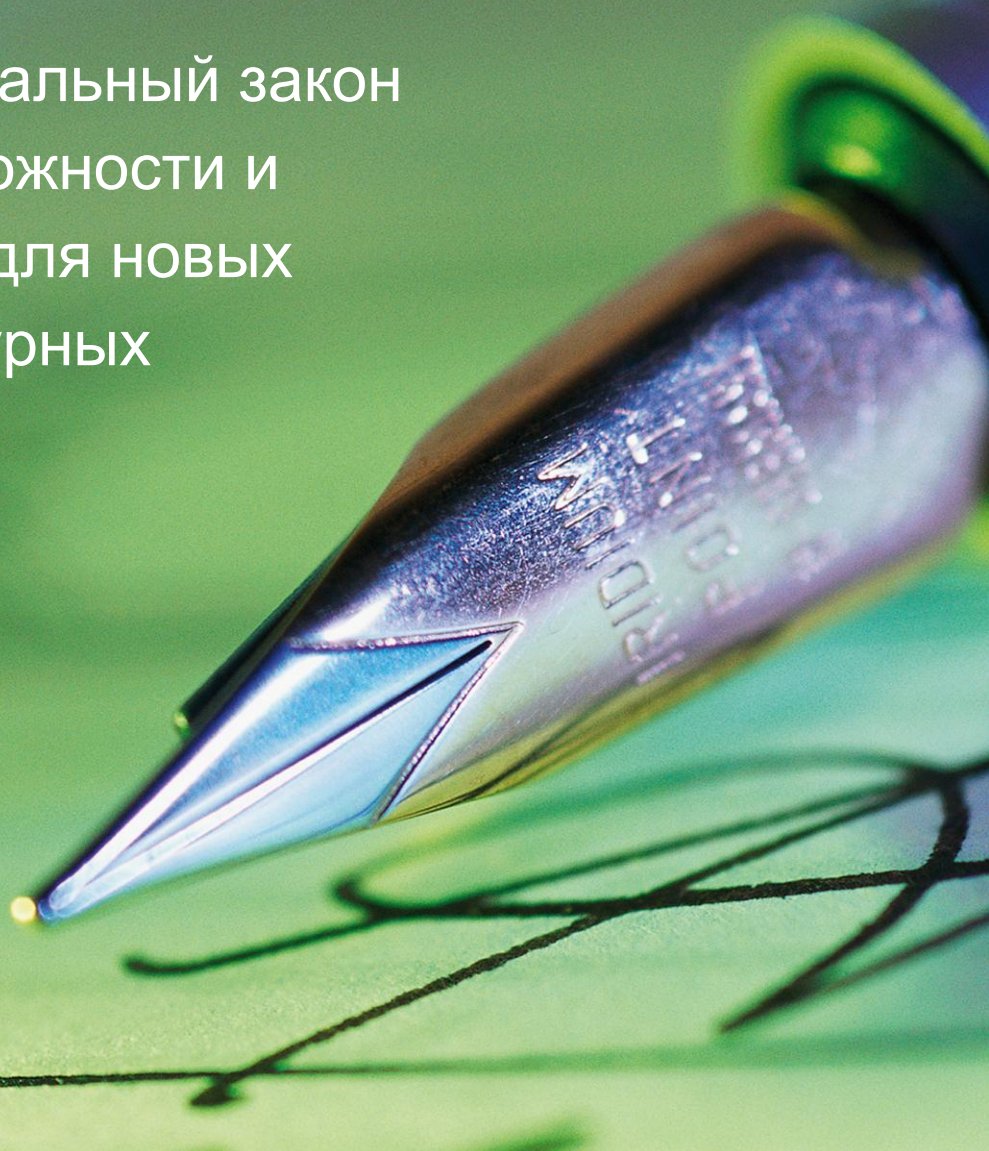


Новый Федеральный закон о ГЧП – возможности и ограничения для новых инфраструктурных проектов



