Качкин и Партнеры

адвокатское бюро

ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В СФЕРЕ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ: ПОДВОДИМ ИТОГИ 2017 ГОДА. АНАЛИЗ СУДЕБНОЙ И АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

Принятые сокращения и термины

Закон о ГЧП – 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 о защите конкуренции – Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Закон о контрактной системе – Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Закон о концессиях – Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

ВВЕДЕНИЕ

Представляем обзор ключевой судебной и антимонопольной практики по концессионным соглашениям за 2017 год, а также основные тенденции и выводы, которые были выявлены по итогам рассмотрения и оценки судебных и антимонопольных актов (далее – «Обзор»).

Концессионные соглашения в настоящее время являются одним из приоритетных способов создания и эксплуатации объектов общественной инфраструктуры. Так, по состоянию на начало 2017 года реализуются и будут реализованы в форме концессионных соглашений 2200 инфраструктурных проектов [1].

По концессионному соглашению, заключаемому чаще всего на длительный срок, одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (объект соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта соглашения. Концедент, в свою очередь, обязуется предоставить концессионеру права владения и пользования объектом соглашения для осуществления указанной деятельности [2]. Концессии заключаются в отношении различных объектов – автомобильные дороги, объекты здравоохранения, образования, культуры, ЖКХ, объекты транспорта, прочие объекты.

Возможность заключения концессий нормативно урегулирована Законом о концессиях, принятым в 2005 году. С даты принятия закона и по настоящее время активно меняется законодательство в сфере концессий, формируется практика заключения и исполнения соглашений, а также принимаются судебные и антимонопольные акты по спорным вопросам.

2017 год стал одним из самых плодотворных годов с точки зрения формирования судебной и антимонопольной практики по концессионным соглашениям. Многие вопросы, которые нашли отражение в решениях, рассматривались и оценивались впервые.

Мы не ставили для себя задачу осветить в настоящем Обзоре всю судебную практику, которая появилась в 2017 году. Мы постарались выделить только наиболее важные вопросы, рассмотренные в судебной практике, вопросы, которые наиболее часто возникают при подготовке и реализации проектов.

По итогам анализа мы выделили также основные тенденции правоприменительной практики по спорам из концессионных соглашений, которые могут быть полезны при принятии решений о подготовке проектов, а также при структурировании проектов.

Настоящий обзор подготовлен по состоянию на 05.12.2017.

---

1 Исследование «Государственно-частное партнерство в России 2016–2017: текущее состояние и тренды, рейтинг регионов» / Ассоциация «Центр развития ГЧП». – М.: Ассоциация «Центр развития ГЧП», 2016. С. 2.

2 Ч. 1 ст. 3 Закона о концессиях.

ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ, ВЫВОДЫ

Практически весь уходящий год прошел под влиянием Фемиды, щедро одарявшей участников рынка сенсациями, а нередко и откровениями. Во многом арбитражные баталии были инспирированы активизировавшимся регулятором в лице антимонопольной службы. Надо отдать должное ФАС, которая в ситуации галопирующего развития рынка ГЧП, уже на скаку оказавшись в незнакомой регуляторной среде и совершая порой весьма резкие движения, старалась добросовестно выполнять свою работу по устранению белых пятен и серых зон на лоскутном одеяле регулирования концессий. Многочисленные правовые риски, заложенные несовершенным законодательством, должны были сработать рано или поздно. Но для всех без исключения участников рынка лучше, если это происходит на стадии подготовки проектов и проведения торгов, чем на этапе исполнения уже заключенных соглашений.

По итогам анализа судебной и антимонопольной практики за 2017 год возможно выделить следующие основные тенденции в сфере государственного-частного партнерства, реализуемого в форме концессий:

1. ОСОБОЕ ВНИМАНИЕ К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ, МУНИЦИПАЛЬНЫХ КОНТРАКТОВ И КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ, ВОПРОСУ О ПРИРОДЕ КОНЦЕССИЙ

Причиной появления существенного числа споров явилось то, что антимонопольные органы, а вслед за ними и некоторые суды стремились применить правила о государственных, муниципальных закупках к концессионным соглашениям (споры о размере платы концедента, споры о возможных требованиях предварительного отбора, споры о допустимости третейской оговорки в концессионном соглашении, др.).

