



НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЦЕНТР
ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО
ПАРТНЕРСТВА



РОСИНФРА
ПЛАТФОРМА ПОДДЕРЖКИ
ИНФРАСТРУКТУРНЫХ ПРОЕКТОВ

ЭКСПЕРТНЫЙ РЕЛИЗ



СЕНТЯБРЬ '2017

2/17

О ПЕРВООЧЕРЕДНЫХ МЕРАХ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ КОНЦЕССИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*ПРОБЛЕМЫ ПЛАТЫ КОНЦЕДЕНТА, ПОДТВЕРЖДЕНИЯ
ФИНАНСОВОЙ СОСТОЯТЕЛЬНОСТИ УЧАСТНИКОВ
КОНКУРСА И КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ
ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ*

pppi.ru

ЭКСПЕРТНАЯ ПОЗИЦИЯ ПО ПРОБЛЕМЕ

ПРОБЛЕМЫ

Важными факторами развития любой отрасли экономики являются уровень адаптации правового регулирования под современные вызовы и скорость «правового реагирования» на проблемы, тормозящие развитие рынка. Концессионное законодательство в этом смысле не является исключением.

Состояние правовой базы в этой сфере сегодня характеризуется целым рядом проблемных аспектов, требующих не просто внимания, а тщательного анализа и выработки мер по их разрешению. Одними из наиболее кризисных и активно обсуждаемых среди них являются:

- вопрос о правомерности компенсации концедентом 100% расходов инвестора по проекту (в том числе, за счет выплаты платы концедента) («башкирское дело» и его последствия для концессионного рынка);
- невозможность подтверждения бенефициарами участника конкурса его соответствия квалификационным требованиям (в рамках конкурса на право заключения концессионного соглашения) («дело ХМАО-Югры»);
- отсутствие единообразия в судебной практике при решении вопроса о правомерности установления в качестве квалификационного требования к участникам конкурса требований к финансовой состоятельности / опыту финансирования.

Возможностям их разрешения на законодательном уровне и посвящен настоящий релиз.

РЕШЕНИЯ

1 Значительное количество инфраструктурных проектов **не окупаемы** за счет осуществления концессионером деятельности с использованием объекта, и без гарантий возврата публичной стороной расходов инвестора такие проекты становятся непривлекательными для инвесторов; по этой причине и для устранения последствий «башкирского дела» для рынка концессий требуется скорейшее внесение изменений в 115-ФЗ в части **установления возможности 100% компенсации затрат инвестора** за счет концедента.

2 Сегодня отсутствует однозначное понимание того, что должно входить в **плату концедента**, в результате чего возникают **проблемы при определении ее размера структуры**. Для разрешения данных проблем целесообразно конкретизировать положения законодательства, определив компенсационный характер такой платы и ее возможную структуру, посредством внесения соответствующих изменений в статью 7, статью 3 115-ФЗ или же введения новой самостоятельной статьи в 115-ФЗ.

3 Правоприменительная практика показывает **различные подходы** к возможности включения в конкурсную документацию тех или иных **требований к квалификации участников ГЧП-конкурса**, признанию их допустимыми и не нарушающими положения законодательства о защите конкуренции.

В целях преодоления наказательной практики оценки действий по установлению требований, в первую очередь, к финансовой состоятельности участника конкурса и устранения возможности двоякого толкования соответствующих положений конкурсной документации видится целесообразным:

- инициирование подготовки **разъяснений ФАС России** по данному вопросу;
- актуализацию положений статьи 29 115-ФЗ и/или установление требований к предварительному отбору участников ГЧП-конкурса соответствующим решением Правительства Российской Федерации.

4 Действующая редакция 115-ФЗ говорит о необходимости подтверждения соответствия установленным квалификационным требованиям непосредственно участниками конкурса, исключая возможность такого подтверждения аффилированными лицами участника.

С целью сохранения возможности реализации концессионных проектов инвесторами с привлечением квалификаций и опыта иных лиц, а также инвесторами – проектными организациями **требуется скорейшее внесение изменений в 115-ФЗ в части установления возможности подтверждения квалификаций участника его аффилированными лицами** (по аналогии с 224-ФЗ).

ОГЛАВЛЕНИЕ

1 - ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

| | |
|-------------------------|---|
| Введение | 3 |
| Международный опыт..... | 6 |
| Предложения..... | 8 |

2 - ФИНАНСОВАЯ СОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ УЧАСТНИКОВ КОНКУРСА

| | |
|---------------------------|----|
| Введение | 9 |
| Международный опыт | 11 |
| Общественное мнение | 12 |
| Предложения | 13 |

3 - ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

| | |
|--------------------------|----|
| Введение | 14 |
| Международный опыт | 16 |
| Предложения | 18 |
| Благодарность | 19 |

09'2017

I ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

ВВЕДЕНИЕ

КРАТКО

Рассмотрение арбитражными судами дела № А40-23141/17 и в рамках него вопроса соответствия части 13 статьи 3 115-ФЗ 100-% компенсации расходов инвестора (в том числе, за счет выплаты платы концедента) поставила под сомнение перспективы успешной реализации проектов с полным финансированием.

Значительное количество инфраструктурных проектов не предполагает какой-либо прибыльности от осуществления концессионером деятельности с использованием объекта. Особенно характерно это проявляется в проектах по строительству социальных объектов и «бесплатных» автомобильных дорог. В таких проектах гарантии возврата публичной стороной расходов инвестора являются единственным возможным источником окупаемости участия инвестора в их реализации.

В свою очередь для публичной стороны необходимость выплат инвестору за счет средств бюджета компенсируется социально-экономическими эффектами от их реализации.

Для предотвращения паники на рынке ГЧП-проектов ФАС России был разработан проект по внесению изменений в 115-ФЗ, предусматривающий установление возможности 100-% компенсации затрат инвестора, а также введение ограничений по срокам начала или завершения выплаты платы концедента. Планируется указать, что выплаты в рамках платы концедента могут начаться сразу после ввода объекта в эксплуатацию, однако полная компенсация должна произойти не ранее чем через 5 лет.

