

УДК/UDC 347.45/.47

К вопросу об ограничении конкуренции в результате предъявления недопустимых требований к участникам конкурса на право заключения концессионного соглашения

Гусева Ольга Николаевна

студентка юридического факультета

Кубанский государственный аграрный университет им. И. Т. Трубилина

г. Краснодар, Россия

e-mail: olga.gs313@gmail.com

Негишинская Любовь Федоровна

кандидат юридических наук, доцент кафедры частного и предпринимательского права

Кубанский государственный аграрный университет им. И. Т. Трубилина

г. Краснодар, Россия

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы, связанные с ограничением конкуренции в результате предъявления к участникам конкурса на право заключения концессионного соглашения недопустимых требований. Прежде всего речь идет о том, что законодатель устанавливает два важных положения о конкурсной документации: первое — о том, что конкурсная документация должна содержать требования, которые предъявляются к участникам конкурса (в том числе требования к их квалификации, профессиональным, деловым качествам) и в соответствии с которыми проводится предварительный отбор участников конкурса; второе — о том, что конкурсная документация не должна содержать требования к участникам конкурса, необоснованно ограничивающие доступ кого-либо из участников конкурса к участию в конкурсе или создающие преимущественные условия участия в конкурсе кому-либо из участников конкурса. Делается обоснованный вывод, что основной причиной споров по заключению концессионных соглашений является наличие в конкурсной документации требований, ограничивающих доступ участников конкурса к участию в нем.

Ключевые слова: заключение концессионного соглашения; конкурс на право заключения концессионного соглашения; конкурсная документация, необоснованно ограничивающая доступ к участию в конкурсе; преимущественные условия участия в конкурсе, содержащиеся в конкурсной документации.

On the Issue on Limitation of Competition in the Result of Presentation of Inadmissible Requirements to Bidders on the Right to Conclude a Concession Agreement

Guseva Olga Nikolayevna
student of the Faculty of Law
Kuban State Agrarian University
Krasnodar, Russia
e-mail: olga.gs313@gmail.com

Netishinskaya Lyubov Fedorovna
Candidate of Law, assistant professor of the Department of International Private and
Business Law
Kuban State Agrarian University
Krasnodar, Russia

Abstract

The article deals with issues related to restriction of competition as a result of imposing inadmissible requirements on bidders for the right to conclude a concession agreement. First of all, we are talking about the fact that the legislator establishes two important provisions on the tender documentation: the first is that the tender documentation must contain requirements that apply to tender participants (including requirements for their qualifications, professional and business qualities) and in accordance with which the preliminary selection of participants of the competition is carried out; the second is that the tender documentation should not contain requirements for the participants of the competition, unreasonably restricting the access of any of the participants of the competition to participate in the competition or creating preferential conditions for participation in the competition to any of the participants of the competition. A reasonable conclusion is made that the main reason for disputes on concluding concession agreements is the presence in the tender documentation of

requirements that restrict the access of participants to participate in it.

Key words: conclusion of concession agreement, competition for the right to conclude a concession agreement, tender documentation unreasonably restricting access to participation in competition, preferential conditions for tender participation contained in tender documentation.

Концессия, или концессионное соглашение, является формой государственно-частного партнерства, взаимодействия публичных субъектов (государства, муниципальных образований) с частным сектором (юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями) путем заключения концессионного соглашения на взаимовыгодных условиях. Как правило, такие условия основаны на интересе, который является причиной действий участников гражданского оборота и предпосылкой возникновения договорных обязательств — концессионного соглашения. Легальное определение концессионного соглашения дается в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 115–ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессиях) [1], там же содержатся основные положения о процедуре его заключения, правах и обязанностях сторон.

Вышеназванным Законом о концессиях устанавливается порядок проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, где цель конкурса — выбор конкурсной комиссией лица, которое, согласно ее заключению, предлагает наиболее подходящие условия выполнения необходимых задач [2]. Конкурс целесообразно проводить для выбора поставщиков, специалистов или исполнителей из числа лиц, которые отвечают определенным установленным квалификационным требованиям. В числе таких требований — наличие у его участников необходимых возможностей для участия в конкурсе.