Оглавление

Предыстория и контекст принятия закона	2	Заключение СГЧП без проведения конкурса	5
Элементы СГЧП	2	Частные предложения	6
Стороны СГЧП	3	Недостатки и ограничения Закона № 224-ФЗ	8
Перечень объектов СГЧП и его сравнение с перечнем объектов КС	4	Последствия принятия Закона № 224-ФЗ для законодательства субъектов РФ и муниципальных правовых актов о ГЧП	8
Конкурсные процедуры для определения частного партнера	4	Сроки вступления Закона № 224-ФЗ в силу	8
Совместный конкурс	5	Подзаконная нормативно-правовая база, подлежащая принятию во исполнение Закона № 224-ФЗ	9

ИЮЛЬ

2015

Дополнительная информация

Для дополнительной информации, пожалуйста, свяжитесь с контактным лицом, указанным ниже, или с Вашим основным контактом в Hogan Lovells.



Александр Долгов

Глава практики инфраструктуры, энергетики и ГЧП

Партнер, Москва

alexander.dolgov@hoganlovells.com

T +7 495 933 3000

П +7 495 933 3022

Данный текст носит лишь информационный характер и не может рассматриваться как юридическая консультация.

Новый Федеральный закон о ГЧП – возможности и ограничения для новых инфраструктурных проектов

1. **Предыстория и контекст принятия закона**
- 1.1 Принятие Федерального закона № 224-ФЗ "О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 13 июля 2015 года (далее – "**Закон № 224-ФЗ**") ожидалось участниками рынка государственно-частного партнерства (далее – "**ГЧП**¹") в Российской Федерации (далее – "**РФ**") на протяжении нескольких последних лет.
- 1.2 Первый проект Закона № 224-ФЗ был внесен в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации (далее – "**ГД РФ**") в марте 2013 года и прошел первое чтение 26 апреля 2013 года. В течение более двух лет после этого проект Закона № 224-ФЗ дорабатывался и, в практически полностью измененном виде, 1 июля 2015 года все же был принят ГД РФ в третьем чтении. Президент РФ подписал Закон № 224-ФЗ 13 июля 2015 года.
- 1.3 До принятия Закона № 224-ФЗ единственной урегулированной на уровне федерального законодательства формой ГЧП были концессионные соглашения (далее – "**КС**"), заключаемые на основании Федерального закона № 115-ФЗ "О концессионных соглашениях" от 21 июля 2005 года (далее – "**Закон № 115-ФЗ**").
- Заклучение соглашений о ГЧП (далее – "**СГЧП**") было возможно лишь в рамках региональных законов об участии в ГЧП, принятых в большинстве субъектов РФ. При этом качество многих региональных законов оставляло желать лучшего, а также существовали риски их противоречия федеральному законодательству. В связи с этим количество реализованных проектов ГЧП в РФ оставалось небольшим.
- 1.4 Начиная с 1 января 2016 года (дата вступления в силу большинства положений Закона № 224-ФЗ), российский рынок ГЧП должен получить дополнительный импульс для развития, поскольку вступление в силу Закона № 224-ФЗ позволит более гибким образом структурировать проекты ГЧП с учетом определенных ограничений (подробнее см. раздел 9 ниже).
- 1.5 В настоящее время Минэкономразвития РФ при участии экспертного сообщества (в том числе юристов Hogan Lovells) разрабатывает подзаконную нормативно-правовую базу, необходимую для реализации отдельных положений Закона № 224-ФЗ.
2. **Элементы СГЧП**
- 2.1 Закон № 224-ФЗ определяет исчерпывающий перечень обязательных элементов СГЧП. В частности, к ним относятся:
- (а) строительство и (или) реконструкция объекта СГЧП частным партнером;

¹ Здесь и далее в состав определения "ГЧП" включаются также муниципально-частные партнерства.

