**ПРОТОКОЛ** № 2

**обучающего семинара на тему:**

**«**Обобщение практики территориальных органов ФАС России по квалификации действий органов власти и местного самоуправления по непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения в качестве ограничивающих конкуренцию**»**

«15» декабря 2020 года

 г. Тимашевск

 **Присутствовали:**

Начальник юридического отдела администрации муниципального образования Тимашевский район Коломенцова Т.А., заместитель начальника юридического отдела администрации муниципального образования Тимашевский район Рудина Ю. В., начальник и специалисты отдела ЖКХ, транспорта и связи, земельных и имущественных отношений администрации муниципального образования Тимашевский район.

**Докладчик**: начальник юридического отдела Т.А. Коломенцова:

По результатам обобщения практики территориальных органов ФАС России по квалификации действий органов власти и местного самоуправления по непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения в качестве ограничивающих конкуренцию, во исполнение пункта 3 раздела V протокола заседания Совета территориальных органов ФАС России от 19.09.2017 № 2 ФАС России направил настоящие разъяснения.

Во исполнение пункта 2 раздела V протокола территориальные органы представили практику по квалификации действий органов власти и местного самоуправления по непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения за 2017 год.

Анализ указанной практики показал, что основными нарушениями антимонопольного законодательства в случае не проведения органами государственной власти или органами местного самоуправления конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения являются:

- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения на праве хозяйственного ведения, оперативного управления;

- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения без проведения конкурентных процедур по договорам, не предусмотренным отраслевым законодательством для данного вида имущества (договор безвозмездного пользования, договор хранения (ссуды), договор управления, соглашение о проведении работ по подготовке объектов коммунального назначения к отопительному сезону, их эксплуатации и обслуживанию);

- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения по договору аренды вместо концессионного соглашения, в том числе путем пролонгации договора аренды не в установленном порядке;

- нарушение порядка заключения концессионного соглашения в инициативном порядке;

- заключение концессионного соглашения без проведения торгов в случае, не предусмотренном законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях;

- эксплуатация объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения хозяйствующим субъектом в отсутствии документов, подтверждающих законность права владения и (или) пользования указанным имуществом.

Обращаю ваше внимание, что в случае передачи объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, находящихся в государственной или муниципальной собственности, на праве хозяйственного ведения, территориальным органам ФАС России необходимо руководствоваться правовой позицией, изложенной в [письме ФАС России от 04.10.2017 N ИА/68439/17](https://bazanpa.ru/fas-rossii-pismo-nia6843917-ot04102017-h3867638/).

1. Передача прав на объекты тепло-, водоснабжения и водоотведения по договорам аренды вместо концессионных соглашений.

В соответствии с частями 1 и 3 [статьи 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ](https://bazanpa.ru/gd-rf-zakon-n135-fz-ot26072006-h975387/glava4/statya17.1/) "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции) заключение любых договоров в отношении государственного или муниципального имущества может быть осуществлено только по результатам проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров, за исключением случаев, установленных данной статьей.

В силу части 2 статьи 17.1 Закона о защите конкуренции указанный в части 1 данной статьи порядок заключения договоров не распространяется на имущество, распоряжение которым осуществляется в соответствии с [Земельным кодексом Российской Федерации](https://bazanpa.ru/zk/), [Водным кодексом Российской Федерации](https://bazanpa.ru/vk/), [Лесным кодексом Российской Федерации](https://bazanpa.ru/lesnoy-kodeks/), законодательством Российской Федерации о недрах, законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях, законодательством Российской Федерации о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве.