Как следует из норм Закона о концессиях, конкурсная документация должна включать определенный перечень, предъявляемых к участникам конкурса требований, в соответствии с которыми будет в дальнейшем проводиться предварительный отбор участников конкурса. К таким требованиям можно отнести требования к квалификации, профес-

сиональным и деловым качествам. Таким образом, можно заметить, что в действующем законодательстве перечень требований, предъявляемых к участникам конкурса, является открытым, в связи с чем организатор торгов вправе самостоятельно определять критерии допуска к участию в конкурсе. Важно то, что в конкурсной документации не должно содержаться требований к участникам конкурса, которые необоснованно ограничивали бы доступ кого-либо из участников конкурса к участию в конкурсе или могли создать кому-либо из участников конкурса преимущественные условия участия в конкурсе. При этом в ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) устанавливается, что при проведении торгов могут быть признаны несанкционированными такие действия, которые приводят или могут привести к неравномерному ограничению или даже устранению конкуренции [3]. Судебная практика показывает, что одним из оснований для возникновения споров по заключению концессионного соглашения является ограничение конкуренции в результате предъявления к участникам торгов недопустимых с точки зрения закона требований и предоставления отдельным участникам соответствующих конкурентных преимуществ. Представляется, что основной причиной данных споров является конкурсная документация, которая в некоторых случаях содержит требования, предъявляемые к участникам конкурса, которые необоснованно ограничивают доступ какого-либо из претендентов на право заключения концессионного соглашения к участию в конкурсе и создают, таким образом, кому-либо из участников преимущественные условия. В Определении Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ № 305-КГ17-2243 [4] отмечено, что конкретное условие торгов может быть признано незаконным только в том случае, если будет установлено, что данное условие включено специально, чтобы помочь одержать победу конкретному участнику конкурса. При этом в определении прямо указывается, что требования к участникам закупки могут рассматриваться как нарушающие действующее законодательство в том случае, если ФАС докажет несоответствие формирования условий закупки целям и потребностям процедур, прово-

димых заказчиком. Как следствие, можно сделать вывод, что основополагающим критерием, определяющим законность предъявления тех или иных требований к участнику конкурса, выступает их обоснованность. В Постановлении Президиума ВАС РФ по делу № А06-6611/2009 отмечается, что основной задачей законодательства, определяющего порядок проведения торгов, является выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов [5].

В свете вышеизложенного можно согласиться с мнением Арбитражного суда Московского округа, изложенным в его постановлении [6], что включение требований в конкурсную документацию о наличии у претендентов на участие в конкурсе опыта создания аналогичных объектов, а также, например, отсутствие негативных изменений финансового положения (в том числе наличия просроченной кредиторской задолженности перед третьими лицами) не противоречат Закону о концессионных соглашениях и Закону о защите конкуренции. Данную позицию по делу поддержал и Арбитражный суд города Москвы в рамках нового рассмотрения данного дела, указав, что включение в конкурсную документацию требований о наличии у претендента на участие в конкурсе опыта финансирования создания аналогичных объектов и отсутствие негативных изменений финансового состояния не противоречат Закону о концессионных соглашениях, так как характеризуют квалификацию, профессиональные и деловые качества претендента и преследуют цель выявить риск неисполнения концессионного соглашения со стороны концессионера на более ранних этапах [7]. Девятый арбитражный апелляционный суд, постановлением которого были отменены результаты открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения о финансировании, строительстве, реконструкции и эксплуатации автомобильной дороги общего пользования регионального значения Республики Башкортостан также отметил, что вышеназванные требования являются одними из основополагающих для реализации инвестиционного проекта по

концессионному соглашению, поскольку возлагают обязанность на концессионера привлекать денежные средства для строительства объектов и данные требования, наряду с требованием о наличии опыта строительства, являются необходимыми требованиями к квалификации [8].

Ранее суды и Федеральная антимонопольная служба довольно часто признавали ограничивающими конкуренцию такие требования к участникам конкурса, как наличие опыта в производстве оборудования, входящего в состав объекта концессионного соглашения, финансовая состоятельность и отменяли результаты проведенных концессионных конкурсов. Тем не менее достаточно сложным представляется определить правильность выводов судов в данном случае, поскольку обоснованность тех или иных требований к участнику конкурса должна определяться исходя из обстоятельств конкретного дела.

