

*Российская Федерация¹
«Конкуренция за рынок»
Глобальный форум по конкуренции
Комитет по конкуренции ОЭСР
5-6 декабря 2019 года*

Что касается конкуренции за рынок и различных форм взаимодействия государственных и бизнес структур, следует отметить, что в законодательстве Российской Федерации признается ряд форм государственно-частного партнерства.

Действующее законодательство предусматривает партнерство между государственным или муниципальным органом с одной стороны и частным партнером с другой стороны (далее - ГЧП) на основе соглашения о государственно-частном партнерстве, концессионного соглашения, специальных инвестиционных договоров и договоров о разделе продукции.

В настоящее время одной из наиболее распространенных форм ГЧП является концессионное соглашение.

Концессионные соглашения регулируются Федеральным законом от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях». Важно отметить, что закон о концессионных соглашениях, в отличие от закона о ГЧП, не предполагает возникновения у частного инвестора права собственности на объект инфраструктуры, оно остается у государства.

По концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (далее - объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности².

ФАС России участвует в подготовке проектов нормативных правовых актов по концессионным соглашениям и соглашениям о ГЧП федерального уровня,

¹ Доклад был подготовлен совместно с Ассоциацией антимонопольных экспертов

² Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»

а также контролирует соблюдение антимонопольного законодательства при заключении и реализации концессионных соглашений. В частности, рассматривает жалобы на проведение конкурсов по таким соглашениям³ и заявления, указывающие на признаки ограничения или устранения конкуренции⁴.

В целях поддержания и развития конкуренции на рынке российское законодательство содержит следующие положения.

1. Во-первых, законодательство определяет сферы и рынки, в которых разрешено ГЧП. Например, Закон о ГЧП и Закон о концессии предусматривают соответствующие объекты государственно-частных соглашений, к которым относятся частные автомобильные дороги, автомобильные дороги, объекты трубопроводного транспорта, морские и речные порты, самолеты, аэропорты и т.д. Существующая нормативно-правовая база постоянно пересматривается и изменяется, чтобы соответствовать текущим вызовам и изменениям рынка.

Таким образом, в контексте глобальной цифровизации поправки к Закону о концессии (от июля 2018 года) способствовали заключению концессионных соглашений на рынке информационных технологий. Предполагается, что данные изменения не только сократят расходы на информатизацию государственного и муниципального управления, но и существенно ускорят темпы цифровизации страны, что повысит качество конкуренции на этих рынках.

Таким образом, российское законодательство определяет рынки, на которых отсутствие рыночной конкуренции должно компенсироваться конкуренцией за рынок.

2. В большинстве случаев заключение соглашений о ГЧП включает этап конкурсного отбора частного партнера. По общему правилу, соглашения между государственными и частными партнерами заключаются по результатам проведения тендера на право заключения такого соглашения. Заключение договора без проведения торгов допускается только в случаях, строго ограниченных законом.

³ Статья 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

⁴ Глава 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Что касается ответственности, договор, заключенный с нарушением правил проведения конкурса, является недействительным. В частности, в действующем законодательстве подчеркивается, что отсутствие публичных конкурентных торгов по концессии ведет к ограничению или искажению конкуренции, поэтому непосредственно заключенные контракты считаются недействительными и ничтожными.

3. Перечень критериев для проведения торгов является еще одним важным инструментом, позволяющим государству поддерживать конкуренцию при проведении торгов.

По общему правилу, Закон о концессии устанавливает исчерпывающий перечень критериев:

- 1) сроки создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения;
- 2) период со дня подписания концессионного соглашения до дня, когда созданный и (или) реконструированный объект концессионного соглашения будет соответствовать установленным концессионным соглашением технико-экономическим показателям;
- 3) технико-экономические показатели объекта концессионного соглашения;
- 4) объем производства товаров, выполнения работ, оказания услуг при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
- 5) период со дня подписания концессионного соглашения до дня, когда производство товаров, выполнение работ, оказание услуг при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, будет осуществляться в объеме, установленном концессионным соглашением;
- 6) размер концессионной платы;
- 7) предельные цены (тарифы) на производимые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги, надбавки к таким ценам (тарифам) при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и (или) долгосрочные параметры регулирования деятельности концессионера;
- 8) обязательства, принимаемые на себя концессионером в случаях недополучения запланированных доходов от использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения, возникновения дополнительных расходов при создании и (или) реконструкции объекта концессионного

соглашения, использовании (эксплуатации) объекта концессионного соглашения.

Критерии, не попадающие под закон, могут быть признаны незаконными по решению Федеральной антимонопольной службы России (далее - ФАС России). Таким образом, ФАС России является органом, уполномоченным проверять соответствие процедур проведения торгов законам, в том числе Закону о концессии и Закону о защите конкуренции. В частности, в ФАС России рассматриваются жалобы, касающиеся проведения торгов по концессиям.

Последняя практика ФАС России показывает, что иногда для заключения концессионных договоров организаторы торгов устанавливают критерии, которые приводят к ограничению рыночной конкуренции. Примером является требование к участникам торгов иметь опыт заключения концессионных соглашений.

В обоснование подобных требований организаторы торгов утверждают, что недостаток опыта и финансовых возможностей может привести к невыполнению договорных обязательств. Тем не менее, ФАС России заявила, что наличие или отсутствие опыта заключения концессионных соглашений не может с достаточной уверенностью доказать способность выполнять обязательства по договору концессии, заключенному в рамках тендера.

