



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

25 жовтня 2016 р.

Київ

№ 19-рк

Міністерство інфраструктури України

Про припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють

Антимонопольним комітетом України проведено дослідження щодо дотримання законодавства про захист економічної конкуренції під час організації і проведення конкурсів на право оренди державного нерухомого майна, зокрема розташованого в державному підприємстві «Міжнародний аеропорт «Бориспіль» (далі – ДП «МА «Бориспіль»).

Діяльність щодо оренди державного нерухомого майна регулюється низкою нормативно-правових актів.

Стаття 5 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10.04.1992 № 2269-ХІІ визначає, що орендодавцями є:

Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва - щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, а також майна, що не увійшло до статутного (складеного) капіталу господарських товариств, створених у процесі приватизації (корпоратизації), що є державною власністю, крім майна, що належить до майнового комплексу Національної академії наук України та галузевих академій наук, а також майна, що належить вищим навчальним закладам та/або науковим установам, що надається в оренду науковим паркам та їхнім партнерам;

підприємства, установи та організації - щодо нерухомого майна, загальна площа якого не перевищує 200 квадратних метрів на одне підприємство, установу, організацію, та іншого окремого індивідуально визначеного майна.

Починаючи з 2007 року, закони України про Державний бюджет України на відповідні роки містять імперативну норму, відповідно до якої передача в оренду державного та комунального майна здійснюється виключно на конкурсних засадах.

Порядок проведення конкурсу на право оренди державного майна визначений постановою Кабінету Міністрів України від 31.08.2011 № 906 «Про затвердження Порядку конкурсу на право оренди державного майна» (далі - Порядок).

Згідно з пунктом 3 Порядку конкурс проводить конкурсна комісія (далі – комісія), що утворюється орендодавцем.

У пункті 5 цього Порядку визначені основні умови проведення конкурсів на право оренди державного та комунального майна, до яких належать:

- стартовий розмір орендної плати;
- ефективне використання об'єкта оренди за цільовим призначенням (у разі оренди цілісного майнового комплексу) – відповідно до напряму виробничої діяльності підприємства);
- дотримання вимог щодо експлуатації об'єкта;

- компенсація переможцем конкурсу витрат, пов'язаних з проведенням незалежної оцінки об'єкта оренди, опублікуванням оголошення про конкурс у відповідних засобах масової інформації (у разі відсутності бюджетного фінансування таких витрат).

Частиною третьою пункту 5 цього Порядку визначено, що інші умови включаються до умов конкурсу з урахуванням пропозицій органу, уповноваженого управляти відповідним державним майном.

Відповідно до пункту 30 частини першої статті 6 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» уповноважені органи управління відповідно до покладених на них завдань, з-поміж іншого, надають орендодавцям об'єктів державної власності згоду на оренду державного майна і пропозиції щодо умов договору оренди, які мають забезпечувати ефективне використання орендованого майна та здійснення на орендованих підприємствах технічної політики в контексті завдань галузі.

Частина друга статті 5² цього Закону визначає, що центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері управління об'єктами державної власності, виконує функції органу управління стосовно об'єктів державної власності, що належать до сфери його управління.

Так, відповідно до пункту 4.1.56 Положення про Міністерство інфраструктури України (далі – Мінінфраструктури), затвердженого Указом Президента України від 12 травня 2011 року № 581/2011, Мінінфраструктури виконує у межах повноважень інші функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління.

Мінінфраструктури координує і контролює діяльність підприємств авіаційної галузі, у тому числі ДП «МА «Бориспіль».

Порядок укладання договорів оренди державного майна врегульовано Законами України «Про оренду державного та комунального майна» (статті 5, 7, 9, 12), «Про Фонд державного майна України» (розділ четвертий статті 5), «Про оцінку майна, майнових справ та професійну оціночну діяльність в Україні» (частина сьома статті 7 та статті 10), постановою Кабінету Міністрів України від 31.08.2011 № 906 «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на право оренди державного майна» та наказом Фонду державного майна України від 30.06.2011 № 995 «Про Умови подання для опублікування в газеті «Відомості приватизації».