С момента официального опубликования (08.05.2013) [Федерального закона от 07.05.2013 N 103-ФЗ](https://bazanpa.ru/gd-rf-zakon-n103-fz-ot07052013-h2070215/) "О внесении изменений в Федеральный закон "О концессионных соглашениях" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" (далее - Закон N 103-ФЗ) передача прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, централизованными системами горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельными объектами таких систем, находящимися в государственной или муниципальной собственности, осуществляется с учетом требований, установленных [Федеральном законом от 07.12.2011 N 416-ФЗ](https://bazanpa.ru/gd-rf-zakon-n416-fz-ot07122011-h1769703/) "О водоснабжении и водоотведении" (далее - Закон о водоснабжении и водоотведении) и [Федеральным законом от 27.07.2010 N 190-ФЗ](https://bazanpa.ru/gd-rf-zakon-n190-fz-ot27072010-h1511143/) "О теплоснабжении" (далее - Закон о теплоснабжении).

В соответствии с частью 1 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении передача прав владения и (или) пользования системами и (или) объектами водоснабжения и (или) водоотведения осуществляется по договорам аренды таких систем и (или) объектов, которые заключаются в соответствии с требованиями гражданского законодательства, антимонопольного законодательства Российской Федерации и принятых в соответствии с ними иных нормативных правовых актов Российской Федерации с учетом установленных Законом о водоснабжении и водоотведении особенностей, или по концессионным соглашениям, заключенным в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о концессионных соглашениях, за исключением случая, предусмотренного частью 1 статьи 9 Закона о водоснабжении и водоотведении.

Согласно части 3 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении в случае, если срок, определяемый как разница между датой ввода в эксплуатацию хотя бы одного объекта из числа объектов централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения или одной системы из числа таких систем, одного отдельного объекта таких систем, находящегося в государственной или муниципальной собственности, и датой опубликования извещения о проведении конкурса, превышает пять лет либо дата ввода в эксплуатацию хотя бы одного такого объекта или одной такой системы, одного отдельного объекта таких систем не может быть определена, передача прав владения и (или) пользования такими объектами или системами осуществляется только по концессионным соглашениям (за исключением предоставления в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации указанных прав на это имущество лицу, обладающему правами владения и (или) пользования сетью инженерно-технического обеспечения, в случаях, если это имущество является частью соответствующей сети инженерно-технического обеспечения и данные часть сети и сеть являются технологически связанными в соответствии с законодательством о градостроительной деятельности).

При этом частью 33 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении предусмотрено, что договор аренды систем и (или) объектов, указанных в части 1 данной статьи, заключенный с нарушением требований, установленных частью 3 данной статьи, является ничтожным.

Аналогичные требования в отношении объектов теплоснабжения, находящихся в государственной или муниципальной собственности, содержатся в частях 1, 3, 33 статьи 28.1 Закона о теплоснабжении.

В силу изложенного специальными нормами законодательства Российской Федерации, регулирующими правоотношения в сфере теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в сфере концессионных отношений и подлежащими исполнению органами власти и органами местного самоуправления, установлен специальный порядок передачи прав владения и пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в соответствии с которым передача таких объектов возможна исключительно по концессионным соглашениям.

Таким образом, выбор способа передачи прав владения и (или) пользования объектами жилищно-коммунального назначения (аренда или концессионное соглашение) законодатель связывает с датой ввода указанных объектов в эксплуатацию. Данные требования исключают произвольный выбор органом власти и органом местного самоуправления формы конкурса и формы договора в отношении рассматриваемых объектов.

Согласно части 1 статьи 13 Федерального закона о концессионных соглашениях от 21.07.2005 N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях" (далее - Закон о концессионных соглашениях) концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, за исключением случаев, предусмотренных статьей 37 Закона о концессионных соглашениях, а в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения также случаев, предусмотренных статьями 51, 52, 52.1 Закона о концессионных соглашениях.

Закон о концессионных соглашениях предусматривает определенный перечень требований к содержанию и условиям концессионного соглашения. Круг отношений, регулируемых договором аренды и концессионным соглашением, различен. Предметом договора аренды является предоставлением объекта аренды в пользование за плату. Предмет концессионного соглашения предполагает осуществление деятельности с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения и реконструкцию (создание) такого объекта в период его использования.