ПОДРОБНО

31 января 2017 г. Комиссия ФАС России в отношении концессионного конкурса на строительство и эксплуатацию автомобильной дороги регионального значения Республики Башкортостан «Стерлитамак – Кага – Магнитогорск» приняла решение № Т-7/17, в котором факт 100-% возмещения концедентом затрат концессионера на создание (реконструкцию), эксплуатацию объекта концессии был признан нарушением законодательства о конкуренции. Впоследствии позиция антимонопольного органа и законность его выводов были поддержаны Арбитражным судом города Москвы (решение от 8 июня 2017 г. по делу № А40-23141/17). Аргументацию суда при этом можно свести к следующим тезисам:

- невозможность полного финансирования создания, эксплуатации объекта за счет концедента следует из императивного законодательного закрепления всего двух возможных моделей финансирования создания объекта: (1) за счет концессионера; (2) за счет концессионера при частичном финансировании концедентом;
- ситуация, при которой все расходы на создание и эксплуатацию объекта концессионного соглашения будет нести бюджет, противоречит части 13 статьи 3 115-ФЗ, согласно которой концедент вправе принимать на себя лишь часть таких расходов;
- полное финансирование строительства, эксплуатации объекта за счет средств

концедента фактически стирает грань между концессионным соглашением и государственным контрактом (при этом выбор концессионера происходит без соблюдения обязательных для госзакупки требований);

- существующее правоприменение при оформлении инвестиционных отношений в одной из форм государственно-частного партнерства (например, концессионное соглашение, инвестиционный договор, соглашение о государственно-частном партнерстве) исключает возможность возмещения инвестору затрат на строительство (реконструкцию) и использование (эксплуатацию) в полном объеме за счет средств бюджета (суд сослался позицию Верховного Суда Российской Федерации, выраженную в определении от 3 сентября 2014 г. № 304-КГ14-387 по делу № А75-4785/2013);
- действующее правовое регулирование (Федеральный закон «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации...») устанавливает возможность полного финансирования только в отношении проектов о платных автомобильных дорогах (либо содержащих платные участки) в ситуации, когда получателями доходов от использования дорог являются публичные образования.

28 августа 2017 г. Девятый арбитражный апелляционный суд отменил решение Арбитражного суда г. Москвы и признал недействительным

09'2017

I ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

решение ФАС России № Т-7/17 в части квалификации положений конкурсной документации о требованиях к квалификации участников и аннулировании результатов торгов.

Поскольку срок обжалования постановления Девятого арбитражного апелляционного суд еще не истек, говорить об окончательном разрешении спорной ситуации пока преждевременно. Рассмотрение дела № А40-23141/17 в суде кассационной инстанции и принятие по нему решения об отмене постановления суда апелляционной инстанции может повлечь практику оспаривания как уже заключенных концессионных соглашений с возвратом инвестиций частной стороны за счет растянутых во времени платежей из бюджета, так и планируемых к заключению.

Следует отметить, что критическое восприятие властными органами ситуации со 100% финансовым участием публичной стороны в концессионных проектах многими экспертами предсказывалось еще задолго до ситуации с Башкирским делом. Вскоре после принятия 115-ФЗ стало понятно, что масштабные проекты невозможно реализовывать исключительно за счет инвестиционных средств, и в 2008 году была введена плата концедента (сначала только для автомобильных дорог). Помимо этого, была предусмотрена возможность частичного софинансирования публичной стороной создания, эксплуатации объекта. Поскольку в итоговый текст поправок не была включена легальная дефиниция платы концедента, а также в связи с использованной формулировкой про «часть расходов» концедента на создание, эксплуатацию объекта, довольно скоро в экспертных кругах стал обсуждаться риск переквалификации концессии с платой концедента в госзакупку.

И Интересным фактом является то, что на момент внесения в 2012 году проекта изменений в 115-ФЗ (после принятия – 38-ФЗ от 25 апреля 2012 г.) в нем раскрывалось определение платы концедента. Указывалось, что она является платой за создание, реконструкцию объекта концессионного соглашения и (или) использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения в зависимости от выполнения концессионером определенных концессионным соглашением требований к качеству и потребительским свойствам объекта. Однако из принятой в итоге версии проекта федерального закона легальная дефиниция платы концедента была исключена.

Ситуация с «башкирским делом» поставила под сомнение перспективы успешной реализации

проектов с полным финансированием за счет концедента. Массовая паника инвесторов, практически осязаемый страх за реализацию уже заключенных, но не оспоренных ФАС соглашений с подобной схемой финансирования, заставили органы власти по-новому взглянуть на ситуацию с реализацией масштабных проектов, где государство полностью компенсирует инвестору вложения.

На первое место вышло понимание, что значительное количество инфраструктурных проектов не предполагает в принципе какой-либо прибыльности от осуществления концессионером деятельности с использованием объекта (не только «бесплатные» автомобильные дороги, но и объекты социальной сферы и пр.).

Без гарантий возврата публичной стороной расходов инвестора такие проекты становятся непривлекательными для частного сектора. В свою очередь, факт возврата расходов на строительство, эксплуатацию объектов концедентом компенсируется социально-экономическими эффектами от реализации проектов, иными прямыми и косвенными положительными последствиями.

Возможно, именно осознание перспектив краха рынка концессий в отношении объектов, которые не предполагают доходности и окупаемости средств инвестора, привело к тому, что ФАС России изменил свое мнение и подготовил проект Федерального закона о внесении изменений в 115-ФЗ, устанавливающие возможности 100%- бюджетного финансирования реализации ГЧП-проектов. Изложенная позиция Национального Центра ГЧП основана на информации, полученной из открытых источников (публикаций в СМИ и т.д.).