Відповідно до частини другої статті 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» у разі надходження до орендодавця заяви про оренду Орендодавець у 5-денний строк після дати реєстрації заяви надсилає копії матеріалів органу, уповноваженому управляти відповідним майном. Такий орган розглядає подані йому матеріали і протягом п'ятнадцяти днів після їх надходження надсилає орендодавцеві висновки про умови договору оренди або про відмову в укладенні договору оренди.

Якщо орендодавець не одержав у встановлений термін висновків органу, уповноваженого управляти державним майном, дозволу, відмови чи пропозицій від органу, уповноваженого управляти відповідним майном, укласти договір оренди нерухомого майна з бюджетною установою, організацією, висновків органу Антимонопольного комітету України (у випадках, визначених частиною другою цієї статті), укладення договору оренди вважається з цими органами погодженим.

Отже, законодавством передбачено право Мінінфраструктури, як центрального органу виконавчої влади, який виконує функції з управління об'єктами державної власності при наданні згоди на оренду державного майна, що належить до сфери його управління, надавати висновки і пропозиції до умов договорів оренди та умов конкурсів на право оренди державного майна.

При цьому законодавством не встановлено вимог до форми та змісту таких пропозицій і висновків, однак вони мають забезпечувати ефективне використання орендованого майна.

Мінінфраструктури, як уповноважений орган на управління майном ДП «МА «Бориспіль», здійснювало підготовку висновків та пропозицій до умов оренди державного нерухомого майна, розташованого в ДП «МА «Бориспіль».

У рамках дослідження, яке здійснював Антимонопольний комітет України (далі – Комітет), було проаналізовано матеріали конкурсів на право оренди державного майна, розташованого в ДП «МА «Бориспіль», проведених у 2014 - 2015 роках для:

- розміщення закладів харчування (13 об'єктів на 1 - 3 поверхах);
- розміщення магазинів безмитної торгівлі (12 об'єктів на 3-му та 4-му поверхах);
- розміщення та експлуатація із сервісного обслуговування (частина нежитлового приміщення на 3-му поверсі).

Так, наприклад, до Регіонального відділення Фонду державного майна по Київській області (далі - РВ ФДМУ по Київській області) листом від 07.05.2014 звернулося ТОВ «БФ Груп» із заявою про оренду частини нежитлового приміщення № 3.1.4 на 3-му поверсі пасажирського терміналу «D», загальною площею 80 м², розташованого за адресою: Київська обл., м. Бориспіль, ДП МА «Бориспіль», для розміщення та експлуатації місць із сервісного обслуговування пасажирів, строком користування 120 місяців.

Зазначимо також, що, крім ТОВ «БФ Груп», стосовно взяття в оренду зазначеного державного майна до РВ ФДМУ по Київській області звернулися також ФОП Кузенкова П.І., ТОВ «ЛАГУНА-А», ФОП Давиденко О.О.

РВ ФДМУ по Київській області на підставі статті 287 Господарського кодексу України, пункту 4 частини першої статті 5 Закону України «Про Фонд державного майна України», на виконання приписів статей 5, 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна», у межах компетенції поетапних процедур підготовки до конкурентного відбору орендарів об'єктів державної власності листом від 15.05.2014 № 10.08.2479 звернулося до Мінінфраструктури, як уповноваженого органу на управління зазначеним майном, стосовно надання висновків щодо умов договорів оренди.

Мінінфраструктури у відповідь на звернення РВ ФДМУ по Київській області в листах від 03.06.2014 № 5829/16/10-14 та від 19.06.2014 № 6558/16/10-14 внесло корективи до договору оренди державного майна та пропонувало до основних умов конкурсів додати такі:

- наявність досвіду роботи в одному з міжнародних аеропортів України протягом строку не менше 3-х років за напрямом функціонування об'єктів громадського сервісу, загальною площею не менше 500,0 м² протягом строку не менше трьох років, у тому числі із сервісного обслуговування пасажирів (з документальним підтвердженням);

- достатня оснащеність виробничими потужностями за напрямом (наявність професійного обладнання, персоналу, складських приміщень, транспорту, забезпечення безперебійної роботи);

- використання в роботі за напрямом організації та функціонування об'єктів громадського сервісу пізнаваного бренду (торгової марки), що асоціюється у споживачів із закладами обслуговування в аеропорту (з документальним підтвердженням);

- чистий дохід (виручка) від реалізації послуг (після відрахування податків та інших вирахувань з доходу) від господарської діяльності згідно з пунктом 1 умов не менше 10,0 млн грн, підтверджений фінансовою звітністю претендента за останні два роки.