- (b) финансирование частным партнером создания объекта СГЧП (полностью или частично);
- (c) эксплуатация и (или) техническое обслуживание объекта СГЧП частным партнером;
- (d) возникновение у частного партнера права собственности на объект СГЧП при условии обременения объекта в соответствии с Законом № 224-ФЗ.
- (c) государственные и муниципальные учреждения;
- (d) публично-правовые компании³;
- (e) хозяйственные товарищества, общества и партнерства, находящиеся под контролем РФ, субъекта РФ или муниципального образования, и их дочерние общества;
- (f) некоммерческие фонды.

2.2 СГЧП может также предусматривать принятие на себя публичным партнером части расходов по СГЧП. При этом в случае, если совокупный объем таких расходов превышает размер инвестиций частного партнера, объект СГЧП должен быть передан в собственность публичного партнера по истечении срока, установленного в СГЧП. В иных случаях в зависимости от условий СГЧП право собственности на объект СГЧП может оставаться у частного партнера или же передаваться публичному партнеру в течение или по окончании срока действия СГЧП.

3. Стороны СГЧП

- 3.1 Сторонами СГЧП являются публичный партнер и частный партнер.
- 3.2 Закон № 224-ФЗ устанавливает, что не могут являться частными партнерами, а также участвовать на стороне частного партнера следующие юридические лица:
- (a) иностранные юридические лица²;
 - (b) ГУПы и МУПы;

3.3 Публичным партнером по проектам ГЧП может являться РФ, от имени которой выступает Правительство РФ или уполномоченный им федеральный орган исполнительной власти, либо субъект РФ, от имени которого выступает высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ или уполномоченный им орган исполнительной власти субъекта РФ, либо муниципальное образование, от имени которого выступает глава муниципального образования или иной уполномоченный орган местного самоуправления в соответствии с уставом муниципального образования

3.4 Отметим, что отдельные права и обязанности публичного партнера, перечень которых устанавливается Правительством РФ, могут осуществляться органами и (или) юридическими лицами, уполномоченными публичным партнером.

3.5 Аналогично Закону № 115-ФЗ Закон № 224-ФЗ предусматривает возможность для

² При этом Закон № 224-ФЗ не запрещает участвовать иностранному юридическому лицу в СГЧП посредством создания совместного предприятия с российским партнером или партнерами в форме российского юридического лица или же через дочернее общество, учрежденное на территории РФ.

³ Публично-правовой компанией является "созданная в порядке, предусмотренном Федеральным законом, на основании решения Правительства РФ или федерального закона некоммерческая организация, осуществляющая свою деятельность в интересах государства и общества и наделяемая в соответствии с решением о ее создании отдельными государственными полномочиями" (Проект Федерального закона № 252441-6 "О публично-правовых компаниях в РФ", определение термина в действующем законодательстве отсутствует).

двух и более публичных партнеров провести совместный конкурс в целях заключения СГЧП (см. раздел 6 ниже).

4. **Перечень объектов СГЧП и его сравнение с перечнем объектов КС**

4.1 В Законе № 224-ФЗ устанавливается закрытый перечень объектов СГЧП, в целом совпадающий с перечнем объектов КС согласно Закону № 115-ФЗ. Однако в отношении ряда объектов КС невозможно заключение СГЧП, и наоборот.

4.2 Так, в отличие от КС, не допускается заключение СГЧП в отношении источников тепловой энергии, объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, а также метрополитена и автомобильных дорог (за исключением частных автодорог, которые фактически отсутствуют в РФ на данный момент, а также мостов, защитных дорожных сооружений, элементов обустройства автомобильных дорог и т.д.).

4.3 К объектам, которые в соответствии с Законом № 115-ФЗ не могут являться объектами КС, но могут в соответствии с Законом № 224-ФЗ быть объектами СГЧП, относятся частные автодороги, воздушные суда, стационарные или плавучие платформы, искусственные острова; подводные и подземные технические сооружения, переходы, линии связи и коммуникации, иные линейные объекты связи и коммуникации; мелиоративные системы.

