



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

16 березня 2017 р.

Київ

№ 9-рк

Державне підприємство
«Міжнародний аеропорт
«Бориспіль»

Про вжиття заходів, спрямованих
на розвиток конкуренції

- 1) Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) за власною ініціативою в межах повноважень, визначених статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», розглядається питання відповідності вимогам законодавства про захист економічної конкуренції чинного порядку отримання дозволу на відкриття та експлуатацію магазину безмитної торгівлі та відповідно доступу на ринок безмитної торгівлі, а також постачання товарів на повітряні, водні або залізничні транспортні засоби комерційного призначення, що виконують міжнародні рейси.
- 2) Дослідженням також охоплені питання надання приміщень в оренду, дотримання передбачених законодавством процедур у сфері оренди майна.

Обставини, встановлені під час дослідження

- 3) Державне підприємство «Міжнародний аеропорт «Бориспіль» (далі – ДП «МА «Бориспіль»») є державним підприємством цивільної авіації України, входить до сфери управління Міністерства інфраструктури України (далі – Мінінфраструктури).
- 4) ДП «МА «Бориспіль» є юридичною особою, має самостійний баланс, свій розрахунковий та інші рахунки (у тому числі валютні), власну печатку, емблему і штампи єдиних зразків зі своїм найменуванням, ідентифікаційний номер 20572069.
- 5) Відповідно до Статуту ДП МА «Бориспіль», затвердженого наказом Міністерства інфраструктури України від 29.06.2011 № 179, зареєстрованого Виконавчим комітетом Бориспільської міської ради Київської області від 29.06.2011, основною метою діяльності ДП «МА «Бориспіль» є наземне обслуговування повітряних суден авіакомпаній, що використовуються на внутрішніх, міждержавних і міжнародних повітряних лініях, забезпечення авіаційної безпеки та безпеки польотів.
- 6) ДП «МА «Бориспіль» є суб'єктом господарювання у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- 7) Господарські взаємовідносини між ДП «МА «Бориспіль», авіакомпаніями та іншими суб'єктами господарювання, контрагентами аеропорту здійснюються через укладення

відповідних договорів на аеропортове, наземне обслуговування, обслуговування вантажів в аеропорту, оренди нежитлових приміщень тощо.

- 8) ДП «МА «Бориспіль» є підприємством цивільної авіації та входить до сфери управління Мінінфраструктури. Міжнародний аеропорт «Бориспіль» є найбільшим і найпотужнішим в Україні, забезпечує близько 65 відсотків авіаційних пасажирських перевезень України, і щороку обслуговує понад 8 млн пасажирів.
- 9) Нерухоме майно, балансоутримувачем якого є ДП «МА «Бориспіль», належить до державної власності, тому процедура передачі його в оренду регулюється Законом України «Про оренду державного та комунального майна» (далі – Закон). Згідно зі статтею 5 цього Закону орендодавцями відповідного нерухомого майна можуть бути: Регіональне відділення Фонду державного майна України по Київській області (РВ ФДМУ по Київській обл.) та підприємства, установи/організації – ДП «МА «Бориспіль» (щодо нерухомого майна, загальна площа якого не перевищує 200 квадратних метрів на одне підприємство, установу, організацію, та іншого окремого індивідуально визначеного майна). **Передача в оренду державного та комунального майна здійснюється орендодавцем виключно на конкурсних засадах.** Основним критерієм визначення переможця є найбільший розмір орендної плати у разі обов'язкового забезпечення виконання інших умов конкурсу.
- 10) Саме обмежена категорія осіб, що певний час знаходиться на ізолюваній території терміналів аеропорту, є економічно привабливою для потенційних орендарів приміщень категорією споживачів їх послуг, що виділяє цей ринок серед іншого нерухомого майна, яке здається в оренду для аналогічних цілей, розташованого поза межами єдиного діючого для здійснення авіап перевезень терміналу аеропорту та взагалі аеропорту «Бориспіль».
- 11) Отже, територіальними межами досліджуваного ринку визначено територію аеропорту «Бориспіль», яка характеризується певною ізолюваністю в силу того, що нерухоме майно, яке пропонується для надання в оренду, у тому числі для цілей організації комплексного обслуговування пасажирів та розміщення банкоматів, знаходиться в розпорядженні саме ДП «МА «Бориспіль».