Согласно освещенной публично информации законопроектом предлагается установить в 115-ФЗ возможность 100% компенсации затрат инвестора за счет концедента через исключение слова "часть" в статье части 13 статьи 3, части 2 статьи 10, части 2.1 статьи 24 115-ФЗ. Помимо этого, предлагается установить определенные ограничения по срокам начала и завершения выплаты платы концедента: выплаты могут начаться сразу после ввода объекта в эксплуатацию, а полная компенсация должна произойти не ранее чем через 5 лет.

09'2017

I ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

Рис. 1. Сравнение существующей и предлагаемой ФАС России моделей выплаты платы концедента



Следует отметить, что исключение слова «часть» из указанных выше законодательных положений действительно разрешит вопрос о возможности полного финансирования концедентом создания, реконструкции, эксплуатации объекта.

i При этом в рамках рассмотрения «башкирского дела» в своих обоснованиях и суд первой инстанции, и ФАС России под 100% финансовым участием понимали совокупность части расходов на создание, эксплуатацию и платы концедента. То есть фактически затраченные на финансирование создания, эксплуатации объекта средства составляли лишь часть от 100%, и требования части 13.статья 3 115-ФЗ были соблюдены (на что сослался в своем решении суд апелляционной инстанции).

Вместе с тем освещаемые в СМИ поправки в части платы концедента не являются комплексными и полностью решающими пул связанных с ней проблем. Неясными остаются вопросы может ли в принципе плата концедента включать инвестиционный и эксплуатационный платеж, носит ли плата концедента характер компенсации затрат, или же это один из механизмов софинансирования реализации проекта?

Кроме того, сама возможность ограничения сроков выплаты платы концедента носит дискуссионный характер и требует детальной проработки. Установление ограничения сроков полной компенсации после ввода объекта в эксплуатацию чревато появлением механизмов простого обхода такого требования (например, за счет выплаты 99% платы сразу после ввода и 1% на момент окончания 5 лет со дня ввода в эксплуатацию).

КРАТКО

В большинстве стран, активно реализующих инфраструктурные проекты на принципах ГЧП, для осуществления выплат публичной стороны инвестору по проекту применяется механизм «shadow toll» - фиксированные выплаты публичного партнера в пользу инвестора за каждого потребителя услуги.

При этом наибольшее распространение «shadow toll» получил в ГЧП-проектах по строительству, реконструкции автомобильных дорог.

Другой механизм осуществления бюджетных выплат – «availability payment», который охватывает фиксированные выплаты публичного партнера на стадии эксплуатации инвестору, которые, не зависящие от спроса на объект, Данный механизм также получил название – «плата за доступность». Именно ее аналогом и является плата концедента, применяемая в России.

«Availability payment» является менее рискованным (для обеих сторон соглашения) видом выплат, чем «shadow toll», поскольку не зависит от объема спроса на использование объекта конечными пользователями и потребителями. «Availability payment» гарантирует возврат инвестиций частного партнера.

ПОДРОБНО

Изучение международного опыта свидетельствует о богатой практике применения различных платежей инвестору со стороны публичного партнера при реализации инфраструктурных проектов. Выбор того или иного способа осуществляется по результатам анализа особенностей реализации конкретного проекта.

Рис. 2 Возможные платежные механизмы и случаи их применения, мировая практика



Источник - http://www.unecp.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2016/PPP/Forum_PPP-SDGs/Presentations/Svetlana_Maslova-Best_Practice_Guide_for_Roads_Sector.pdf

Наиболее часто встречающимися схемами бюджетного финансирования в сфере ГЧП являются «shadow toll» («скрытые платежи») и «availability payment» («плата за доступность»). Современное понимание компенсационного характера платы

концедента, существующей в России, в наибольшей степени соответствует последней из описанных схем.

Механизм «shadow toll» - фиксированные выплаты публичного партнера в пользу инвестора за каждого потребителя услуги (как правило, распределенных по категориям).

Значительное распространение «shadow toll» получил в проектах в отношении автомобильных дорог. Возврат инвестиций в них осуществляется за счет тарифа за проезд по дороге, а размер самого платежа публичного партнера зависит от интенсивности трафика и типа автотранспортного средства. Как следствие - распределение рисков связано с зависимостью от востребованности инфраструктурного объекта у конечных пользователей.

Другим возможным вариантом платы публичного партнера является «availability payment», которая представляет собой фиксированные выплаты публичного партнера инвестору, которые не зависят от спроса на объект и осуществляются на стадии его эксплуатации, то есть фактически – это плата за эксплуатационную доступность объекта.

Применительно к проектам в отношении автомобильных дорог, такой механизм обоснован в случае отсутствия уверенности в стабильном трафике.

Характеристика мирового инфраструктурного рынка свидетельствует об особой востребованности механизма «availability payment» в проектах, реализуемых в странах с развитыми рынками ГЧП.

I ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

Так, например, в США плата за доступность впервые была применена в проекте расширение дороги Florida I-595 и составила более 100% от оценочной стоимости концессии (1,9 млрд долларов). В рамках проекта после ввода в эксплуатацию дороги концессионер обязался выплачивать 66 млн долл в год, а в сумме порядка 2 млрд долл. Общий срок соглашения — 35 лет, срок строительства — 5 лет.

При этом в дополнение к «плате за доступность» концедент выплатил чуть менее 700 млн долларов по завершению строительства в качестве капитального гранта. А в Канаде, например, механизм платы за доступность применяется в более чем 95% проектов ГЧП.