4.4 Еще одно отличие Закона № 224-ФЗ от Закона № 115-ФЗ заключается в том, что не допускается передача частному партнеру объекта СГЧП, который на момент заключения соглашения принадлежит ГУП или МУП на праве хозяйственного ведения или бюджетному учреждению на праве оперативного управления. Такая передача возможна лишь в рамках КС (в отношении автодорожных проектов и проектов в сфере ЖКХ).

4.5 Как и в отношении КС, возможно обеспечение исполнения обязательств частного партнера перед финансирующим лицом при наличии прямого соглашения. Взыскание на предмет залога по такому обеспечению может быть обращено только в том случае, если в течение 180 дней со дня возникновения оснований для обращения взыскания не была осуществлена замена частного партнера либо если СГЧП не было досрочно прекращено по решению суда в связи с существенным нарушением частным партнером его условий⁴.

5. **Конкурсные процедуры для определения частного партнера**

5.1 По общему правилу, СГЧП заключается по итогам проведения конкурса на право заключения СГЧП.

5.2 Конкурс проводится в соответствии с решением о реализации проекта и включает следующие этапы:

- (a) размещение сообщения о проведении конкурса на официальном сайте, или (в случае проведения закрытого конкурса) направление лицам, определенным решением о реализации проекта, уведомления о проведении закрытого конкурса с приглашением принять участие в закрытом конкурсе;
- (b) представление заявок на участие в конкурсе;
- (c) вскрытие конвертов с заявками на участие в конкурсе;
- (d) проведение предварительного отбора участников конкурса;

⁴ Данное ограничение представляется более жестким по сравнению с положениями о прямых соглашениях Закона № 115-ФЗ.

- (e) представление конкурсных предложений;
- (f) вскрытие конвертов с конкурсными предложениями;
- (g) рассмотрение, оценка конкурсных предложений и определение победителя конкурса;
- (h) подписание протокола о результатах проведения конкурса, размещение сообщения о результатах проведения конкурса на официальном сайте и уведомление участников конкурса о результатах проведения конкурса.
- 5.3 Конкурс может быть открытым или закрытым. Закрытый конкурс проводится в случае, если соглашение заключается в отношении объекта СГЧП, сведения о котором составляют государственную тайну.
- 5.4 Закон № 224-ФЗ предусматривает следующие критерии конкурса:
- (a) технические критерии;
- (b) финансово-экономические критерии;
- (c) юридические критерии:
- (i) срок действия СГЧП;
- (ii) риски, принимаемые на себя публичным и частным партнером (например, возникновение дополнительных расходов при создании объекта СГЧП).
- 5.5 Закон № 224-ФЗ предусматривает аналогичные Закону № 115-ФЗ сроки проведения конкурса.
- 6. Совместный конкурс**
- 6.1 В целях заключения СГЧП два и более публичных партнера вправе провести совместный конкурс.⁵ Организатором совместного конкурса выступает один из публичных партнеров, которому другие публичные партнеры передают на основании соглашения о проведении совместного конкурса часть своих полномочий по организации и проведению совместного конкурса. С победителем совместного конкурса каждым публичным партнером заключается отдельное СГЧП.
- 6.2 Это положение вызывает серьезные вопросы в части соотношения прав и обязанностей сторон. Необходимо учитывать, что при реализации данной возможности на практике, в случае если объект СГЧП будет общим для двух и более публичных партнеров, могут возникнуть проблемы, связанные с необходимостью закрепления совместных платежных обязательств публичных партнеров, в том числе платежей при досрочном прекращении таких СГЧП. Также для концессионных проектов возникает риск проведения аналогии в части соответствующих положений с Законом № 115-ФЗ, который прямо не предусматривает заключение нескольких КС по результатам совместного конкурса.
- 7. Заключение СГЧП без проведения конкурса**
- 7.1 Заключение СГЧП без проведения конкурса возможно:

При этом использование иных критериев конкурса на заключение СГЧП не допускается.

