



Конкурентные процедуры как основа выбора партнера.

Анализ и сравнение тендерных процедур по законодательству о госзакупках и ГЧП, судебная и правоприменительная практика

Вебинар

03/09/2015

ГЧП ИНСТИТУТ

ИНСТИТУТ РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

КАЧКИН И ПАРТНЕРЫ

адвокатское бюро

Основные* федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

- Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (Закон № 44-ФЗ)
- Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (Закон № 223-ФЗ)
- Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (Закон № 115-ФЗ)
- Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (Закон № 224-ФЗ)

* См. также Постановление Правительства РФ от 10.08.2007 № 505 «О порядке принятия федеральными органами исполнительной власти решений о даче согласия на заключение сделок по привлечению инвестиций в отношении находящихся в федеральной собственности объектов недвижимого имущества»; Приказ ФАС России от 10.02.2010 № 67

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 44-ФЗ:

- строгая формализация и подробное регулирование
- по общему правилу закупка в форме конкурса (иные способы прямо названы в законе)
- со стороны публичного субъекта:
 - органы власти
 - государственные корпорации «Росатом» и «Роскосмос»
 - казенные учреждения
 - бюджетные учреждения (за отдельными исключениями)

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 44-ФЗ (продолжение):

- ГУПы, МУПы и автономные учреждения (только при предоставлении бюджетных средств на осуществление капитальных вложений в объекты государственной / муниципальной собственности – ст.ст. 78.2, 79 БК РФ)
- иные юридические лица (только при предоставлении бюджетных инвестиций в случае реализации инвестиционных проектов по строительству, реконструкции и техническому перевооружению объектов капитального строительства)
 - ✓ Проект Минэкономразвития – распространить Закон № 44-ФЗ на все закупки ГУП и МУП (аналогично бюджетным учреждениям)
- со стороны частного лица – любое юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала (за исключением зарегистрированных в офшорных зонах) или физическое лицо

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 223-ФЗ:

- менее формальный по сравнению с Законом № 44-ФЗ
- перечень способов закупки носит открытый характер (упоминаются только конкурс и аукцион, иные способы могут быть в положении о закупке)
- устанавливает общие принципы закупки (недопустимость нарушения конкуренции) и общие правила размещения информации о закупке
- со стороны публичного субъекта:
 - государственные корпорации
 - государственные компании
 - субъекты естественных монополий и организации коммунального комплекса (если выручка от указанной деятельности более 10 % от общей выручки)
 - ГУПы, МУПы

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 223-ФЗ (продолжение):

- автономные учреждения
- хозяйственные общества с долей публичного субъекта в уставном капитале более 50 %
- дочерние общества указанных выше организаций (с долей участия более 50 %) и их дочерними обществами (с долей участия более 50 %)
- бюджетные учреждения (если закупки не отнесены к Закону № 44-ФЗ)
- со стороны частного лица - любое юридическое лицо (физическое лицо) или несколько юридических лиц (физических лиц), выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 115-ФЗ:

- со стороны публичного субъекта – РФ, регион или муниципальное образование в лице уполномоченного органа власти
- концессионер - индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо несколько юридических лиц по договору простого товарищества
- публичная собственность на объект соглашения*
- концессионер получает имущество во владение и пользование

* судебной практике известны примеры соглашений с долевой собственностью концедента и концессионера (например, Определение Верховного Суда РФ от 04.02.2015 N 301-КГ15-89 по делу N А43-29252/2013); но есть и практика признания таких условий недействительными (например, Постановление ФАС Уральского округа от 06.07.2011 N Ф09-3353/11 по делу N А50-18951/2010)

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 115-ФЗ (продолжение):

- концессионер осуществляет техническую и целевую эксплуатацию
- финансовое участие концедента возможно на любых стадиях проекта, допускается как полное, так и частичное финансирование
- срок действия соглашения определяется с учетом сроков создания (реконструкции) объекта и окупаемости инвестиций (получения необходимой валовой выручки)
- единственный конкурентный способ закупки – конкурс (закупка без торгов – исключение из правила)

Основные федеральные акты, регулирующие привлечение частных инвесторов

Закон № 224-ФЗ :