Таблица 1. Количество проектов с availability payments в ведущих странах (данные на начало 2015 года).

| Страна | Транспорт | Здравоохранение | Образование | Прочее | Всего проектов |
|----------------|-----------|-----------------|-------------|--------|----------------|
| Канада | 49 | 83 | 11 | 78 | 221 |
| Великобритания | 62 | 118 | 166 | 371 | 717 |
| Австралия | 23 | 25 | 15 | 69 | 132 |
| США | 8 | 0 | 0 | 1 | 9 |

В автодорожной сфере к наиболее известным сегодня ГЧП-проектам с «платой за доступность» также можно отнести тоннель порта Майами (США, Флорида), мост «Golden Ears» (Канада), Австрийские восточные дороги (Австрия), трасса A13 - регион Thames Gateway (Великобритания) и многие другие.

Распространение «availability payment», в первую очередь, связано с тем, что данная выплата менее рискованная, чем «shadow toll». Перспективы активного использования объекта конечными пользователями и потребителями не всегда оправдывают себя, а «availability payment» устраняет риск спроса в части возврата инвестиций и повышает интерес частного капитала.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Потребности участников инфраструктурного рынка России и примеры из международной практики указывают на необходимость законодательного разрешения проблемы неоднозначного понимания понятия платы концедента и возможности компенсации за ее счет в 100% размере расходов концессионера на создание и эксплуатацию объекта концессии. Представляется, что в 115-ФЗ должны быть внесены изменения относительно характера платы концедента, ее правовой природы. Однозначное понимание того, что должно входить в плату концедента позволит раз и навсегда разрешить споры по поводу подсчета такой платы и определения обоснованности ее размера. При этом при описании содержания платы концедента требуется отразить возможность компенсации затрат на реализацию такой стадии проекта, как проектирование объекта (в том случае, если обязанность по разработке проектной документации будет возложена на концессионера).

Возможным вариантом решения вопроса является включение в 115-ФЗ следующего положения:

«Концедент вправе принимать на себя обязательство по выплате концессионеру платы концедента, средства которой направляются на возмещение расходов концессионера по эксплуатации объекта концессионного соглашения, включая, в частности, его содержание, ремонт, при необходимости модернизацию и (или) переоснащение, а также возмещение инвестиций концессионера, включая доходность на такие вложения и затраты на разработку проектной документации (в случае, если обязанность по ее разработке была возложена на концессионера). Решение о выплате платы концедента по концессионному соглашению может быть принято в случае, если установление платы концедента по концессионному соглашению определено в качестве критериев конкурса».

При этом с точки зрения юридической техники положения о плате концедента могут быть:

- 1) включены в статью 7 115-ФЗ «Плата по концессионному соглашению»
- 2) детализированы в отдельной части статьи 3 115-ФЗ (например, в 13.1)

3) введены в качестве новой самостоятельной статьи (например, 3.1).

В отношении сроков выплаты платы концедента представляется, что установление подобных ограничений по срокам не соотносится с интересами участников рынка проектов ГЧП. Кроме того, риск задержки сроков ввода объекта в эксплуатацию частным партнером в такой ситуации напрямую отразится на финансирующих организациях. Последним придется учитывать жесткую привязку платы к фактическому (а не плановому, как по ряду уже запущенных проектов) вводу объекта в эксплуатацию, что несомненно приведет к торможению рынка проектов ГЧП с платой за доступность. Кроме того, подобное законодательное предложение не учитывает возможность ввода объекта концессионного соглашения по частям.

По этой причине отсутствует необходимость введения ограничений по дате начала и окончания выплат платы концедента. Более того, представляется, что более логичным было бы обратить внимание не на сроки выплаты бюджетных средств, а на сроки реализации самого концессионного соглашения с платой за доступность. Отсутствие в настоящее время ограничений по минимальным срокам реализации таких проектов влечет риски их занижения, что, в свою очередь, может привести к некупаемости проекта, неполучению прибыли по нему или невыполнению в полном объеме обязательств инвестора. При этом особая социальная значимость тех сфер, где реализуются проекты платой за доступность, зачастую свидетельствует о малой окупаемости инвестиций инвестора и ввиду этого долгосрочности таких инвестиций.

По этим причинам представляется, что минимально возможный срок реализации концессионного соглашения с «платой за доступность» должен быть ограничен 3-мя годами (по аналогии с 224-ФЗ). Указанный срок не будет существенно ограничивать свободу потенциальных сторон концессионного соглашения в формировании условий последнего и при этом позволит снизить риски срыва сроков реализации концессий. В случае, если решение об обязательной увязке сроков выплат к вводу в эксплуатацию и иным датам будем все-таки принято, менее категоричным и, главное, катастрофичным для рынка было бы введение возможности применения инвестиционной составляющей платы концедента в привязке к планируемому, а не фактическому сроку ввода объекта в эксплуатацию.

II ФИНАНСОВАЯ СОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ УЧАСТНИКОВ КОНКУРСА

ВВЕДЕНИЕ

КРАТКО

Сегодня в судебной практике отсутствует однозначное понимание о том, можно ли включать в конкурсную документацию требования к финансовой состоятельности участников конкурса, к «неизменению» (негативному) их финансового положения за определенный период и к опыту финансирования реализации аналогичных проектов.

Сложилось две противоположенных точки зрения:

1) установление подобных требований влечет за собой нарушение принципов равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции, нарушает ч. 3 ст. 23 115-ФЗ и ч. 1 ст. 17 135-ФЗ;

2) установление подобных требований позволяет сделать вывод о том, что участник с достаточной степенью гарантии сможет обеспечить реализацию концессионного соглашения, имеет для этого необходимые ресурсы. Не является нарушением законодательства.

Подобная широта судебного усмотрения вызывает обоснованные опасения потенциальных инвесторов и концедентов, а также создает риск оспаривания уже реализованных конкурсных процедур.

ПОДРОБНО

В настоящее время сложилась разрозненная судебная практика и практика ФАС России в отношении признания тех или иных требований к квалификации участников конкурса допустимыми и не нарушающими положения законодательства о защите конкуренции¹. При этом наиболее «ярко» различия в позициях судебных органов проявляются при решении вопроса о допустимости таких критериев предквалификации, как:

- финансовая состоятельность участника конкурса (объем выручки участника),
- наличие опыта финансирования (за счет привлечения собственных или заемных средств) создания объекта, аналогичного объекту соглашения,
- отсутствие у участника конкурса негативных изменений финансового положения за определенный период времени.