Нормативно-правове регулювання

- 12) Відповідно до Порядку проведення конкурсу на право оренди державного майна (далі – Порядок), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31.08.2011 № 906, конкурс на право оренди об'єкта (далі – Конкурс) оголошується орендодавцем.
- 13) Щоквартально ДП «МА «Бориспіль» надає Мінінфраструктури «Перелік об'єктів державного нерухомого майна, які перебувають на балансі ДП «МА «Бориспіль» та пропонуються для надання в оренду», в якому зазначені об'єкти, розташовані як в терміналах, так і в інших адміністративних та виробничих будівлях, а також твердому покритті підприємства. На наступному етапі ця інформація розміщується на офіційному сайті Фонду державного майна України, у розділі «Потенційні об'єкти оренди».
- 14) За інформацією, наданою ДП «МА «Бориспіль» (лист від 18.10.2016, вх. № 01-22/5-53), «при визначенні потенційного об'єкту оренди та його цільового використання, відповідальними службами аеропорту враховуються технологічні та організаційні

процеси обслуговування пасажирів та повітряних суден, пожежні норми, вимоги авіа безпеки, зона розміщення об'єкту (контрольована, зона обмеженого доступу чи стерильна), наявність незадоволеного попиту з боку пасажирів на отримання додаткових послуг, доцільність надання таких можливих додаткових послуг силами підрозділів аеропорту, наявність пропозицій від потенційного аутсорсера (орендаря) тощо. Тому не всі приміщення терміналу можуть бути передані в оренду. Після визначення потенційного об'єкту оренди ДП «МА «Бориспіль» погоджує можливість передачі його в оренду з уповноваженим органом управління – Міністерством інфраструктури України. Тільки після отримання дозволу Міністерства інфраструктури України ДП «МА «Бориспіль» може розпочати процедуру передачі в оренду державного нерухомого майна».

- 15) *За наявною в Комітеті інформацією, у період 2014 – 2016 років ДП «МА «Бориспіль» без проведення конкурсного відбору уклало 37 попередніх договорів оренди із суб'єктами господарювання. За інформацією, наданою ДП «МА «Бориспіль» (лист від 10.01.2017 № 01-22/5-2), «об'єкти державного нерухомого майна, по яким укладені попередні договори оренди, не вважаються такими, які знаходяться в оренді, адже це потенційні об'єкти, щодо яких триває процедура передачі в оренду в Регіональному відділенні ФДМУ по Київській області. Об'єкт, який визначений потенційним для передачі в оренду, може використовуватися для ведення господарської діяльності як аеропортом, так й іншим суб'єктом господарювання до моменту передачі даного об'єкту в оренду, а саме до моменту укладення договору між Орендодавцем (Регіональним відділенні ФДМУ по Київській області) та орендарем.*
- 16) *Тому, ДП «МА «Бориспіль» включає об'єкти, щодо яких укладені попередні договори оренди, нарівні з іншими вільними потенційними орендними об'єктами до «Переліку об'єктів державного нерухомого майна, які перебувають на балансі ДП «МА «Бориспіль» та пропонуються для надання в оренду», який направляється до Мінінфраструктури як до органу, уповноваженого управляти майном підприємства. Мінінфраструктури, в свою чергу, направляє зведений Перелік по всім підприємствам – балансоутримувачам, які належать до сфери управління уповноваженого органу. На наступному етапі ця інформація розміщується на офіційному сайті Фонду державного майна України, у розділі «Потенційні об'єкти оренди». Це дозволяє забезпечити прозорість укладення основного договору оренди Регіональним відділенні ФДМУ по Київській області та привернути увагу до даних об'єктів найбільшої кількості потенційних орендарів, що в майбутньому дозволить передачу в оренду даного об'єкту на конкурсній основі.*
- 17) *Попередній договір оренди є тимчасовою угодою, суть якої полягає в тому, що орендар під час процедури укладення основного договору з Регіональним відділенні ФДМУ по Київській області може користуватися приміщенням/частиною приміщення/твердим покриттям аеропорту та сплачувати за це орендну плату.*
- 18) *Попередній договір укладесться з юридичною або фізичною особою, яка звертається до Регіонального відділення ФДМУ по Київській області з ініціативою щодо укладення договору оренди, тобто є ініціатором початку процедури передачі об'єкту в оренду та нарівні з іншими претендентам приймає участь у конкурсі Регіонального відділення ФДМУ по Київській області на право оренди. Укладення попереднього договору не гарантує цій особі укладення основного договору оренди з Регіональним відділенні ФДМУ по Київській області.*

