению жалоб при частной инициативе (4)

- Закон о защите конкуренции не исключает возможность рассмотрения заявления (жалобы) юридических и физических лиц при наличии оснований как по правилам ст. 18.1 на предмет установления нарушений процедуры обязательных торгов, так и по правилам гл. 9 с целью выявления нарушений антимонопольного законодательства
- в жалобе заявителя были доводы о нарушении законодательства о защите конкуренции, поскольку допуск заявки, не отвечающей требованиям Закона о концессиях, по мнению заявителя, ставит данного участника в неравное положение по сравнению с другими хозяйствующими субъектами. Антимонопольным органом не представлены доказательства уведомления заявителя об оставлении его обращения без рассмотрения либо о результатах рассмотрения в порядке ст. 44 Закона о защите конкуренции (гл. 9)
- жалоба заявителя подлежала рассмотрению в порядке ст. 44 Закона о защите конкуренции (гл. 9) (апелляционный суд)

Последнее решение по делу:

Постановление АС Западно-Сибирского округа от 07.12.2018 по делу № А 75-2825 / 2018

Спасибо за внимание



Денис Качкин

Управляющий партнер

«Качкин и Партнеры»

e-mail: denis.kachkin@kachkin.ru

+7 812 602 02 25

+7 921 969 85 05

Санкт-Петербург, Россия

www.kachkin.ru