Обзор судебной практики по данному вопросу свидетельствует о том, что подобные требования нередко квалифицируются судами как ограничение доступа к конкурсу на право заключения концессионного соглашения.

Так, в частности, Арбитражный суд Уральского округа при рассмотрении в порядке кассационного производства дела № А71-7057/2015 признал обоснованными выводы судов предыдущих

инстанций о том, что факт установления в конкурсной документации требования к участникам конкурса о наличии среднегодового оборота, эквивалентного не менее 50 000 000 руб. в год (за 2 года, предшествующих подаче заявки) нарушением законодательства о защите конкуренции. При этом он указал, что:

- требование о финансовой состоятельности к участникам конкурса не относится к техническим, качественным, функциональным или каким-либо иным характеристикам оказываемых работ в соответствии с рассматриваемым концессионным соглашением;
- установление такого требования к участникам конкурса на этапе предварительного отбора участников влечет за собой нарушение принципов равноправия и отсутствия обоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам конкурса.

Абсолютно противоположную позицию по аналогичному спору высказал Арбитражный суд Приморского края (при рассмотрении дела № А51-26651/2016), куда обратилось муниципальное учреждение с просьбой признать незаконными решение, предписание регионального УФАС. Последний посчитал требование о финансовой состоятельности участника конкурса (о наличии у участника конкурса среднегодового объема выручки не менее 150 000 000 рублей за последние 3 года, предшествующих дате подачи заявки) противоречащим статье 23 135-ФЗ. При рассмотрении дела Арбитражный суд Приморского края указал, что:

¹ См., например, Решение Арбитражного суда Уральского округа в порядке кассационного производства по делу № А71-7057/2015, Решение Арбитражного суда Приморского края по делу № А51-26651/2016

II ФИНАНСОВАЯ СОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ УЧАСТНИКОВ КОНКУРСА

- конкурсная документация может и должна содержать требования, в том числе требования к квалификации, профессиональным, деловым качествам, которые предъявляются к участникам конкурса для заключения концессионного соглашения с целью обеспечения наиболее эффективной реализации концессионного соглашения, повышения качества товаров, работ, услуг, обладающих необходимыми показателями цены, качества и надежности;
- основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов;
- установление в конкурсной документации повышенных критериев финансовой состоятельности участника в данных конкретных обстоятельствах направлено не на ограничение конкуренции, а лишь позволяет сделать вывод о том, что данный участник с достаточной степенью гарантии сможет реально обеспечить исполнение условий заключенного концессионного соглашения, подготовлен к выполнению установленного соглашением объема работ, имеет для этого необходимые ресурсы.

Суд поддержал включение в конкурсную документацию условия о финансовой состоятельности участника конкурса и указал, что оно не является нарушением антимонопольных требований.

Приведённые примеры являются не единственными, однако они ярко иллюстрируют сложившуюся ситуацию и отсутствие у судебной власти однозначного понимания столь сложного вопроса, как требования к финансовым характеристикам потенциального инвестора. Очевидной и тревожной становится та широта судебного усмотрения, которая проявляется при

решении столь принципиального для реализации конкретных концессионных проектов вопроса.

Соответствует ли включение критерия финансовой состоятельности 135-ФЗ?

Представляется, что позиция о невозможности включения описываемых требований не коррелирует с положениями 115-ФЗ о предквалификации. Требования к квалификации участника, его профессиональным и деловым качествам указываются в пункте 3 части 1 статьи 23 лишь в качестве возможных критериев, примеров. Сама норма прямо не ограничивает те требования, которые могут быть предъявлены к участнику конкурса.



«Статья 23. Конкурсная документация

1. Конкурсная документация должна содержать:

...
3) **требования, которые предъявляются к участникам конкурса (в том числе требования к их квалификации, профессиональным, деловым качествам) и в соответствии с которыми проводится предварительный отбор участников конкурса;**»

Заинтересованность же потенциального концедента в привлечении наиболее квалифицированных и надежных частных инвесторов является разумной и оправданной. Реализация инфраструктурного проекта на основании концессионного соглашения требует значительных затрат со стороны концедента, и демонстрация участником конкурса своей финансовой состоятельности позволяет потенциальному концеденту сделать вывод о том, обладает ли инвестор материальными ресурсами и достаточным опытом для успешной реализации проекта. Цель включения подобных требований в конкурсную документацию - снять или минимизировать риск неисполнения концессионного соглашения со стороны претендента.

09'2017

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

КРАТКО

В зарубежных странах (как в развитых, так и в развивающихся), где активно реализуются ГЧП-проекты, механизм отбора участников торгов на основании, в том числе, финансовых критериев, является достаточно распространенным.

Подтверждением необходимого уровня финансового состояния участника торгов осуществляется путем предоставления:

- документов о подтверждении финансового состояния банками и иными финансовыми организациями;
- выписок из бухгалтерской отчетности;
- документов о среднегодовом обороте продаж за определенный период времени;
- документов о размере чистой прибыли частного партнера и иные материалы;
- иных материалов.

В международной практике признается, что финансовая состоятельность участника торгов влияет на потенциал успешности реализации проекта инвестором.

ПОДРОБНО

Анализ международной практики показывает, что установление требований к финансовым показателям участникам торгов на право заключения соглашений в сфере ГЧП достаточно распространен, в особенности в странах с развитым рынком ГЧП.

В Европейском союзе, все страны которого в настоящее время ратифицировали и имплементировали в свое внутреннее законодательство положения Директивы 2004/18/ЕС Европейского Парламента и Совета от 31 марта 2004 г. по координации процедуры выбора победителя на заключение государственных договоров подряда, поставки и оказания услуг (применяется к процедуре выбора частного партнера при государственно-частном партнерстве), такой критерий как финансовое положение участника является востребованным при оценке претендентов на реализацию ГЧП-проекта и одним из ключевых при отборе последних.