С учетом того, что значительная часть отношений, связанных с созданием новых инфраструктурных объектов, подпадает под регулирование смежного с концессионным законодательства о госзакупках, подобная постановка вопроса контролирующими и регулирующими структурами в целом имеет право на существование.

В настоящее время в федеральных органах исполнительной власти совместно с экспертным сообществом вырабатываются подходы, которые позволят минимизировать риски применения подобной квалификации концессионных соглашений. На дату подготовки настоящего Обзора окончательные решения по данному вопросу сформулированы не были.

2. УСИЛЕНИЕ РОЛИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ В ФОРМИРОВАНИИ ПРАКТИКИ ПО КОНЦЕССИОННЫМ СОГЛАШЕНИЯМ

Многие из ключевых дел, попавшие на рассмотрение судов, оказались там благодаря тому, что антимонопольный орган при рассмотрении жалобы самостоятельно выявил иные возможные основания для отмены торгов. В частности, так произошло с делом, касающимся возможного размера платы концедента (т.н. «Башкирское дело»), делом, касающимся лиц, которые могут подтверждать соответствие требованиям предварительного отбора при проведении конкурса (т.н. «дело ХМАО»).

Данная тенденция во многом связана с обозначенным выше желанием распространить правила о государственных, муниципальных контрактах на концессии и усилением роли антимонопольных органов в сфере контроля за концессионными соглашениями.

3. ОТСУТСТВИЕ ЕДИНООБРАЗИЯ В ПОЗИЦИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ, СУДОВ

Если проследить движение дел и решения антимонопольных органов, судов по различным инстанциям, то можно отметить, что по подавляющему большинству дел позиция судов менялась от инстанции к инстанции. По многим из проанализированных дел окончательное решение на дату подготовки Обзора не принято, поданы жалобы в вышестоящие инстанции.

Единая позиция по одним и тем же вопросам во многих случаях отсутствует также у судов разных округов. Соответственно, унифицированный подход по значительному числу вопросов в сфере концессий еще не сформировался, и понимание многих аспектов находится в процессе становления.

4. ВЛИЯНИЕ СУДЕБНОЙ И АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПРАКТИКИ НА ИЗМЕНЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНЦЕССИЯХ

Формирующаяся судебная и антимонопольная практика дала толчок очередному масштабному переформатированию Закона о концессиях, в которое включились сразу несколько федеральных исполнительных органов государственной власти. Если бы не возникающие споры, то многие поправки могли бы быть отложены на длительное время.

Если в отдельных случаях изменение законодательства действительно требуется (например, по возможности подтверждать соответствие требованиям предварительного отбора третьими лицами, плате концедента, минимальному гарантированному доходу), то в иных случаях единообразная судебная практика может стать решением вопроса, и дополнительное законодательное регулирование не столь необходимо (например, по возможным требованиям предварительного отбора). Тем не менее, как указано выше, пока единообразие в судебной практике не достигнуто.

Укажем, что по состоянию на дату подготовки Обзора обозначенные поправки еще не были внесены в Государственную Думу Российской Федерации.

Основные выводы по судебной и антимонопольной практике:

- Практика по заключению концессионных соглашений, вопросы конкурса:

  - требование предварительного отбора о наличии опыта привлечения финансирования в определенных случаях может быть установлено в конкурсной документации;
  - требование предварительного отбора об отсутствии негативных изменений финансового положения не рекомендуется устанавливать в конкурсной документации;
  - требование предварительного отбора о финансовой состоятельности не рекомендуется устанавливать в конкурсной документации;
  - соответствие требованиям предварительного отбора может подтверждаться третьими лицами, однако рекомендуются поправки в законодательство в этой части;
  - размер задатка концедент определяет самостоятельно; задаток в любом случае должен быть определен в конкурсной документации;
  - в конкурсной документации может быть установлено требование о предоставлении банковской гарантии в дополнение к задатку;

- Практика по формированию условий концессионных соглашений, спорные вопросы:

  - плата концедента/плата концедента наряду с иными формами финансирования по Закону о концессиях могут включать в себя возмещение всех расходов на инвестиционной и эксплуатационной стадиях проекта, однако рекомендуются поправки в законодательство в этой части;
  - минимальный гарантированный доход (МГД) может быть установлен в концессионном соглашении и по Закону о концессиях, и по Бюджетному кодексу РФ, однако рекомендуются поправки в законодательство в этой части;
  - третейская оговорка допустима с учетом положений Закона о концессиях, несмотря на отдельную негативную судебную практику.