РВ ФДМУ по Київській області своїм протоколом засідання конкурсної комісії № 1 від 05.09.2014 затвердило умови проведення зазначеного конкурсу (додавши до них пропонувані Міністерством інфраструктури України умови), визначило дату та місце проведення конкурсу (24.09.2014, 01133, м. Київ, б-р Лесі Українки, 26, РВ ФДМУ по Київській області, 11.00).

Оголошення про проведення цього конкурсу було розміщено в газеті «Відомості приватизації» від 10.09.2014, № 36 (833).

РВ ФДМУ по Київській області в протоколі № 2 засідання конкурсної комісії було зафіксовано факт розгляду документів, які подали претенденти на зазначений конкурс.

У результаті було запропоновано відмінити проведення аукціону у зв'язку з тим, що умовам конкурсу відповідала конкурсна пропозиція тільки одного учасника (ТОВ «БФ Груп»).

23.07.2015 до Фонду державного майна України звернулася ФОП Кузенкова П.І. (одна з претендентів вищезазначеного конкурсу) в особі керуючого справами Уланова Олександра Сергійовича з питання відмови у прийнятті документів на зазначений вище конкурс у зв'язку з відсутністю досвіду роботи в міжнародному аеропорту України за напрямом організації роботи функціонування об'єктів громадського сервісу загальною площею не менше 500,0 м² (визначена як додаткова умова проведення конкурсу на право оренди державного майна). Заявник також акцентував увагу на тому, що жоден претендент, зокрема ТОВ «БФ Груп», не мав такої площі.

Встановлення вказаних додаткових умов було здійснено без обґрунтування, зокрема, досвіду роботи, розміру загальної площі об'єкта громадського сервісу, в якому така робота здійснювалась, розміру доходу тощо. При цьому, як зазначалось, мало бути дотримано законодавчу вимогу щодо ефективності використання орендованого майна. Однак аналіз матеріалів конкурсу не дає можливості стверджувати, що саме такі додаткові умови забезпечать ефективність використання майна, розташованого в ДП «МА «Бориспіль».

Наведені факти можуть свідчити про дискримінаційний характер додаткових умов проведення конкурсів на право оренди державного майна, які пропонувало Мінінфраструктури.

Крім зазначеного конкурсу на право оренди приміщень, розташованих в ДП «МА «Бориспіль», у 2014 - 2015 роках проводилися й інші конкурси, додаткові умови щодо яких пропонувало Мінінфраструктури. Зокрема, для розміщення закладів харчування пропонувалися такі додаткові умови:

- наявність досвіду роботи в одному з міжнародних аеропортів України протягом строку не менше 3-х років за напрямом діяльності функціонування закладів громадського харчування (із загальною площею таких закладів не менше 500,0 м²): кав'ярні, бари, ресторани, у тому числі розташовані в залі очікування для пасажирів, які відлітають міжнародними рейсами (з документальним підтвердженням);

- використання в роботі в Україні досвіду іноземного учасника (партнера) – утримувача закладів громадського харчування, які функціонують в міжнародних аеропортах за кордоном (ЄС та СНД) (з документальним підтвердженням);

- впровадження та дотримання міжнародних стандартів (систем) на підприємствах ресторанного господарства та професійної підготовки фахівців; достатня оснащеність виробничими потужностями (з документальним підтвердженням);

- наявність права на використання не менше трьох широко пізнаваних міжнародних брендів (торгових марок), які асоціюються у споживачів із сімейними закладами харчування, та з якісними стравами, під якими здійснювалась господарська діяльність згідно з пунктом 1 умов (з документальним підтвердженням);

- чистий дохід (виручка) від реалізації послуг (після відрахування податків та інших вирахувань з доходу) від господарської діяльності згідно з пунктом 1 умов – не менше 100,0 млн грн, підтверджений фінансовою звітністю претендента за останні 3 роки.