Необходимый уровень финансового состояния участника торгов в Европейском союзе оценивается по различным критериям, среди которых можно выделить подтверждение финансового состояния банками и иными финансовыми организациями, предоставление участником конкурсной процедуры выписок из бухгалтерской отчетности и пр. Разумеется, данный критерий не подменяет значимости и важности других требований, в особенности опыта, предлагаемой инвестором цены реализации проекта, подтверждения наличия навыков, оборудования, квалификации и пр. и только соответствие всей совокупности таких

требований позволяет частному партнеру максимально квалифицированно реализовать ГЧП-проект.

Внимание к рассматриваемому критерию уделяется и в странах с развивающимся рынком ГЧП. Так, в Индии, наряду с квалификацией и опытом участников оценивается финансовое положение потенциальных инвесторов. По данному критерию анализируются:

- способность участника привносить в проект финансовые инвестиции;
- возможность участника обеспечить в отношении требуемого от него финансирования проекта;
- способность участника исполнять обязательства по долгосрочным договорам.

В подтверждение достаточного уровня финансового состояния участника могут быть предоставлены документы о среднегодовом обороте продаж за определенный период времени, документы о размере чистой прибыли частного партнера и иные материалы. При этом в случае необходимости разъяснения положений таких документов публичная сторона может запросить у участника дополнительную информацию.

Критерий финансовой состоятельности участника, наряду с квалификацией, опытом и ценой проекта практически полностью характеризуют потенциал успешности реализации проекта отобранным инвестором.

ОБЩЕСТВЕННОЕ МНЕНИЕ

Национальным Центром ГЧП в рамках изучения общественного мнения по рассматриваемой проблеме проводится опрос с целью выявления требований к участникам концессионного конкурса, которые могут наиболее полно охарактеризовать возможности потенциального инвестора по реализации концессионного соглашения. С использованием информационного ресурса «Платформа поддержки инфраструктурных проектов «РОСИНФРА» (www.pprri.ru) неограниченному кругу лиц была предоставлена возможность указать те требования, которые по мнению опрашиваемых, могут быть включены в конкурсную документацию для проведения предварительного отбора. Предложенные варианты ответа сами по себе неоднозначно оцениваются в ходе практики ФАС России и судов.

По состоянию на 15 сентября 2017 г. 59 % опрошенных высказались за указание в документации таких критериев, как «наличие опыта финансирования (за счет привлечения собственных или заемных средств) создания объекта, аналогичного объекту соглашения» и 57 % за «финансовую состоятельность участника конкурса». 44% голосов было отдано за такой критерий, как «отсутствие у участника конкурса негативных изменений финансового положения за определенный период времени». Остальные предложенные варианты ответа (за исключением «опыта реализации аналогичных проектов» - 44 %) набрали значительно меньшее количество голосов (не преодолели отметки в 30 %).

Рис. 3 Результаты опроса



Фактически финансовые показатели деятельности инвестора вытеснили на второй план иные возможные требования к реализации проектов и промежуточные результаты опроса не вызывают удивление. Указанное также свидетельствует о том,

что финансовые критерии позволяют выявить по результатам отбора лицо, в наибольшей степени обладающее ресурсами для будет успешной реализации концессионного проекта.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Преувеличенная трактовка рядом судов положений 115-ФЗ о требованиях к квалификации участников конкурса приводит к созданию довольно странной ситуации на рынке ГЧП-проектов, когда из-за опасений обжалования организаторы конкурса вынуждены исключать из документации требования к финансовой состоятельности участников, и тем самым осознанно увеличивать шансы победы в конкурсах инвесторов, которые в последствии могут не обеспечить выполнение требований соглашения. Включение же рассматриваемых требований создает значительный риск затягивания реализации концессионного проекта по причине обжалований конкурсной процедуры ФАС или в судебном порядке.

По этим причинам оптимальным способом разрешения описанной проблемы видится внесение

изменений в статью 29 115-ФЗ путем изложения части 1 статьи в следующей редакции:

«1. Предварительный отбор участников конкурса проводится конкурсной комиссией в установленном конкурсной документацией порядке и в соответствии с требованиями, установленными Правительством Российской Федерации.».

Подобная мера позволит не только преодолеть «наказательную» практику оценки действий организаторов по включению требований о финансовой состоятельности, но и в целом разрешить вопрос о различиях в толковании возможности включения тех или иных требований к участникам в конкурсную документацию.

III ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

ВВЕДЕНИЕ

КРАТКО

Действующая редакция 115-ФЗ не содержит указания на возможность подтверждения квалификации участника концессионного конкурса за счет третьих лиц, тем или иным образом аффилированных с таким участником.

При этом в 224-ФЗ, отбор потенциальных инвесторов в соответствии с которым также происходит на конкурной основе, такую возможность подтверждения квалификации предусмотрел.

Тем не менее, вплоть до 19 июля 2017 г. в конкурсную документацию по концессионным проектам активно включались положения о возможности подтверждения квалификации таким способом.

19 июня 2017 г. Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа – Югры при рассмотрении дела № А75-5367/2017 признал факт включения в конкурсную документацию описываемого положения незаконным и противоречащим законодательству.

В этой связи сегодня остро стоит вопрос актуализации концессионного законодательства для устранения возникшей проблемы невозможности подтверждения квалификации третьими лицами участника торгов.