ИССЛЕДОВАНИЕ КЛЮЧЕВОЙ СУДЕБНОЙ И АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПРАКТИКИ ЗА 2017 ГОД

Судебная и антимонопольная практика за 2017 год распределена по следующим условным группам:

- практика по заключению концессионных соглашений: вопросы конкурса;
- практика по формированию условий концессионных соглашений: спорные вопросы.

ПРАКТИКА ПО ЗАКЛЮЧЕНИЮ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ: ВОПРОСЫ КОНКУРСА

1. ФОРМИРОВАНИЕ ПОДХОДОВ К ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЙ КВАЛИФИКАЦИИ УЧАСТНИКОВ КОНКУРСА

В соответствии с Законом о концессиях конкурс на право заключения концессионного соглашения состоит из двух основных этапов – (1) подача заявок, предварительный отбор и (2) подача конкурсных предложений, рассмотрение и оценка конкурсных предложений.

Больше всего вопросов возникает на первом этапе – предварительном отборе. В рамках этого этапа оценивается соответствие т.н. «требованиям предварительного отбора», которые устанавливаются в конкурсной документации. Те участники конкурса, которые соответствуют требованиям предварительного отбора, допускаются до второго этапа и получают право представить конкурсные предложения [3].

Основная цель установления требований предварительного отбора – это выбор на первом этапе конкурса наиболее квалифицированных участников, которые смогут надлежащим образом исполнить концессионное соглашение.

Любое требование предварительного отбора направлено на сужение круга потенциальных участников конкурса. Именно в этом и заключается основная претензия антимонопольной службы: грань между разумным желанием концедента получить адекватного и опытного концессионера и ограничением конкуренции размыта. Определением этой условной границы в значительной степени были заняты в уходящем году регулятор, а вместе с ним и остальные участники рынка, правда, уже в судебных инстанциях. Так, рассматривалось даже такое традиционное для концессий требование, как требование о наличии аналогичного опыта (опыта проектирования, строительства).

В Законе о концессиях содержится минимальное регулирование по возможным требованиям предварительного отбора. Так, установлено, что требованиями предварительного отбора являются требования, которые предъявляются к участникам конкурса (в том числе требования к их квалификации, профессиональным, деловым качествам) и в соответствии с которыми проводится предварительный отбор [4]. Соответственно, перечень требований предварительного отбора не ограничен только лишь требованиями к квалификации, профессиональным, деловым качествам.

При установлении требований предварительного отбора необходимо обеспечивать также соблюдение общих требований Закона о защите конкуренции о недопущении ограничения или устранения конкуренции.

На практике в конкурсных документациях устанавливаются требования о наличии опыта проектирования, строительства, эксплуатации аналогичных объектов, опыта привлечения финансирования, др.

---

[3] Требования предварительного отбора не предъявляются при проведении конкурсов на право заключения концессионных соглашений в отношении объектов теплоснабжения, централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельных объектов таких систем (ч. 5 ст. 46 Закона о концессиях).

[4] П. 3 ч. 1 ст. 23 Закона о концессиях.

В связи с отсутствием детального законодательного регулирования на практике часто возникают вопросы о возможных требованиях предварительного отбора, которые не будут нарушать законодательство о концессиях и законодательство о защите конкуренции и при этом позволят выбрать наиболее квалифицированного концессионера.