Для розміщення кас самообслуговування:

- наявність укладених попередніх договорів (угод) з авіакомпаніями, які обслуговуються в аеропорту «Бориспіль», та компаніями, які надають послуги з обслуговування пасажирів та їх багажу (реєстрації), на прийом спеціальних платежів від фізичних осіб через каси самообслуговування, враховуючи штрафи та пені (з документальним підтвердженням);

- відсутність в орендаря заборгованості перед державним бюджетом України, у тому числі з орендної плати (з документальним підтвердженням);

- наявність досвіду роботи за напрямом діяльності здійснення платежів як утримувач (оператор) терміналів самообслуговування (платіжних терміналів) не менше 5-ти років, у міжнародних аеропортах України – не менше 3-х років (надати копії договорів);

- наявність платіжних терміналів, придбаних не пізніше 2014 року (надати копії підтвердних документів про наявність таких терміналів);
- наявність агентської угоди або власної ліцензії на прийом та переказ коштів третім особам (надати копії ліцензії);
- наявність договірних відносин з банківською установою на проведення інкасації коштів або наявність власної ліцензії, що надає таке право (надати копію договору з банківською установою або копію власної ліцензії);
- гарантійний лист-зобов'язання щодо можливості прийому спеціальних платежів через платіжні термінали (сплата за наднормовий багаж).

Отже, деякі умови окремих проведених РВ ФДМУ по Київській області конкурсів пропонувало Мінінфраструктури на етапі погодження умов для проведення цих конкурсів. Оскільки Порядком встановлення таких умов не передбачено, Мінінфраструктури доцільно було б їх обґрунтувати.

Також основними умовами конкурсу не передбачена суборенда об'єктів державної власності. Але відповідно до частини другої статті 22 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» орендар має право передати в суборенду нерухоме та інше окреме індивідуально визначене майно (верстати, обладнання, транспортні засоби, нежилі приміщення тощо), якщо інше не передбачено договором оренди. При цьому строк надання майна в суборенду не може перевищувати строку дії договору оренди.

Плата за суборенду майна не повинна перевищувати орендної плати орендаря (частина третя статті 22 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»). Порядок використання плати за суборенду майна визначається: Кабінетом Міністрів України - для об'єктів, що перебувають у державній власності; органами, уповноваженими Верховною Радою Автономної Республіки Крим, - для об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим; органами місцевого самоврядування - для об'єктів, що перебувають у комунальній власності.

Частина друга зазначеної статті встановлює заборону за будь-яких умов передавати в суборенду цілісні майнові комплекси державних або комунальних підприємств чи їх структурних підрозділів.

У листах від 16.04.2014 № 3835/16/10-14, від 03.06.2014 № 5828/16-10-14 та від 03.06.2014 № 5829/16/10-14 Мінінфраструктури про погодження умов конкурсів було запропоновано внести зміни і доповнення до окремих проектів договорів оренди, передбачивши, зокрема, можливість передачі орендованого майна в суборенду. У той же час, законодавством не встановлено порядку відбору суборендарів у контексті встановлення додаткових умов до проведення конкурсу на право оренди державного майна, що стосуються можливості передачі його в суборенду. Також не встановлені вимоги до потенційних суборендарів державного майна, що є предметом конкурсу.

Фактично суб'єкти господарювання, з якими укладається договір суборенди державного майна, не проходять процедуру конкурсного відбору, що ставить їх у привілейоване становище порівняно з іншими претендентами.

Одним із головних чинників ефективності застосування Закону України «Про оренду державного та комунального майна» є стабільність орендних відносин, що досягається за рахунок тривалості терміну орендних відносин. На підставі статті 17 цього Закону термін договору оренди визначається за погодженням сторін. Він не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін. Вимоги цієї норми спрямовані на досягнення стабільних орендних відносин.