- 19) Про укладені попередні договори оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, ДП «МА «Бориспіль» інформує Мінінфраструктури».
- 20) Відповідно до частини першої статті 635 Цивільного кодексу України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором.
- 21) Згідно з частиною першою статті 182 Господарського кодексу України за попереднім договором суб'єкт господарювання зобов'язується у певний строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору, укласти основний господарський договір на умовах, передбачених попереднім договором.
- 22) Попередній договір лише встановлює зобов'язання укласти основний, а тому попередній договір відокремлений від основного та не може бути підставою для виникнення в сторін зобов'язань, заради яких укладається основний договір, зокрема зі сплати орендної плати, яка є однією із цілей укладення основного договору – договору оренди. До того ж законодавством не передбачено інших підстав для сплати орендної плати ніж договір оренди.
- 23) Тобто, зобов'язання, що виникають у сторін після укладення попереднього та основного договорів, не збігаються ні за суттю, ні за змістом.
- 24) З положень Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України можна зробити висновок, що предметом попереднього договору є обов'язок сторін вчинити дію – укласти основний. Отже, предмети основного та попереднього договорів не збігаються, однак з огляду на те, що попередній повинен містити умови, які дозволяють визначити предмет, а також інші істотні умови основного, можна зробити висновок, що ці договори повинні бути подібні за текстом.

Щодо строків договору

- 25) Що стосується строку, на який укладається попередній договір, то Господарським кодексом встановлено особливі правила порівняно із Цивільним кодексом. А саме: основний договір має бути укладено протягом певного строку, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього. Тобто, у випадку, якщо протягом року сторони не укладуть основний договір або принаймні не надішлють його проект зобов'язання за попереднім договором припиняється згідно з частиною четвертою статті 182 Господарського кодексу.
- 26) Аналізуючи частину четверту статті 182 Господарського кодексу, можна вважати цю норму імперативною і такою, що не допускає зазначення в тексті попереднього договору більшого строку, протягом якого суб'єкти господарських відносин мають право укласти основний.
- 27) Враховуючи зазначене, можна дійти висновку, що єдиним зобов'язанням, яке породжує попередній договір у сфері господарювання, є зобов'язання сторін укласти основний договір протягом одного року.
- 28) У попередньому договорі оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, № 02.5-14-21 від 27.08.2015 між ДП «МА «Бориспіль» і товариством з обмеженою відповідальністю «ГЮНСЕЛ» встановлено, що договір чинний до

31.02.2016, додатковою угодою № 3 до попереднього договору строк було продовжено до 31.12.2016.

- 29) Отже, було порушено умови попереднього договору, оскільки термін продовжувався більш ніж на рік та основний договір не укладався.

Щодо змішаного договору

- 30) Відповідно до частини другої статті 628 Цивільного кодексу України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

- 31) За інформацією, наданою ДП «МА «Бориспіль» (лист від 10.01.2017 № 01-22/5-2), *«попередній договір оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, є змішаним, оскільки в ньому містяться елементи різних договорів: не тільки попереднього договору стосовно зобов'язання укладення основного договору з дотримання вимог статті 635 Цивільного кодексу України та статті 182 Господарського кодексу України, але і умови договору оренди щодо надання у реальне тимчасове платне користування індивідуально визначеного державного майна згідно положень Закону України «Про оренду державного і комунального майна» та інших нормативних актів».*

- 32) Попередній договір оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, містить всі істотні умови, визначені статтею 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна», та укладається сторонами в порядку, встановленому статтями 179-181 Господарського кодексу України, з урахуванням особливостей укладання попередніх договорів відповідно до статті 182 Господарського кодексу України та статті 635 Цивільного кодексу України.

- 33) Схожа позиція висловлена Вищим господарським судом України в рішенні від 30 жовтня 2013 року у справі № 910/2547/13 за позовом заступника прокурора Київської області в інтересах держави в особі Міністерства інфраструктури України та ДП «МА «Бориспіль» до ТОВ «Преса – Трейд», третя особа – Фонд державного майна України по Київській області, про стягнення коштів:

«Вочевидь, що за правовою природою спірний договір від 11.05.2012 є змішаним, оскільки в ньому містяться елементи різних договорів: не тільки попереднього договору стосовно зобов'язання укладення основного договору з дотримання вимог ст. 635 ЦК України і ст. 182 ГК України, але і умови договору оренди щодо надання у реальне тимчасове платне користування індивідуально визначеного державного майна згідно положень Закону України «Про оренду державного і комунального майна» та інших нормативних актів.