⁵ При этом Закон № 224-ФЗ не содержит ограничений, аналогичных предусмотренным Законом № 115-ФЗ, связанных с необходимостью наличия у каждого из публично-правовых образований права собственности на объект соглашения.

- (a) с инициатором проекта ГЧП, если в течение 45 дней с момента размещения проекта СГЧП на официальном сайте от иных лиц не поступили заявления о намерении участвовать в проекте (см. раздел 8 ниже);
- (b) с лицом, представившим единственную заявку на участие в конкурсе либо единственную заявку, отвечающую требованиям конкурсной документации;
- (c) с лицом, представившим единственное конкурсное предложение, в случае его соответствия требованиям конкурсной документации, в том числе критериям конкурса.

8. Частные предложения

- 8.1 Институт частных предложений появился в законодательстве РФ (а именно, в Законе № 115-ФЗ) относительно недавно, однако к настоящему времени на его основании уже был инициирован целый ряд концессионных проектов, в том числе проекты в автодорожной сфере, здравоохранении и ЖКХ. Этот институт был также закреплен в Законе № 224-ФЗ с определенными изменениями в части сроков, обеспечения и пр.
- 8.2 Лицо, которое в соответствии с Законом № 224-ФЗ может выступать в качестве частного партнера, вправе разработать и направить предложение о реализации проекта ГЧП публичному партнеру. При этом инициатор проекта одновременно с направлением такого предложения публичному партнеру предоставляет ему независимую гарантию⁶ (банковскую

гарантию) в объеме не менее чем 5 процентов объема прогнозируемого финансирования проекта.

- 8.3 Предложение о реализации проекта ГЧП должно содержать:
- (a) описание проекта и обоснование его актуальности;
 - (b) цели и задачи реализации проекта;
 - (c) сведения о публичном партнере;
 - (d) проект СГЧП, включающий в себя его существенные условия;
 - (e) срок реализации проекта;
 - (f) оценку возможности получения сторонами соглашения дохода от реализации проекта;
 - (g) прогнозируемый объем финансирования проекта, в том числе прогнозируемый объем финансирования проекта за счет средств бюджетов бюджетной системы РФ, и объем частного финансирования (из собственных средств и заемного);
 - (h) описание рисков (при их наличии), связанных с реализацией проекта;
 - (i) сведения об эффективности проекта и обоснование его сравнительного преимущества;
 - (j) иные определенные Правительством РФ сведения.
- 8.4 Отметим, что, в отличие от института частной инициативы по Закону № 115-ФЗ⁷,

⁶ В соответствии с изменениями, внесенными в Гражданский кодекс РФ Федеральным законом № 42-ФЗ от 8 марта 2015 года и вступившими в силу с 1 июня 2015 года, независимая гарантия может выдаваться не только банками и кредитными организациями, но и другими коммерческими организациями.

⁷ Требуемый Законом № 115-ФЗ пакет документов включает лишь проект КС, сведения о соответствии инициатора проекта требованиям к концессионеру, сведения, подтверждающие соответствие предложения программам комплексного развития систем коммунальной инфраструктуры поселений, городских округов, государственным программам РФ, субъектов РФ, муниципальным программам.