Кроме того, статьей 47 Закона о концессионных соглашениях установлен особый перечень критериев конкурса на право заключения концессионного соглашения, объектом которого являются объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем.

Торги на право заключения договора аренды и договор аренды, заключенный по результатам их проведения, влекут нарушение публичных интересов, прав и законных интересов неопределенного круга хозяйствующих субъектов, которые были лишены возможности участвовать в конкурсе на право заключения концессионного соглашения в отношении государственного или муниципального имущества. Порядок проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения и существенные условия данного соглашения детально урегулированы Законом о концессионных соглашениях.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции органам местного самоуправления запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Таким образом, действия органов местного самоуправления, выразившиеся в передаче прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, системами и (или) объектами водоснабжения и (или) водоотведения, дата ввода в эксплуатацию которых более 5 лет либо дата ввода в эксплуатацию хотя бы одного такого объекта или одной такой системы, одного отдельного объекта таких систем не может быть определена, без проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения могут содержать признаки нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, следует учитывать, что действия органов местного самоуправления по передаче на конкурсной основе в аренду объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в отношении которых права владения и (или) пользования должны передаваться только на основании концессионного соглашения, вне зависимости от того, участвовали ли в таком конкурсе один или несколько участников, могут быть квалифицированы как нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, устанавливающего запрет на нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений.

При этом запрет, установленный частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, является безусловным запретом ("per se"), который не требует доказывания фактических или возможных негативных последствий для конкуренции в связи с его нарушением.

По общему правилу, передача прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, находящимися в государственной или муниципальной собственности, должна осуществляться в условиях равного доступа к указанному имуществу всех заинтересованных лиц. Предоставление указанных прав обусловливает получение такими лицами возможности доступа на рынок теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения на соответствующей территории.

Нарушение порядка оценки и неверный выбор формы договора и соответственно процедуры определения лица, которому будут переданы права на муниципальное имущество, очевидно, влияет на итоговый результат.

Действия органа власти или органа местного самоуправления по заключению договора аренды в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения на торгах вместо заключения концессионного соглашения влияют на развитие добросовестной конкуренции, создают преимущества лицам, которым права переданы без проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, ущемляют права и законные интересы неопределенного круга хозяйствующих субъектов - потенциальных участников конкурса на право заключения концессионного соглашения, а также ограничивают доступ на рынок тепло-, водоснабжения, водоотведения с использованием указанных объектов. Указанные действия могут быть квалифицированы антимонопольным органом по части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Обращаем внимание на решения судов, содержащих правовые позиции о нарушении конкуренции в связи с неверным определением формы торгов, а также ничтожности договоров аренды, заключенных по результатам конкурса, в отношении имущества, права на которое может быть передано только по результатам проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения: решения судов по делам N N А48-8436/2016, А04-2372/2017, А22-744/2017, А16-16668/2016, А03-17214/2016.

2. Передача прав на объекты тепло-, водоснабжения и водоотведения без проведения конкурсных процедур.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия).

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 05.04.2011 N 14686/10 достаточным основанием для вывода о нарушении части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции является создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции. В тех случаях, когда требуется проведение конкурса, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, его непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурса в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем.

Передача государственного или муниципального имущества без проведения конкурса конкретному хозяйствующему субъекту в аренду, безвозмездное пользование, концессию или иному договору в случаях, когда законодательством предписано обязательное проведение конкурса на право заключения концессионного соглашения, может содержать в себе признаки нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции ввиду того, что такая передача создает для конкретного субъекта преимущественные условия в получении указанного имущества во временное владение и (или) пользование и препятствует доступу к государственному или муниципальному ресурсу неопределенного круга лиц, которые также могут иметь намерение приобрести указанные права в отношении государственного или муниципального имущества, и, таким образом, может привести к ограничению, недопущению, устранению конкуренции.

 **Решили:** Использовать в работе доведенное до сведения Обобщение практики территориальных органов ФАС России с целью недопущения нарушений антимонопольного законодательства в деятельности администрации и подведомственных ей учреждениях.