Обратимся к Постановлению ФАС Северо-Западного округа по делу № А13-12057/2010 [9]. В данном случае Администрацией муниципального образования, которая являлась организатором конкурса, было размещено в сети Интернет сообщение о проведении конкурса, где к участникам было предъявлено в качестве требования наличие опыта работы не менее четыре лет по предоставлению услуг по транспортировке электрической энергии. Согласно итогам проведенного предварительного отбора участников конкурса, конкурсная комиссия приняла оформленное протоколом решение о том, что две из трех организаций, подавших заявки, не подтвердившие необходимого опыта работы, не допускаются к участию в конкурсе. Как следствие, концессионное соглашение было заключено с третьей организацией, подавшей заявку. Подробно изучив все обстоятельства дела, суд пришел к заключению, что включение концедентом в конкурсную документацию требований к опыту работы самого конкурсанта является ограничением конкуренции. По мнению ФАС, эти действия не только ограничивают, но и препятствуют выходу на рынок электроснабжения вновь созданным предприятиям, даже тогда, когда они обладают соответствующей производственной базой, квалифицированным персоналом и материальными ресурсами. Таким образом, предъ-

являемые требования к финансовой состоятельности, стабильности, наличию опыта финансирования, производства или поставки товаров могут быть признаны в некоторых случаях обоснованными, если данные требования, к примеру, были вызваны необходимостью снижения расходов на реализацию проекта.

Стоит заметить, что в случае, если допущенные нарушения при проведении конкурса существенно не повлияли на результаты конкурса и не повлекли неправильное определение победителя, суды могут отказать в признании такого конкурса недействительным. Бремя доказывания в данном случае лежит на истце. Так, считая конкурс на право заключения концессионного соглашения проведенным с нарушениями действующего законодательства, Общество обратилось в арбитражный суд с соответствующим исковым заявлением. В ходе рассмотрения данного дела, на основании представленных доказательств, судами было установлено нарушение положений Закона о концессионных соглашениях, порядок представления конкурсных предложений был признан не соответствующим законодательно установленным требованиям. Вместе с тем данных о том, что указанное нарушение повлияло на результаты конкурса, повлекло нарушение прав и законных интересов участников конкурса, а также иных лиц представлено не было. Конкурсные предложения Обществом и Компанией были подготовлены и представлены в установленный срок. Итак, можно сделать соответствующий вывод, что допущенное нарушение, вследствие отсутствия каких-либо негативных последствий, не является основанием для признания итогов конкурса и заключенного по его результатам концессионного соглашения недействительными. Судом было отмечено, что исходя из порядка оценки заявок на участие в конкурсе, установленного конкурсной документацией, критериев оценки и порядка определения коэффициента, итоговая величина оценки конкурсного предложения Компании, которая была признана победителем конкурса, в любом случае была бы выше. Изучив обстоятельства дела, а также заслушав доводы сторон и исследовав представленные по делу доказательства, суд пришел к выводу, что допущенные нарушения при

проведении конкурса не оказали существенного влияния на результаты конкурса и не стали следствием неправильного определения победителя. Обществом, в нарушение ст. 65 АПК РФ, не было представлено доказательств, свидетельствующих о том, что нарушения, на которые оно ссылается как на основания для признания конкурса недействительным, повлияли на определение победителя конкурса. При таких обстоятельствах суды правомерно отказали Обществу в удовлетворении заявленных требований.

Таким образом, несмотря на то что существует достаточно много особенностей в части подготовки и проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, сама процедура в законодательстве регламентирована достаточно подробно. По нашему мнению, это во многом зависит от особенностей субъектного состава и особого перечня объектов концессионного соглашения, которые зачастую представляют особую важность для публичного партнера, являются достаточно сложными и затратными проектами, а также большого влияния в этой сфере интересов публично-правового характера.

Список литературы

1. О концессионных соглашениях: Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.
3. О защите конкуренции: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.
4. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 31.07.2017 № 305-КГ17-2243 // Законы, кодексы и нормативно-правовые акты в Российской Федерации. URL: <http://legalacts.ru>.
5. Постановление Президиума ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10 по делу № А06-6611/2009 // Федеральные арбитражные суды Российской Федерации. URL: <http://arbitr.ru>.
6. Постановление Арбитражного Суда Московского округа от 18 июля 2017 г. по делу № А40-204433/2016 // Судебные и нормативные акты РФ. URL:

<http://sudact.ru>.

7. Решение Арбитражного суда города Москвы от 25 октября 2017 г. по делу № А40-204433/2016 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <http://sudact.ru>.

8. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 г. по делу № А40-23141/17 // Справочно-правовая система «Консультант Плюс».

9. Постановление ФАС Уральского округа от 07.11.2011 № Ф09-7112/11 // ЛЕСАР. URL: <http://lesar.ru>.