- со стороны публичного субъекта – РФ, регион или муниципальное образование в лице уполномоченного органа власти
- частный партнер – российское юридическое лицо (зарегистрировано на территории РФ)
- частная собственность на объект соглашения (если объем публичного финансирования и рыночная стоимость передаваемого частному инвестору имущества (прав на него) превышает объем частных вложений – только на определенный срок)
- концессионер осуществляет целевую эксплуатацию и(или) техническое обслуживание
- публичное финансирование возможно на стадии создания (частично) и на стадии эксплуатации / обслуживания (в полном объеме)
- срок соглашения – не менее 3 лет
- единственный конкурентный способ закупки – конкурс (закупка без торгов – исключение из правила)

Особенности правового регулирования

- тенденция к усилению регламентации закупок публичными компаниями
- наличие «пограничных» форм взаимодействия с частным инвестором
 - КЖЦ – понятие предусмотрено в Законе № 44-ФЗ, однако правовые инструменты закона не свойственны ГЧП:
 - невозможность изменения цены контракта в связи с финансовыми рисками
 - случаи заключения КЖЦ установлены Постановлением Правительства РФ от 28.11.2013 № 1087 и включают, в том числе, обычную закупку товара с гарантийным обслуживанием
 - отсутствие прямых соглашений
 - в соответствии с частью 23 статьи 95 Закона № 44-ФЗ при расторжении контракта в связи с односторонним отказом стороны от исполнения другая сторона вправе потребовать возмещения только фактически понесенного ущерба, что отличается от практики защиты интересов инвестора по ГЧП

Особенности правового регулирования

- наличие «пограничных» форм взаимодействия с частным инвестором (продолжение)
 - возможность заключения КЖЦ по Закону № 115-ФЗ, однако 1) концессия предполагает возникновение только государственной собственности на объект соглашения, в то время как за рубежом имущество по КЖЦ может находиться как в публичной, так и в частной собственности; 2) концессия, в отличие от КЖЦ, обязательно включает целевую эксплуатацию объекта, что для классического КЖЦ не свойственно
 - возможность заключения КЖЦ по Закону № 224-ФЗ, но закон не предполагает 100 % оплату из бюджета (финансирование создания объекта только частичное), капитальные расходы нужно покрывать за счет потребителей

О вступлении в силу Закона № 224-ФЗ

- по данным Минэкономразвития РФ в отсутствие закона не могут быть реализованы около 130 проектов ГЧП с прогнозируемым объемом финансирования **более 1,3 трлн. рублей***
- в **марте 2013 года** внесен в Государственную думу РФ под названием «Об основах государственно-частного партнерства, муниципально-частного партнерства в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в апреле 2013 года принят в первом чтении
- 30 июня 2015 года принят во втором чтении, подписан **13 июля 2015 года**
- вступает в силу 1 января 2016 года, до **1 июля 2016 года** правовые акты регионов и муниципалитетов по вопросам ГЧП должны быть приведены в соответствие с новыми правилами
- соглашения, подписанные до вступления закона в силу, действуют до окончания срока их действия на тех условиях, на которых они были заключены; однако внесение в них изменений с 1 июля 2016 года возможно только по новым правилам

* <http://top.rbc.ru/business/01/07/2015/5593c2739a79477953ba46a1>

Подготовка проекта. Закон № 44-ФЗ

- порядок разработки и утверждения проекта не регламентирован
- для проведения закупки необходимо ее обоснование* с точки зрения соответствия планируемой закупки целям осуществления закупок (реализация мероприятий программ, выполнение полномочий органов власти) и требований к определению нормативных затрат
- обоснование осуществляется при включении позиции в план-график с учетом НМЦК (методы: анализ рынка, нормативный, тарифный, проектно-сметный, затратный) и способа выбора поставщика

* Постановление Правительства РФ от 05.06.2015 № 555 «Об установлении порядка обоснования закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и форм такого обоснования», вступают в силу с 1 января 2016

Подготовка проекта. Закон № 115-ФЗ

- порядок разработки и утверждения проекта не регламентирован
- ряд норм по подготовке документов установлен только для объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, а также по частной инициативе (организационный характер)
- основание для отказа в реализации проекта по частной инициативе – объект соглашения не требуется (\neq нецелесообразность реализации проекта)

Подготовка проекта. Закон № 224-ФЗ

- установлена необходимость оценки эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества
- механизм оценки применяется как для проектов, инициированных государством, так и для частной инициативы
- оценка эффективности проекта проводится перед рассмотрением проекта на определение его сравнительного преимущества на основании следующих критериев:
 - финансовая эффективность проекта
 - социально-экономический эффект от реализации проекта, рассчитанный с учетом целей и задач, определенных в документах стратегического планирования