Як вбачається з матеріалів справи та вірно встановлено місцевим господарським судом, попередній договір оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, від 11.05.2012 № 37 – 14 – 133, містить всі істотні умови визначені ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» та укладено сторонами в порядку, встановленому ст.ст. 179 – 181 ГК України, з урахуванням особливостей укладення попередніх договорів відповідно до ст. 182 ГК України та ст. 365 ЦК України...

За умовами вищевказаного попереднього договору оренди нерухомого майна ДП «Міжнародний аеропорт «Бориспіль» в оренду було передано частину приміщень на третьому поверсі...»

- 34) Враховуючи викладене, попередні договори оренди, які ДП «МА «Бориспіль» уклало із суб'єктами господарювання по суті є не попередніми, а звичайними договорами оренди майна, оскільки містять всі істотні умови такого договору.

Опис дій ДП «МА «Бориспіль», що за певних умов можуть містити ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції

- 35) Головне управління контррозвідувального захисту інтересів держави у сфері економічної безпеки Служби безпеки України звернулось до Комітету з листом від 25 листопада 2016 року № 8/3/3 – 6782 щодо можливого порушення законодавства з боку службових осіб ДП «МА «Бориспіль», в якому повідомило:

«Так, встановлено, що службові особи аеропорту в порушення вимог Закону України «Про оренду державного та комунального майна» та Закону України «Про захист економічної конкуренції» передали в оренду площі на 3 – му поверсі терміналу «Д» комерційним структурам, а саме ТОВ «Кофе Бар Плюс» та ТОВ «Артерія Груп», для здійснення останніми підприємницької діяльності з продажу товарів підакцизної групи.

Разом з цим, вказане майно передано в оренду за попередніми договорами оренди, але відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна», зазначений вид договорів у господарській практиці відсутній, а передавати майно в оренду може лише Фонд державного майна України та його регіональні підрозділи за погодженням з органом управління, яким виступає Міністерство інфраструктури України.

Враховуючи викладене, з метою недопущення нанесення збитків інтересам держави та попередження обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку оренди частин приміщень для цілей організації комплексного обслуговування пасажирів, просимо взяти заходів реагування відповідно до компетенції».

- 36) З наявних у Комітеті копій попередніх договорів вбачається, що сторони зазначених договорів називаються «Балансоутримувач» та «Орендар». Предметом договору відповідно визначається: «Балансоутримувач передає, а Орендар приймає в строкове платне користування»; «майно передається в оренду для розміщення...»

- 37) У всіх наданих копіях попередніх договорів наявний розділ «Умови передачі та повернення майна в оренду», в якому зазначено, що орендар вступає у строкове платне користування майном на термін, вказаний в договорі, але не раніше дати підписання сторонами договору та акта передачі-приймання майна. Також в зазначеному розділі передбачена платність передачі майна в оренду за вартістю, визначеною в звіті про оцінку вартості майна, з урахуванням індексації.

- 38) Надані договори також містять розділ «Орендна плата», яким також закріплено обов'язок здійснення орендарем оплати з дати підписання сторонами акта передачі – приймання майна в оренду до фактичного звільнення орендарем майна, що підтверджується підписанням сторонами акта передачі-приймання майна. Розмір орендної плати сплачується орендарем щомісячно та розраховується відповідно до методик, затверджених постановою Кабінету Міністрів України.