Мінінфраструктури пропонувало різні строки оренди для різних суб'єктів господарювання за умови відповідності запропонованих потенційними орендарями строків вимогам статті 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна», що може свідчити про необ'єктивний підхід до суб'єктів господарювання - учасників конкурсів.

Отже, додаткові умови конкурсів на право оренди державного майна, що були запропоновані Мінінфраструктури, є необґрунтованими та дискримінаційними по

відношенню до суб'єктів господарювання - претендентів на право оренди державного майна, що у свою чергу може негативно впливати на конкуренцію на ринку приміщень, які здаються в оренду.

Нормативно-правовими актами цілком обґрунтовано допускається можливість визначення інших, крім закріплених у законодавстві, умов конкурсу та умов договорів оренди, однак не регламентовано процедурні питання, пов'язані з пропозиціями до таких умов, критеріями їх визначення, особливостями застосування.

Відповідно до пункту 6 Порядку основним критерієм визначення переможця є найбільший розмір орендної плати у разі обов'язкового забезпечення виконання інших умов конкурсу.

На сьогодні відсутній єдиний підхід до встановлення критеріїв визначення переможця в частині виконання інших умов конкурсу. Мінінфраструктури встановлює додаткові умови на свій розсуд, незважаючи на те, що розширення встановленого законодавством переліку умов може здійснюватися з урахуванням його спрямованості на забезпечення ефективності використання орендованого майна.

Встановлення додаткових умов та вимог до учасників конкурсу, особливо без належного їх обґрунтування, може призводити лише до створення нерівних умов для суб'єктів господарювання - учасників конкурсу, безпідставного надання переваг окремим учасникам та непрозорості процедури.

Отже, пропоновані Мінінфраструктури додаткові умови конкурсів та умови договорів оренди, що не передбачені законодавством, без належного їх обґрунтування можуть створювати переваги окремим суб'єктам господарювання та обмежувати кількість потенційних учасників конкурсів. Дії Міністерства інфраструктури України містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, що передбачені статтею 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних дій органів влади, які можуть призвести до обмеження конкуренції.

З метою припинення дій, що містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтею 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», усунення причин виникнення цього порушення і умов, що йому сприяють, керуючись пунктом 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та на підставі статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», Антимонопольний комітет України надає Міністерству інфраструктури України такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

1. Розробити та затвердити порядок визначення та надання орендодавцям об'єктів державної власності, що входять до сфери управління Мінінфраструктури, зокрема, підприємств авіаційної галузі (аеропортів), пропозицій до умов конкурсів на право оренди такого майна та пропозицій (висновків) до умов договорів оренди, які мають забезпечувати ефективне використання орендованого майна та здійснення на орендованих підприємствах технічної політики в контексті завдань галузі, та які не повинні призводити до обмеження конкуренції, яким передбачити:

1.1) перелік прозорих, недискримінаційних, об'єктивних інших (додаткових) умов конкурсів, крім тих, що визначені законодавством, та виключний перелік випадків, в яких зазначені умови пропонуються орендодавцям до включення та застосування;

1.2) передбачити прозорі, недискримінаційні, об'єктивні інші (додаткові), рівні для всіх орендарів умови договорів оренди, крім тих, що визначені законодавством, та виключний перелік випадків, в яких зазначені умови пропонуються орендодавцям до врахування при укладенні договору оренди.

2. До затвердження зазначеного в пункті 1 порядку утриматись від надання орендодавцям об'єктів державної власності, що входять до сфери управління

Мінінфраструктури, зокрема, підприємств авіаційної галузі (аеропортів), інших (не передбачених законодавством) пропозицій до умов конкурсів на право оренди такого майна та пропозицій (висновків) до умов договорів оренди, застосування яких може призводити до обмеження конкуренції.

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 30-денний строк з дня їх отримання.

Відповідно до частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», за умов виконання положень рекомендацій у разі, якщо порушення не призвело до суттєвого обмеження чи спотворення конкуренції, не завдало значних збитків окремим особам чи суспільству та вжито відповідних заходів для усунення наслідків порушень, провадження у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції не розпочинається.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