1.1. Требование предварительного отбора о наличии опыта привлечения финансирования может быть установлено в конкурсной документации

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.10.2017 по делу № А40-204433/16-92-1778 (принято с учетом Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05-8347/2017 по делу № А40-204433/2016) (обжаловано)	Проектирование, создание и эксплуатация элемента обустройства автомобильных дорог - автоматизированной системы видеоконтроля дорожной ситуации, фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения, контроля за движением тяжеловесных и (или) крупногабаритных транспортных средств - на территории Астраханской области	Заявитель – Министерство строительства и дорожного хозяйства Астраханской области Ответчик – ФАС России
Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017, 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17	Финансирование, строительство, реконструкция и эксплуатация автомобильной дороги общего пользования регионального значения Республики Башкортостан «Стерлитамак – Кага - Магнитогорск»	Заявители – Государственный комитет Республики Башкортостан по транспорту и дорожному хозяйству, ООО «Башкирдорстрой» Ответчик – ФАС России
Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № А51-26651/2016 (обжаловано)	Создание и эксплуатация единого технологического комплекса элементов обустройства автомобильных дорог общего пользования местного значения Владивостокского городского округа, предназначенного для обеспечения функционирования платных парковок (парковочных мест) города Владивостока	Заявитель – Муниципальное казенное учреждение «Агентство по продаже муниципальных земель и недвижимости» Ответчик – УФАС России по Приморскому краю

При реализации крупных проектов в конкурсной документации зачастую устанавливается такое требование предварительного отбора, как наличие опыта финансирования аналогичных проектов. Например, при проведении конкурса на право заключения соглашения в отношении автомобильной дороги устанавливается требование о наличии опыта финансирования проекта, предусматривающего строительство (реконструкцию) автомобильной дороги определенной стоимости.

Такое требование связано с тем, что исполнение концессионного соглашения осуществляется по общему правилу за счет концессионера; следовательно, концессионер обязан привлечь финансирование для исполнения соглашения. Размер такого финансирования с учетом параметров проекта может быть достаточно существенным. Поэтому для подтверждения возможности привлечь финансирование, исполнить концессионное соглашение и устанавливается рассматриваемое требование.

Требование предварительного отбора о наличии опыта финансирования было установлено, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 3»
- Концессионное соглашение о строительстве и эксплуатации на платной основе мостового перехода через р. Обь в створе ул. Ипподромской г. Новосибирска
- Концессионное соглашение в отношении объекта капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42»
- Концессионное соглашение о создании и эксплуатации имущественного комплекса, состоящего из крытого спортивного комплекса с искусственным льдом на 5000 мест, оснащённого имуществом и оборудованием, в Ульяновске (ледовый дворец Волга-Спорт-Арена)

Такое требование было предметом рассмотрения в нескольких делах в 2017 году, при этом выводы судов по разным делам были противоположными.

Позиция 1. Установление такого требования правомерно

По нескольким делам[5], в которых позиция судов разных инстанций была неодинаковой, в итоговых судебных решениях были сделаны следующие ключевые выводы:

- включение в конкурсную документацию требований о наличии у претендента на участие в конкурсе опыта финансирования создания аналогичных объектов не противоречит Закону о концессиях и преследует цель снизить риск неисполнения соглашения со стороны концессионера на более ранних этапах[6];
- требование к опыту финансирования по строительству аналогичных объектов является одним из основополагающих для реализации инвестиционного проекта по концессионному соглашению, поскольку (прим. соглашение) возлагает на концессионера такую обязанность, как привлечение денежных средств для строительства объекта;
- данное требование является требованием к квалификации наряду с требованием о наличии опыта строительства.

Одно из решений[7] было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Позиция 2. Установление такого требования неправомерно

В одном деле[8] требование предварительного отбора о наличии опыта финансирования было признано противоречащим Закону о концессиях по следующим основаниям (при этом позиция предыдущей инстанции была иной):

- наличие в прошлом финансового участия в создании аналогичных объектов концессионного соглашения не может служить гарантией финансовой состоятельности претендентов в настоящем времени и подтверждением их возможности участвовать в реализации концессионного соглашения, учитывая экономическую ситуацию и риски предпринимательской деятельности;
- установление такого требования предварительного отбора может привести к необоснованному ограничению доступа претендентов на участие в конкурсе, никак не характеризует квалификацию, профессиональные и деловые качества и не может достоверно подтвердить фактическое финансовое положение претендентов;
- возможность исполнения обязательств по соглашению подтверждается на этапе заключения соглашения победителем конкурса путем предоставления финансовых гарантий (обеспечения исполнения обязательств по исполнению соглашения).

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

---

5 Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.10.2017 по делу № А40-204433/16-92-1778 (принято с учетом Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05-8347/2017 по делу № А40-204433/2016), Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017, 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17.

6 Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05-8347/2017 по делу № А40-204433/2016.