ПОДРОБНО

Для рынка ГЧП-проектов аналогичным по последствиям «башкирскому делу» грозит стать решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 19 июня 2017 г. по делу № А75-5367/2017. В рассмотренной судом ситуации «камнем преткновения» стал факт установления в конкурсной документации возможности подтверждения соответствия заявителя квалификационным требованиям путем подтверждения соответствия таким требованиям в отдельности или в совокупности, в том числе следующих лиц:

- учредителя/акционера (участника) заявителя;
- лица, входящие в группу лиц учредителей/акционеров (участников) заявителя и (или) группу лиц основных (материнских) обществ таких учредителей / акционеров (участников);
- лица, заключившие с заявителем рамочный договор или (и) предоставившие письмо о намерениях в подтверждение согласия таких лиц на участие в реализации концессионного соглашения в случае победы заявителя в конкурсе.

Региональное УФАС посчитало, что такое положение документации необоснованно ограничивает доступ к участию в конкурсе и (или) создает некоторым участникам конкурса преимущественные условия участия в конкурсе, указало на нарушение части 3 статьи 23 115-ФЗ и вынесло соответствующее решение, которое впоследствии поддержал Арбитражный суд. При рассмотрении дела последний указал, что:

- предварительный квалификационный отбор проводится для выявления участников конкурса,

квалификация которых позволит участвовать в конкурсе и в случаях, когда организатор может четко определить минимальный уровень квалификации участника конкурса, необходимый для успешного выполнения условий соглашения;

- предусмотренный в конкурсной документации предварительный отбор был призван определить именно участников, обладающих достаточной квалификацией для выполнения работ, являющихся предметом конкурса (а не связанных с ними лиц).

Суд указал, что положения 115-ФЗ говорят о необходимости подтверждения соответствия установленным квалификационным непосредственно участниками конкурса.

Вместе с тем невозможность подтверждения требований к участнику указанными выше лицами может «свести на нет» реализацию проектов инвесторами с привлечением квалификаций и опыта иных лиц, с которыми инвестором не заключен договор простого товарищества.

Сегодня, как правило, под конкретный планируемый к реализации концессионный проект ГЧП создается отдельное юридическое лицо, которое на момент подачи заявки на участие в конкурсе может не обладать в полном объеме ресурсами и опытом, обозначенными организатором конкурса. В тоже время в подобной ситуации проектная организация не лишена возможности выполнить должным образом все заявленные в документации обязательства по проекту привлекая компетенции и ресурсы своих бенефициаров, лиц, входящих с участником в одну группу либо аффилированных с ним по иным основаниям.

09.2017

III ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

Также нельзя забывать, что выполнение соглашения может потребовать обладания определенными лицензиями и иными разрешительными документами. Однако профиль деятельности участника конкурса не всегда способен охватить все требуемые лицензируемые виды таких работ (в т.ч. допуски и иные разрешения). С учетом того, что возможность привлечения иных организаций к осуществлению деятельности с использованием

объекта соглашения (т.е. фактически их привлечения к реализации соглашения) сегодня установлена 115-ФЗ логичным является и предоставление участнику конкурса возможности подтвердить свое соответствие квалификационным требованиям за счет тех лиц, которые в дальнейшем будут привлечены к реализации соглашения либо обеспечат возможность его реализации в той или иной части.

09'2017

III ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

КРАТКО

Примеры международной практики свидетельствуют о допустимости подтверждения квалификации потенциального инвестора за счет третьих лиц, к которым могут быть отнесены: материнские компании и субподрядчики частного партнера.

В основном подтверждение квалификации третьими лицами используется в случаях, когда требуется:

- подтвердить потенциальную способность выполнить в полном объеме весь спектр работ по созданию объекта (за счет организаций, планируемых к привлечению к реализации проекта в качестве субподрядчиков);
- подтвердить финансовую состоятельность участника торгов (за счет организаций, владеющих частью установленного капитала участника).

При этом не во всех странах, применяющий подобный механизм подтверждения квалификации, он является законодательно закрепленным. Например, в Египте и Пакистане практика подтверждения квалификации третьими лицами сформировалась при отсутствии соответствующего указания в правовых актах.

ПОДРОБНО

В мировой практике отбора частных партнеров подтверждение квалификации участника торгов по ГЧП-проектам за счет третьих лиц достаточно распространено. При этом можно выделить 2 подхода к подтверждению квалификации участника торгов за счет третьих лиц:

- за счет материнской компании (организации с преобладающим участием в уставном капитале участника торгов);
- за счет субподрядчиков.

Первый подход касается в основном подтверждения финансовой квалификации участника. В свою очередь, второй - распространяется на опыт и иные

критерии к участнику, которые касаются вопросов осуществления непосредственно создания или эксплуатации объекта.

При этом в ряде достаточно развитых с точки зрения рынка ГЧП стран возможность подтверждения квалификации участника торгов третьими лицами прямо закреплена законодательно. Так, в частности, в Филиппинах в соответствии с REPUBLIC ACT NO. 7718 (THE PHILIPPINE BOT LAW) прямо разрешено подтверждение «технической квалификации» потенциального инвестора (опыта реализации той или иной фазы проекта — строительства, операционного управления и т.д.) за счет субподрядчика.

Сокращенные определения

REPUBLIC ACT NO. 7718 (THE PHILIPPINE BOT LAW)

Концессионер
(project proponent)

Представитель частного сектора, имеющий непосредственные контрактные обязательства перед публичной стороной в рамках соглашения о ГЧП

Субподрядчик
(contractor)

Юридическое лицо, не являющееся стороной соглашения о ГЧП, которое ответственно за строительство объекта

Возможность подтверждения квалификации инвестора за счет третьих лиц также может вытекать из практики отношений в сфере ГЧП. Например, в ЮАР, где регулирование ГЧП осуществляется, в том числе, Официальным руководством Казначейства. В нем установлено, что всех субподрядчики, ответственные за строительство и иные фазы проекта должны подтверждать свою квалификацию. На практике данное требование по сути является распространяется и механизмом подтверждения

квалификации самого инвестора за счет таких субподрядчиков.