- состав пакета документов, требуемого для подачи предложения о реализации проекта ГЧП, значительно более объемн.
- 8.5 В срок не более 90 дней со дня поступления предложения, публичный партнер обязан рассмотреть такое предложение и принять одно из следующих решений:
- (a) о направлении предложения о реализации проекта на рассмотрение в уполномоченный орган в целях оценки эффективности и определения его сравнительного преимущества;
- (b) о невозможности реализации проекта.
- 8.6 При рассмотрении публичным партнером предложения о реализации проекта он вправе запросить у инициатора проекта дополнительные материалы и документы, проводить переговоры, в том числе в форме совместных совещаний, с инициатором проекта. Указанные переговоры должны быть проведены в пределах указанных 90 дней.
- 8.7 Уполномоченный орган рассматривает предложение о реализации проекта в целях оценки эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества. В случае получения положительного заключения уполномоченного органа публичный партнер в течение 5 дней направляет данное заключение в орган государственной власти либо главе муниципального образования, уполномоченным на принятие решения о реализации проекта.
- 8.8 Решение о реализации проекта принимается, в зависимости от того, кто будет являться публичным партнером:
- (a) Правительством РФ;
- (b) высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ; либо
- (c) главой муниципального образования.
- 8.9 Если решение о реализации проекта принято на основании частного предложения, публичный партнер в срок не более 10 дней со дня принятия указанного решения должен разместить его на официальных сайтах в целях принятия заявлений от иных лиц о намерении участвовать в конкурсе на право заключения СГЧП.
- 8.10 Если в течение 45 дней⁸ с момента размещения решения о реализации проекта на официальных сайтах:
- (a) от иных лиц не поступили заявления о намерении участвовать в конкурсе на право заключения СГЧП с приложением независимой гарантии (банковской гарантии) в объеме не менее чем 5 процентов прогнозируемого финансирования⁹; либо
- (b) такие заявления поступили от лиц, не соответствующих требованиям, предусмотренным Законом № 224-ФЗ;
- публичный партнер принимает решение о заключении СГЧП с инициатором проекта без проведения конкурса и устанавливает срок подписания СГЧП.
- 8.11 Если в течение 45 дней с момента размещения предложения о реализации

8

В Законе № 115-ФЗ содержится аналогичный срок.

9

Обращаем внимание на прогрессивность данного положения по сравнению с аналогичной нормой Закона № 115-ФЗ, не предусматривающей необходимость обеспечения таких заявлений от третьих лиц, что несет риск злоупотребления правом со стороны таких третьих лиц.

проекта на официальных сайтах от иных лиц поступили заявления о намерении участвовать в конкурсе на право заключения СГЧП с приложением независимой гарантии (банковской гарантии), публичный партнер в срок не более 180 дней¹⁰ со дня принятия решения обеспечивает организацию и проведение конкурса на право заключения СГЧП.

9. Недостатки и ограничения Закона № 224-ФЗ

9.1 Безусловно, принятие Закона № 224-ФЗ, – это большой шаг вперед для российского рынка ГЧП. Однако, как уже отмечалось, Закон № 224-ФЗ не лишен определенных недостатков. В частности, он дублирует ряд ограничений Закона № 115-ФЗ (например, закрытый перечень объектов СГЧП), а также устанавливает дополнительные ограничения, которые могут усложнить реализацию проектов ГЧП (например, чрезмерно длительные сроки процедуры в рамках подачи частных предложений, жесткие требования к процедуре оценки проектов ГЧП, ограничения по участию в проектах в качестве частного партнера иностранных юридических лиц и компаний, находящихся под контролем государства).

9.2 Отдельно следует отметить такое ограничение, как отсутствие аналога платы концедента¹¹ в Законе № 224-ФЗ, в соответствии с положениями которого публичный партнер может лишь брать на себя часть расходов на создание и (или) эксплуатацию объекта СГЧП.

10. Последствия принятия Закона № 224-ФЗ для законодательства субъектов

РФ и муниципальных правовых актов о ГЧП

10.1 Нормативные правовые акты субъектов РФ, муниципальные правовые акты в сфере ГЧП подлежат приведению в соответствие с Законом № 224-ФЗ до 1 июля 2016 года. С 1 июля 2016 года указанные нормативные правовые акты субъектов РФ, муниципальные правовые акты применяются в части, не противоречащей положениям Закона № 224-ФЗ.

10.2 В отношении СГЧП, заключенных до 1 января 2016 года в соответствии с нормативными актами в сфере ГЧП субъектов РФ и (или) муниципальных образований, будут применяться положения указанных нормативных актов. Такие СГЧП будут действовать до окончания срока их действия на условиях, на которых они были заключены.