7 Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.10.2017 по делу № А40-204433/16-92-1778.

8 Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № А51-26651/2016.

Рекомендации:
Требование предварительного отбора о наличии опыта привлечения финансирования может устанавливаться в конкурсной документации как подтверждающее квалификацию участника с учетом преобладающей положительной практики и возможным обжалованием негативного решения.
Однако при формулировании такого требования рекомендуется учитывать указанные ниже аспекты:

- объем финансирования, который привлекался по подтверждающим проектам, не должен быть избыточным по отношению к проекту, по которому проводится концессионный конкурс, а должен быть сопоставимым с ним по размеру или, что приоритетнее, быть существенно меньше – указанное минимизирует риски оспаривания;
- не рекомендуется указывать, что опыт привлечения финансирования должен быть исключительно по концессионным соглашениям/проектам в сфере государственно-частного партнерства. Это может быть расценено как ограничение конкуренции. Достаточно указания на опыт привлечения финансирования для строительства (реконструкции) аналогичных объектов.

1.2. Требование предварительного отбора об отсутствии негативных изменений финансового положения не рекомендуется устанавливать в конкурсной документации

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.10.2017 по делу № А40-204433/16-92-1778 (принято с учетом Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05-8347/2017 по делу № А40-204433/2016) (обжаловано)	Проектирование, создание и эксплуатация элемента обустройства автомобильных дорог - автоматизированной системы видеоконтроля дорожной ситуации, фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения, контроля за движением тяжеловесных и (или) крупногабаритных транспортных средств - на территории Астраханской области	Заявитель – Министерство строительства и дорожного хозяйства Астраханской области Ответчик – ФАС России

Достаточно распространенным требованием предварительного отбора является отсутствие негативных изменений финансового положения участника конкурса. Например, в документации устанавливается требование об отсутствии негативных изменений финансового положения за последние три финансовых года, в том числе наличия просроченной кредиторской задолженности перед третьими лицами, подавшими исковые требования в суд, если погашение такой задолженности может привести к банкротству/ликвидации претендента на участие в конкурсе.

Требование предварительного отбора об отсутствии негативных изменений было установлено, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации на платной основе участка линейного объекта улично-дорожной сети - Северный дублёр Кутузовского проспекта от Молодогвардейской транспортной развязки до ММДЦ «Москва - СИТИ»
- Концессионное соглашение о создании и использовании (эксплуатации) консультативно-диагностического центра амбулаторно-поликлинического типа на территории Пушкинского района Санкт-Петербурга
- Концессионное соглашение о строительстве и эксплуатации на платной основе мостового перехода через р. Обь в створе ул. Ипподромской г. Новосибирска
- Концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации трамвайной сети в Красногвардейском районе Санкт-Петербурга

В 2017 году было принято одно судебное решение по данному вопросу[9], согласно которому установление такого требования предварительного отбора было признано правомерным, при этом в решениях по предыдущим инстанциям суды приходили к иным выводам. В итоговом решении определены следующие ключевые выводы:

- включение в конкурсную документацию такого требования не противоречит Закону о концессиях и преследует цель выявить риск неисполнения концессионного соглашения со стороны концессионера на более ранних этапах.

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Рекомендации:
В связи с неустоявшейся судебной практикой не рекомендуется устанавливать требование предварительного отбора об отсутствии негативных изменений финансового положения во избежание рисков оспаривания.
Также отметим, что с учетом практики создания проектных компаний специально для реализации концессионных проектов (см. об этом подробнее в п. 2 ниже) такое требование предварительного отбора во многих случаях становится нерелевантным.
Вместе с тем с учетом планирующихся поправок в законодательство, которыми требования предварительного отбора могут быть прямо установлены в законодательстве, такие спорные ситуации могут быть исключены.

1.3. Требование предварительного отбора о финансовой состоятельности не рекомендуется устанавливать в конкурсной документации

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № А51-26651/2016 (обжаловано)	Создание и эксплуатация единого технологического комплекса элементов обустройства автомобильных дорог общего пользования местного значения Владивостокского городского округа, предназначенного для обеспечения функционирования платных парковок (парковочных мест) города Владивостока	Заявитель – Муниципальное казенное учреждение «Агентство по продаже муниципальных земель и недвижимости» Ответчик – УФАС России по Приморскому краю

В конкурсных документациях на право заключения концессионного соглашения зачастую устанавливается требование о финансовой состоятельности участника конкурса. Подтверждением финансовой состоятельности служит, в частности, наличие среднегодового оборота, эквивалентного определенной сумме (например, не менее 50, 150 млн. руб. в год) за последние два года, предшествующих подаче заявки в соответствии с копиями бухгалтерских балансов.