Напротив, требования к опыту, а также требования к финансовым возможностям способствуют необоснованным ограничениям доступа к участию в тендере и, как следствие, наносят ущерб конкуренции, усложняя вход на рынок.

Данное решение ФАС России также было поддержано Верховным Судом Российской Федерации по делу, основанном на заявлении ООО «Сова Электроникс», в котором рассматривалась правомерность действий Муниципального казенного учреждения «Агентство по продаже муниципальных земель и недвижимости» при организации и проведении открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения по созданию единого технологического комплекса обустройства автомобильных дорог для обеспечения функционирования платных парковок города Владивостока.

Суд согласился с выводами ФАС России о том, что конкурсная документация включала в себя требования, которые могли привести к

ограничению конкуренции. ФАС России обязала прекратить выявленного нарушения путем аннулирования конкурса, приведения документации в соответствии с требованиями закона о концессионных соглашениях и повторного проведения торгов в соответствии с требованиями законодательства.

4. Кроме того, для поддержания рыночной конкуренции Закон о концессии допускает проведение совместного конкурса. Согласно статье 5, для целей государственно-частных концессий концессионером является либо индивидуальный предприниматель, либо российское или иностранное юридическое лицо, либо два или более таких юридических лиц, действующих в рамках соглашения о сотрудничестве.

5. Концессионное соглашение может применяться к нескольким объектам, если это не приведет к ограничению, искажению или устранению конкуренции.

6. Существуют и другие ограничения в законодательстве о ГЧП, направленные на защиту конкуренции. Например, права собственности на объект концессии принадлежат только публичному партнеру. Поэтому частный партнер не обладает эксклюзивным правом собственности на основании концессионного соглашения.

Что касается государственных или муниципальных объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения (далее - жилищно-коммунальное хозяйство), регулируемых концессией, следует отметить, что такие объекты могут быть переданы частному оператору на основании договора аренды, концессионного соглашения или переданы унитарному предприятию для хозяйственного или оперативного управления.

В то же время передача объекта унитарному предприятию препятствует развитию конкуренции, поскольку создает для таких предприятий льготные условия с точки зрения получения государственных или муниципальных объектов для временного владения и (или) использования и лишает других лиц, занимающихся подобными видами деятельности, возможности получить права на эти объекты и войти на соответствующий рынок.

В связи с этим ФАС России пришла к выводу, что передача объектов коммунальной инфраструктуры на условиях концессионных соглашений является одним из эффективных решений по привлечению инвестиций в сферу жилищно-коммунального хозяйства, а также по повышению качества товаров, работ и услуг, предоставляемых потребителям.

7. Хотя ФАС России не оценивает концессионные соглашения (аналогично регулированию слияний) на этапе проведения торгов, ФАС России осуществляет контроль за исполнением концессионных соглашений в соответствии с антимонопольным законодательством.

8. ФАС России также участвует в разработке нормативно-правовых актов, регулирующих концессионные соглашения и соглашения о ГЧП, для оценки соответствия его положений антимонопольным требованиям.

ФАС России постоянно стремится к совершенствованию законодательства о ГЧП, чтобы стимулировать принятие рисков, инвестиции и инновации.

Кроме того, ФАС России обладает уникальным опытом поддержки конкуренции на рынках, где ключевым игроком является государственное или муниципальное унитарное предприятие. Являясь наследием советского прошлого, унитарные предприятия относятся к коммерческим организациям, которые не наделены правом собственности на имущество, предоставленное ему собственником (государством или муниципалитетом). Регламенты унитарного предприятия должны содержать описание объекта и целей деятельности предприятия.

По мнению ФАС России, участие унитарных предприятий в экономической деятельности оказывает наиболее негативное влияние на конкуренцию на рынках и замедляет развитие отрасли. Причиной такому выводу послужило то, что унитарные предприятия фактически имеют неограниченный доступ к бюджетным средствам через своих владельцев с одной стороны, а также «обеспеченный спрос» на продукты компании, которые гарантированы ее владельцами с другой стороны. Учитывая это, унитарные предприятия могут быть легко вовлечены в вытеснение конкурентов или другие дискриминационные действия, которые наносят ущерб рыночной конкуренции. Наличие унитарного предприятия обычно создает высокие барьеры для входа на рынок.

В целях защиты конкуренции и сокращения доли участия государства в конкурентных рынках ФАС России предлагает ограничить создание новых унитарных предприятий и изменить правовой статус уже существующих. Чтобы ограничить создание новых унитарных предприятий и приобретение государством частных компаний на конкурентных рынках, о таких сделках следует уведомлять ФАС России до их осуществления и после заключения соглашения. При проведении оценки ФАС России будет учитывать концентрацию рынка, структуру спроса и предложения, возможность эффективной конкуренции за рынок или на рынке.

Подводя итог, следует отметить, что ФАС России не поддерживает присутствие государства на конкурентном или гипотетически конкурентном рынке. В связи с этим ФАС России поддерживает заключение концессионных соглашений, проведение конкурсов на право заключения концессионных соглашений и снижение присутствия государства на конкурентных рынках. Кроме того, ФАС России постоянно стремится к совершенствованию законодательства о ГЧП с целью унификации правил конкурсного отбора частного партнера и введения электронных тендеров, которые снизят барьеры и антиконкурентное поведение в области предоставления концессий, с одной стороны, и будет поощрять принятие рисков, инвестиции и инновации, с другой стороны.