11. Сроки вступления Закона № 224-ФЗ в силу

11.1 Закон № 224-ФЗ вступает в силу с 1 января 2016 года, за исключением положений статьи 46 Закона № 224-ФЗ, вносящих изменения в Федеральный закон "О дополнительных мерах по поддержке финансовой системы Российской Федерации", которые вступили в силу со дня официального опубликования Закона № 224-ФЗ, которые предусматривают возможность продления срока размещения средств Фонда национального благосостояния во Внешэкономбанке на основании решения Правительства РФ. В случае принятия такого решения Внешэкономбанк вправе продлить до 31 декабря 2023 года включительно срок предоставления субординированных кредитов без обеспечения российским кредитным организациям, которым были предоставлены такие кредиты.

¹⁰ Закон № 115-ФЗ не регламентирует срок, в который необходимо провести концеденту конкурс в случае подачи заявок от третьих лиц.

¹¹ См. часть 13 статьи 3 Закона № 115-ФЗ.

12. **Подзаконная нормативно-правовая база, подлежащая принятию во исполнение Закона № 224-ФЗ**

12.1 Во исполнение Закона № 224-ФЗ Правительством РФ должны быть приняты постановления, регламентирующие:

- (a) в отношении частных предложений (см. раздел 8 выше):
 - (i) порядок проведения уполномоченным органом переговоров с обязательным участием публичного партнера и инициатора проекта;
 - (ii) порядок рассмотрения публичным партнером частного предложения о реализации проекта;
 - (iii) форму и порядок направления публичному партнеру заявления о намерении участвовать в конкурсе на право заключения СГЧП;
 - (iv) сведения, содержащиеся в предложении о реализации проекта и форму предложения о реализации проекта ГЧП, а также требования к предложению о реализации проекта;
- (b) порядок проведения уполномоченным органом оценки эффективности проекта ГЧП и рассмотрения на наличие сравнительного преимущества, а также установление порядка оценки эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества;
- (c) порядок осуществления публичным партнером контроля над исполнением СГЧП;

- (d) срок и порядок размещения на официальном сайте сообщения о проведении открытого конкурса или, в случае проведения закрытого конкурса, срок направления определенным решением о реализации проекта лицам уведомления о проведении закрытого конкурса и приглашения принять участие в закрытом конкурсе;
- (e) порядок осуществления отбора участников конкурса в случае, если проведение предварительного отбора участников конкурса предусмотрено решением о реализации проекта.

12.2 Также ожидается принятие приказов Минэкономразвития РФ, регулирующих порядок проведения предварительных переговоров и переговоров, связанных с разработкой предложения о реализации проекта ГЧП и рассмотрением проекта публичным партнером, уполномоченным органом, порядка мониторинга реализации СГЧП, а также устанавливающих методику оценки эффективности проекта ГЧП и рассмотрения на наличие сравнительного преимущества.

www.hoganlovells.com

Hogan Lovells has offices in:

Alicante	Dusseldorf	London	New York	Shanghai
Amsterdam	Frankfurt	Los Angeles	Northern Virginia	Silicon Valley
Baltimore	Hamburg	Luxembourg	Paris	Singapore
Beijing	Hanoi	Madrid	Perth	Sydney
Brussels	Ho Chi Minh City	Mexico City	Philadelphia	Tokyo
Budapest*	Hong Kong	Miami	Rio de Janeiro	Ulaanbaatar
Caracas	Houston	Milan	Riyadh*	Warsaw
Colorado Springs	Jakarta*	Monterrey	Rome	Washington DC
Denver	Jeddah*	Moscow	San Francisco	Zagreb*
Dubai	Johannesburg	Munich	São Paulo	

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses. The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney Advertising.

©Hogan Lovells 2015. All rights reserved.

*Associated offices