[9] Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.10.2017 по делу № А40-204433/16-92-1778 (принято с учетом Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05-8347/2017 по делу № А40-204433/2016).

Требование предварительного отбора о финансовой состоятельности было установлено, в частности, в следующих проектах [10]:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург на участках км 543 – км 646 и км 646 – км 684»
- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 4»
- Концессионное соглашение в отношении объекта капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42»
- Концессионное соглашение о создании и использовании (эксплуатации) консультативно-диагностического центра амбулаторно-поликлинического типа на территории Пушкинского района Санкт-Петербурга

По решению, принятому в 2017 году [11], установление такого требования предварительного отбора было признано неправомерным. По последнему из принятых на дату подготовки Обзора решений были сделаны следующие ключевые выводы (при этом позиция предыдущей инстанции была иной):

- финансовая состоятельность в прошлом лиц, претендующих на участие в конкурсе, не может служить гарантией финансовой состоятельности претендентов в настоящем времени и подтверждением их возможности участвовать в реализации концессионного соглашения, учитывая экономическую ситуацию и риски предпринимательской деятельности;
- установление такого требования предварительного отбора может привести к необоснованному ограничению доступа претендентов на участие в конкурсе, никак не характеризует квалификацию, профессиональные и деловые качества и не может достоверно подтвердить фактическое финансовое положение претендентов на участие в конкурсе;
- возможность исполнения обязательств по соглашению подтверждается на этапе заключения соглашения победителем конкурса путем предоставления финансовых гарантий (обеспечения исполнения обязательств по исполнению соглашения).

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Аналогичные выводы были отражены и в одном из дел, рассмотренных в 2016 году [12], а также в отдельных решениях антимонопольных органов, в том числе за 2017 год [13].

Рекомендации:
В связи с негативной судебной практикой не рекомендуется устанавливать требование предварительного отбора о финансовой состоятельности во избежание рисков оспаривания.
Также отметим, что с учетом практики создания проектных компаний специально для реализации концессионных проектов такое требование предварительного отбора во многих случаях становится нерелевантным.
Вместе с тем с учетом планирующихся поправок в законодательство, которыми требования предварительного отбора могут быть прямо установлены в законодательстве, такие спорные ситуации могут быть исключены.

---

10 Отметим, что по многим проектам соответствие такому требованию подтверждается участниками/акционерами участника конкурса.

11 Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № А51-26651/2016.

12 Постановление ФАС Уральского округа от 22.04.2016 № Ф09-3880/16 по делу № А71-7057/2015.

13 Решение и предписание Комиссии УФАС по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре от 22.02.2017.

2. СООТВЕТСТВИЕ ТРЕБОВАНИЯМ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ОТБОРА МОЖЕТ ПОДТВЕРЖДАТЬСЯ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 21.09.2017 по делу № А75-5367/2017 (обжаловано)	Строительство и эксплуатация в Нефтеюганском районе комплексного межмуниципального полигона для размещения, обезвреживания и обработки твердых коммунальных отходов для городов Нефтеюганска и Пыть-Яха, поселений Нефтеюганского района Ханты-Мансийского автономного округа - Югры	Заявитель – Департамент недропользования и природных ресурсов Ханты-Мансийского автономного округа – Югры Ответчик – УФАС России по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре

По сложившейся практике реализации концессий соответствие требованиям предварительного отбора может подтверждаться не только концессионерами, но и участниками, акционерами концессионера, привлекаемыми концессионерами третьими лицами. Примеры требований предварительного отбора были указаны выше – наличие опыта проектирования аналогичных объектов, наличие опыта строительства, опыта эксплуатации, наличие опыта привлечения финансирования для реализации аналогичных проектов, др.