- 39) Серед іншого, надані Комітету копії укладених попередніх договорів оренди містять обов'язок орендаря укласти основний договір оренди майна з Регіональним відділенням Фонду державного майна України по Київській області з дотриманням всіх процедур згідно з вимогами чинного законодавства до строку, зазначеного в попередньому договорі. Також попередній договір передбачає обов'язок орендаря протягом 10-ти календарних днів з дати отримання від Балансоутримувача довідки про балансову вартість майна звернутися з ініціативою до Регіонального відділення Фонду державного майна України по Київській області з метою укладення договору оренди майна.
- 40) Строк дії попередніх договорів встановлений в договорі та не прив'язаний до проведення конкурсів Фондом державного майна України та/або ДП «МА «Бориспіль». Проведення конкурсів та визначення переможців також не зазначені як підстава для розірвання договорів.
- 41) За наявною в Комітеті інформацією, у період 2014 – 2016 року ДП «МА «Бориспіль» без проведення конкурсного відбору уклало 37 попередніх договорів оренди із суб'єктами господарювання на загальну площу 2453,75 кв. м, строком від трьох місяців до одного року і чотирьох місяців.
- 42) ДП «МА «Бориспіль» є лише балансоутримувачем державного майна та при переданні майна в оренду має діяти відповідно до вимог чинного законодавства, яке встановлює обов'язок проведення конкурсних процедур. Запровадження конкурсних засад надання державного майна в оренду має на меті вибір найкращої цінової пропозиції та інших умов, що мають забезпечити раціональне та ефективне використання й утримання державного майна.
- 43) Згідно з положеннями Закону України «Про оренду державного та комунального майна», потенційний орендар звертається до ФДМУ як орендодавця державного майна. В подальшому ФДМУ отримує від Міністерства інфраструктури України висновки про умови договору оренди або про відмову в укладенні договору оренди. Після отримання відповіді ФДМУ проводить актуальну оцінку майна та оголошує публічно про намір віддати його в оренду. Якщо знаходиться два і більше охочих – повинен відбутися відкритий конкурс, якщо ж ні – то майно віддадуть в оренду тому, хто раніше звернувся. Укладення попередніх договорів між балансоутримувачем майна та орендарем законом не передбачено.
- 44) У посадових осіб ДП «МА «Бориспіль» не було повноважень укладати попередній договір на оренду. Тим більше, що в зазначеному випадку це не попередній договір, а звичайний договір оренди.
- 45) ДП «МА «Бориспіль», укладаючи такі попередні договори оренди нерухомого майна, що належить до державної власності, не дотримується порядку передачі майна в оренду, визначеного Законом України «Про оренду державного та комунального майна», оскільки передача майна відбувається без його оцінки та проведення конкурсу, що не дає можливості іншим суб'єктам господарювання орендувати приміщення в ДП «МА «Бориспіль» відповідно до вимог чинного законодавства України.
- 46) Отже, порушується мета, для якої було передбачено саме конкурсну процедуру передачі державного майна в оренду, а саме вибір найкращої цінової пропозиції та інших умов, що мають забезпечити раціональне використання державного майна.

- 47) Також укладення попередніх договорів без проведення конкурсних процедур ущемляє права та інтереси суб'єктів господарювання – потенційних орендарів, які не володіють інформацією про вільні площі, що фактично здає ДП «МА» Бориспіль» в оренду.
- 48) На сьогодні в Комітеті відсутні заяви від суб'єктів господарювання, що мали намір отримати в оренду приміщення, передані за попередніми договорами оренди, але не змогли реалізувати своє право, у зв'язку з непроведенням конкурсів та відсутністю можливості змагатись в останніх за отримання приміщень в оренду. Так само в Комітеті відсутня інформація щодо наявності та/або відсутності подібних випадків.
- 49) Комітет продовжує дослідження питання відповідності вимогам законодавства про захист економічної конкуренції чинного порядку отримання дозволу на відкриття та експлуатацію магазину безмитної торгівлі та відповідно доступу на ринок безмитної торгівлі, а також постачання товарів на повітряні, водні або залізничні транспортні засоби комерційного призначення, що виконують міжнародні рейси.
- 50) За умови виявлення під час дослідження інформації щодо суб'єктів господарювання, які були позбавлені можливості отримати передані за попередніми договорами приміщення в оренду у зв'язку з непроведенням конкурсів, відсутністю у відкритих джерелах інформації щодо подібних практик ДП «МА «Бориспіль» тощо, описані вище дії, що могли призвести до надання переваг окремим суб'єктам господарювання, що поза конкурсними процедурами отримали приміщення в оренду, можуть кваліфікуватись Комітетом як ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції та бути приводом для відкриття справи та проведення розслідування.
- 51) З метою припинення практики укладення ДП «МА «Бориспіль» попередніх договорів оренди приміщень аеропорту, що може призводити до порушення законодавства про захист економічної конкуренції, та наслідком якої є уникнення необхідності проведення передбачених законодавством конкурсних процедур, в основу яких покладено змагання між суб'єктами господарювання – потенційними орендарями за право отримання приміщень аеропорту в оренду, Комітет надає ДП «МА «Бориспіль» зазначені рекомендації.
- 52) Керуючись пунктом 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», Антимонопольний комітет України надає державному підприємству «Міжнародний аеропорт «Бориспіль» такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

- 53) Припинити дії, що можуть призвести до порушення законодавства про захист економічної конкуренції, та полягають в передачі в оренду та/або користування приміщень аеропорту поза конкурсними процедурами.
- 54) Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 30-денний строк з дня їх отримання.