Подготовка проекта. Закон № 224-ФЗ

- сравнительное преимущество проекта определяется на основании соотношения следующих показателей:
 - чистых дисконтированных расходов средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации при реализации проекта и чистых дисконтированных расходов при реализации государственного (муниципального) контракта
 - объема принимаемых публичным партнером обязательств в случае возникновения рисков при реализации проекта и объема принимаемых публичным партнером обязательств при реализации государственного (муниципального) контракта
- оценка производится уполномоченным органом*
- срок проведения до 180 дней
- порядок проведения устанавливается Правительством РФ, методика оценки эффективности - Минэкономразвития

* уполномочен на осуществление межведомственной координации при реализации соглашения, согласование публичному партнеру конкурсной документации, мониторинг реализации соглашений, ведение реестра заключенных соглашений и др.

Конкурс

	Закон № 44-ФЗ	Закон № 115-ФЗ	Закон № 224-ФЗ
Предварительный отбор	Не проводится. Есть требования для допуска к участию (отсутствие ликвидации, недоимок, банкротства, конфликта интересов и др., факультативно – отсутствие в реестре недобросовестных поставщиков)	Есть, возможны различные требования (квалификация, финансовые, трудовые ресурсы и т.п.). Для объектов коммунального хозяйства только формальные признаки (отсутствие ликвидации, банкротства, общие признаки концессионера)	По общему правилу есть (решением о реализации проекта можно исключить). Включает формальные признаки, наличие лицензий, требования к профессиональным, деловым качествам
Срок конкурса (с момента объявления до заключения соглашения)	Около 50 календарных дней (с учетом моратория на заключение)	Около 96 рабочих дней	Около 110 календарных дней (с учетом моратория на заключение)
Переговоры	Нет	Есть, за исключением объектов коммунального хозяйства	Есть
Проект договора – часть КД	Да	Нет, исключение - объекты коммунального хозяйства	Нет

Критерии конкурса

Закон № 44-ФЗ	Закон № 115-ФЗ	Закон № 224-ФЗ
<ul style="list-style-type: none">▪ цена контракта▪ расходы на эксплуатацию и ремонт▪ качественные, функциональные и экологические характеристики объекта закупки▪ квалификация участников закупки (финансовые, трудовые ресурсы, оборудование)	<ul style="list-style-type: none">▪ сроки создания и (или) реконструкции объекта▪ период достижения установленных ТЭПов▪ ТЭПы объекта▪ объем производства▪ период достижения установленных объемов производства; размер концессионной платы▪ предельные цены (тарифы)▪ обязательства, принимаемые на себя концессионером в случаях недополучения запланированных доходов▪ размер финансового участия публичного субъекта▪ качественная характеристика архитектурного, инженерно-технического решения <p>Специальные критерии для объектов коммунального хозяйства</p>	<ul style="list-style-type: none">▪ технические критерии▪ финансово-экономические критерии▪ юридические критерии (срок действия соглашения, риски, в том числе обязательства, принимаемые на себя частным партнером в случаях недополучения запланированных доходов от эксплуатации и (или) технического обслуживания)

Совместный конкурс

Закон № 44-ФЗ:

- допускается при осуществлении двумя и более заказчиками закупок одних и тех же товаров, работ, услуг
- заказчики заключают соглашение о проведении торгов
- каждый заказчик заключает самостоятельный контракт

Закон № 115-ФЗ:

- допускается в случае, если при заключении соглашения планируются создание и (или) реконструкция объекта, части которого находятся или будут находиться в собственности разных публично-правовых образований
- для проведения конкурса публичные субъекты заключают соглашение

Совместный конкурс

Закон № 115-ФЗ (продолжение):

- решение о заключении концессионного соглашения принимает каждый субъект
- по итогам конкурса каждый концедент заключает самостоятельное соглашение (?)

Закон 224-ФЗ:

- допускается в любом случае, когда это отвечает интересам участников проекта
- для проведения конкурса публичные субъекты заключают соглашение
- решение о реализации проекта принимает каждый субъект (но: если речь идет о проекте между РФ и регионом или между субъектом РФ и муниципалитетом, решение отнесено к компетенции органа власти более высокого уровня)
- по итогам конкурса каждый публичный партнер заключает самостоятельное соглашение

Совместный конкурс

Множественность лиц на стороне публичного партнера позволит существенным образом повысить эффективность проекта:

- дефицитный муниципалитет может получить гарантии региона в отношении своей платежеспособности (например, на целесообразность включения субъектов РФ в муниципальные концессионные соглашения указывает Минстрой России)
- «укрупнение» проекта позволяет повысить его инвестиционную привлекательность для финансирующих организаций
- распределение транзакционных издержек на большой объем привлеченных средств снижает себестоимость финансирования и является выгодным частному инвестору

Совместный конкурс

Множественность лиц на стороне публичного партнера позволит существенным образом повысить эффективность проекта (продолжение):

- совместная реализация проектов позволяет распределить риски между несколькими публичными образованиями
 - управление рисками становится более предсказуемым, а сама договорная конструкция более управляемой (отсутствует риск расторжения одного из договоров при сохранении в силе другого, что повышает привлекательность проекта для гранторов)
- ✓ для множественности лиц на стороне публичного субъекта необходимо изменение бюджетного законодательства (статья 31 Бюджетного кодекса РФ, принцип самостоятельности бюджетов)

Оспаривание торгов. Нормативное регулирование

Закон № 44-ФЗ	Закон № 115-ФЗ	Закон № 224-ФЗ	Закон № 223-ФЗ
Статья 449 ГК РФ. Основания и последствия признания торгов недействительными			
<p>Глава 6 44-ФЗ. Обжалование действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа (...)</p> <p>Статья 17 Закона о защите конкуренции. Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений</p>	<p>Указано, что решения могут быть обжалованы в порядке, предусмотренном законодательством РФ.</p> <p>Судебная практика - законодательство о защите конкуренции (статья 15, см. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.06.2015 N Ф01-1687/2015, Ф01-2171/2015 по делу N А43-13898/2014)</p>	<p>Указано, что решения могут быть обжалованы в порядке, предусмотренном законодательством РФ.</p> <p>Законодательство о защите конкуренции (?)</p>	<p>По общему правилу обжалование в судебном порядке.</p> <p>В антимонопольном органе:</p> <ul style="list-style-type: none">▪ неразмещения в интернете положения о закупке▪ предъявления к участникам требования о представлении дополнительных документов▪ закупка в отсутствие размещенного в интернете положения о закупке▪ неразмещения или размещения недостоверной информации о годовом объеме закупки

Оспаривание торгов

- могут оспариваться - конкурсная документация, конкурс, заключенный по итогам конкурса договор
- органы, уполномоченные на рассмотрение жалобы - антимонопольные органы, суды, прокуратура
- оспаривание оценки заявок и конкурсных предложений только в судебном порядке
- если договор исполнен (полностью или частично) в удовлетворении требования будет отказано (невозможно осуществить защиту интереса заявителя)*

* Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.06.2015 № Ф03-1811/2015 по делу № А73-12126/2014, Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 04.05.2010 по делу № А01-597/2009, от 15.10.2010 по делу № А63-2489/2010, от 14.10.2010 по делу № А53-4865/2010, от 11.10.2010 по делу № А53-7602/2010, Определение ВАС РФ от 04.12.2009 № ВАС-15745/09 по делу № А78-1937/2009

Частная инициатива. Закон № 115-ФЗ

- до направления предложения допускается проведение переговоров
- инициатор должен подтвердить наличие средств или возможность их получения в размере не менее 5 % от объема заявленных инвестиций
- рассмотрение предложения – до 30 дней
- выявление иных заинтересованных лиц проекта - 45 дней
- если поступили заявления иных лиц, проводится конкурс, сроки проведения не установлены
- заинтересованный до принятия решения о заключении с ним соглашения обязан указать источники финансирования деятельности по исполнению концессионного соглашения и представить подтверждение возможности их получения

Частная инициатива. Закон № 224-ФЗ

- до направления предложения допускается проведение переговоров
- одновременно с направлением предложения инициатор предоставляет независимую гарантию (банковскую гарантию) в объеме не менее чем 5% объема прогнозируемого финансирования проекта (применимо и для иных заинтересованных)
- рассмотрение предложения – до 90 дней
- при принятии положительного решения - оценка эффективности и определение его сравнительного преимущества
- выявление иных заинтересованных проекта - 45 дней
- если поступили заявления иных лиц, публичный партнер в срок, не превышающий 180 дней **со дня принятия данного решения**, обеспечивает организацию и проведение конкурса на право заключения соглашения

Спасибо за внимание



Ирина Митина

Старший юрист
практики по инфраструктуре и ГЧП

irina.mitina@kachkin.ru

тел.: +7 812 602 0225

Санкт-Петербург, Россия

www.kachkin.ru