В Пакистане, где регулирование реализации ГЧП-проектов осуществляется законодательством о государственных закупках (которые также устанавливают критерии предквалификации), возможность подтверждения квалификации участника торгов третьими лицами не закреплена. Но на практике такое подтверждение применяется постоянно.

III ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

Рис. 4. Пример указания на возможность подтверждения квалификации третьими лицами в конкурсной документации, Пакистан

| | |
|--|--|
| Выдержка конкурсной документации из Section 4.3.1 – 4.3.2 | Техническую квалификацию можно подтвердить за счет дочерней компании. |
| | Финансовую квалификацию можно подтвердить за счет материнской компании. |
| | От материнской компании необходимо предоставления специального «письма согласия» по установленной форме. |

Аналогичным образом сформировалась практика подтверждения квалификации третьими лицами в Арабской Республике Египет. Законодательство о ГЧП указанного государства указывает на необходимость прохождения участником торгов стадии предквалификационного отбора, хотя при

этом и не закрепляет четкие критерии, порядок подтверждения квалификации. На практике применяется подтверждение квалификации за счет материнских компаний, отдельные пункт прописывается в предквалификационной документации.

Рис. 5. Пример указания на возможность подтверждения квалификации третьими лицами в конкурсной документации, Арабская Республика Египет

| | |
|--|--|
| Выдержка конкурсной документации из Section 2.3.1 | Если финансовая и/или техническая квалификация подтверждается за счет материнской компании, материнская компания должна предоставить «письмо поддержки» по специальной форме |
|--|--|

Таким образом, примеры мировой практики свидетельствуют о возможности подтверждения квалификации участника за счет третьих лиц, тем или иным образом связанных с самим участником, в особенности в тех случаях, когда:

- требуется подтвердить потенциальную способность выполнить в полном объеме весь

- спектр работ по созданию объекта (за счет организаций, планируемых к привлечению к реализации проекта в качестве субподрядчиков);
- требуется подтвердить финансовую состоятельность участника торгов (за счет организаций, владеющих частью установленного капитала участника).

III ПОДТВЕРЖДЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИОННЫХ ТРЕБОВАНИЙ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

ПРЕДЛОЖЕНИЯ

С учетом сложившейся позиции судебных органов относительно невозможности подтверждения квалификации участника концессионного конкурса за счет его бенефициаров, лиц, входящих с участником в одну группу либо лиц, аффилированных с ним по иным основаниям, примеров международной практики подхода к решению данного вопроса представляется необходимым внести изменения в 115-ФЗ в части установления возможности подобного подтверждения квалификации.

Подобное изменение представляется логичным и обоснованным также с учетом того факта, что 224-ФЗ, регулирующий вопросы отбора инвесторов для реализации проектов ГЧП и МЧП на конкурсной основе, аналогичной концессии, предполагает возможность такого подтверждения. Согласно статье 21 указанного федерального закона участник конкурса может подтвердить квалификацию за счет материнских организаций и лиц, с которыми участник заключил соглашение о намерении исполнения ряда обязательств по концессионные соглашения в будущем, в случае заключения последнего.

В связи с изложенным необходимо внести изменения в статью 23 115-ФЗ (конкурсная документация) в части дополнения статьи пунктом в следующей редакции:

«Соответствие требованиям, предусмотренным пунктом 3 части 1 настоящей статьи, может быть подтверждено:

- 1) лицом, представившим заявку на участие в конкурсе;*
- 2) лицом, прямо или косвенно владеющим не менее чем десятью процентами уставного капитала лица, представившего заявку на участие в конкурсе;*
- 3) лицом, не менее чем десять процентов уставного капитала которого находится в прямом или косвенном владении лица, указанного в пункте 2 настоящей части;*
- 4) лицом, с которым лицо, представившее заявку на участие в конкурсе, заключило соглашение о намерениях, предусматривающее исполнение отдельных обязательств частного партнера, предусмотренных соглашением.»*

Подобное изменение позволит будущему инвестору обеспечить наиболее эффективное и оперативное управление своими и привлеченными ресурсами, а также сохранит возможность реализации концессионных проектов консорциумами, договорные отношения внутри которых не строятся на основе простых товариществ.

09.2017

БЛАГОДАРНОСТЬ

ВЫРАЖАЕМ ПРИЗНАТЕЛЬНОСТЬ И БЛАГОДАРНОСТЬ ЧЛЕНАМ ЭКСПЕРТНОГО СОВЕТА НАЦИОНАЛЬНОГО ЦЕНТРА ГЧП, ЧЛЕНАМ КОМИТЕТА ТПП РФ ПО ГЧП И ИНЫМ ЭКСПЕРТАМ, ПРИНИМАВШИМ АКТИВНОЕ УЧАСТИЕ В РАБОТЕ НАД ПОДГОТОВКОЙ РЕЛИЗА:

Аверину Андрею Анатольевичу, ООО «Автодор-Инвест»
Арутюнян Лусине Вагашаковне, Адвокатское бюро «Качкин и Партнеры»
Афонину Виктору Викторовичу, ЗАО «Сбербанк КИБ»
Батуевой Анне Дугаровне, Ассоциация ЖКХ «Развитие»
Беднякову Андрею Сергеевич, независимому эксперту
Годуновой Дарье Андреевне, «Пионеры ГЧП»
Дружинину Евгению Игоревичу, независимому эксперту
Зусман Евгении Валерьевне, НИУ ВШЭ
Ивановой Яне Владиславовне, Herbert Smith Freehills
Игнатущенко Сергею Федоровичу, KPMG
Конгулову Алексею Сергеевичу, ООО «Автодор-Инвест»
Потехину Ивану Александровичу, АО «Газпромбанк»
Огородовой Ульяне Сергеевне, ALTHAUS Group
Скрябиной Марии Дмитриевне, АО «Газпромбанк»

А также представителям органов государственной власти, в том числе органам государственной власти Московской, Ленинградской, Новосибирской областей

09'2017