Условие о возможности подтвердить соответствие требованиям предварительного отбора третьими лицами было предусмотрено, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург на участке 15-й км – 58-й км»
- Концессионное соглашение о создании и эксплуатации имущественного комплекса, состоящего из крытого спортивного комплекса с искусственным льдом на 5000 мест, оснащённого имуществом и оборудованием, в Ульяновске (ледовый дворец Волга-Спорт-Арена)
- Концессионное соглашение в отношении автомобильной дороги общего пользования регионального или межмуниципального значения Республики Коми «Сыктывкар-Ухта-Печора-Усинск-Нарьян-Мар» на участках пос. Малая Пера - пос. Ираель и пос. Ираель – пос. Каджером
- Концессионное соглашение о реконструкции объектов недвижимого имущества, расположенных по адресу: Ленинградская область, Гатчинский район, город Коммунар, улица Строителей, дом 3, под объект здравоохранения «Ленинградский областной центр медицинской реабилитации» и о его эксплуатации

Подобная практика связана с тем, что для участия в проекте зачастую создается новая организация (SPV – special purpose vehicle), которая будет осуществлять только деятельность по соглашению. Соответственно, новая компания сама по себе может не соответствовать требованиям предварительного отбора – например, у нее будет отсутствовать опыт реализации аналогичных проектов.

Такой подход достаточно распространен, поскольку создание новой компании уменьшает риски банкротства частной стороны, риски нарушения концессий, которые косвенно вызваны посторонней деятельностью, минимизирует прочие подобные риски. Требование о создании SPV часто исходит от банков, которые предоставляют финансирование для проекта. Новые компании были созданы для реализации многих концессионных проектов [14].

[14] Например, концессионное соглашение в отношении объекта капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42», концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации трамвайной сети в Красногвардейском районе Санкт-Петербурга, концессионное соглашение о реконструкции объектов недвижимого имущества, расположенных по адресу: Ленинградская область, Гатчинский район, город Коммунар, улица Строителей, дом 3, под объект здравоохранения «Ленинградский областной центр медицинской реабилитации» и его эксплуатации.

В Законе о ГЧП, отметим, прямо установлено, что соответствие требованиям предварительного отбора может подтверждаться следующими лицами:

- лицо, прямо или косвенно владеющее не менее чем 10 % уставного капитала заявителя;
- лицо, не менее чем 10 % уставного капитала которого находится в прямом или косвенном владении лица, указанного выше;
- лицо, с которым заявитель заключил соглашение о намерениях.

Условие конкурсной документации по концессии о возможности подтвердить третьими лицами соответствие требованиям предварительного отбора было признано УФАС Ханты-Мансийского автономного округа-Югра не соответствующим Закону о концессиях [15]. Выводы УФАС были поддержаны судом первой инстанции [16].

Противоположную позицию занял суд второй инстанции. Так, по последнему из принятых на дату подготовки обзора судебному решению [17] были сделаны следующие ключевые выводы:

- допускается подтверждать соответствие требованиям предварительного отбора третьими лицами;
- в Законе о концессиях не определен круг субъектов, которые могут выступать в качестве лиц, подтверждающих соответствие требованиям предварительного отбора;
- антимонопольный орган не обосновал, каким образом положения конкурсной документации о подтверждающих лицах могут ограничить доступ какого-либо из участников конкурса к участию в конкурсе. Кроме того, антимонопольным органом не обосновано и документально не подтверждено, что спорные положения конкурсной документации создали преимущественные условия участия в конкурсе для конкретного хозяйствующего субъекта (или субъектов).

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Рекомендации:
С учетом выводов в рассмотренном судебном решении, а также с учетом сложившейся практики подготовки конкурсных документаций в документациях по концессиям может устанавливаться возможность подтверждать третьими лицами соответствие требованиям предварительного отбора.
Однако для минимизации рисков с учетом неоднозначных положений Закона о концессиях и наличия рассмотренных условий в существенном количестве конкурсных документаций целесообразны поправки в Закон о концессиях, которые бы прямо установили такую возможность. Такие поправки могут быть аналогичны условиям, предусмотренным в Законе о ГЧП.

15 Решение и предписание Комиссии УФАС по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре от 22.02.2017.
16 Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югра от 19.06.2017 по делу № А75-5367/2017.
17 Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 21.09.2017 по делу № А75-5367/2017.

3. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО ЗАКЛЮЧЕНИЮ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ

3.1. Размер задатка концедент определяет самостоятельно; задаток в любом случае должен быть определен в конкурсной документации

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Определение Верховного Суда РФ от 29.09.2017 № 301-КГ17-13735 по делу № А11-7269/2016	Концессионное соглашение в отношении недвижимого и движимого имущества, расположенного на территории муниципального образования город Ковров Владимирской области (объекты теплоснабжения)	Заявитель – ООО «Ковровская энерготепловая компания» Ответчик – УФАС России по Владимирской области
Решение Арбитражного суда Тамбовской области от 28.06.2017 по делу № А64-467/2017	Концессионное соглашение в отношении объектов теплоснабжения на территории Цнинского сельсовета Тамбовского района Тамбовской области	Заявитель – ООО «Импульс» Ответчик – Администрация Цнинского сельсовета Тамбовского района Тамбовской области
Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.05.2017 № Ф03-1208/2017 по делу № А04-9461/2016	Концессионное соглашение в отношении системы коммунальной инфраструктуры объектов теплоснабжения пгт. Серышево Амурской области	Заявитель – ООО «Скат» Ответчик – УФАС России по Амурской области

По Закону о концессиях задаток вносится при проведении конкурса, в обеспечение заключения концессионного соглашения по итогам конкурса. Задаток должен быть внесен на этапе подачи заявок или на этапе подачи конкурсных предложений – в зависимости от того, что установлено в конкурсной документации.

На законодательном уровне отсутствуют требования к минимальному или максимальному размеру задатка, как это есть, например, в Законе о контрактной системе, которым регулируются государственные, муниципальные закупки. В этой связи на практике часто возникает вопрос о возможном размере задатка по концессионным конкурсам. В частности, существенный размер задатка может рассматриваться как заградительный барьер для участия в конкурсе и, как следствие, являться ограничением конкуренции.

Существенный размер задатка был установлен, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург на участках км 543 – км 646 и км 646 – км 684» - 311 млн. 600 тыс. рублей
- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 3» - 210 млн. рублей
- Концессионное соглашение в отношении объекта капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42» - 50 млн. рублей
- Концессионное соглашение о реконструкции объектов недвижимого имущества, расположенных по адресу: Ленинградская область, Гатчинский район, город Коммунар, улица Строителей, дом 3, под объект здравоохранения «Ленинградский областной центр медицинской реабилитации» и о его эксплуатации – 15 млн. 300 тыс. рублей

К примеру, в 2017 году рассматривалось дело по конкурсу, где размер задатка составлял 50 млн. рублей; это дело дошло до Верховного суда РФ [18].

Установление задатка в таком размере было признано правомерным всеми судебными инстанциями. В итоговом решении отмечены следующие ключевые выводы:

- размер задатка определяется самостоятельно с учетом обеспечения интересов концедента в случае отказа победителя конкурса заключить концессионное соглашение, а также в целях не допустить участие в конкурсе лиц, которые не смогут выполнить свои обязательства в рамках концессионного соглашения;
- установление существенного размера задатка может быть обосновано заключением соглашения в отношении социально значимых объектов и связанной с этим необходимости обладания участником достаточным финансовым состоянием для исполнения соглашения.

В другом деле [19], рассмотренном в 2017 году, соответствующим законодательству признали задаток в размере 188 млн. 350 тыс. рублей.

Отметим, что аналогичные выводы о возможности самостоятельно определять размер задатка, в том числе в размере 300 млн. рублей, подтверждались судебной практикой и предыдущих лет [20].

Судебная практика в 2017 году также пополнилась делом, где рассматривалась возможность установить задаток в размере 0 рублей [21].

Задаток был исключен, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о создании и эксплуатации имущественного комплекса, состоящего из крытого спортивного комплекса с искусственным льдом на 5000 мест, оснащённого имуществом и оборудованием, в Ульяновске (ледовый дворец Волга-Спорт-Арена)

Позиция судов разных инстанций по вопросу о возможности установить задаток в размере 0 рублей была различная, однако согласно итоговому решению определение такого задатка было признано неправомерным. Суд пришел к следующим ключевым выводам:

- установление задатка в размере 0 рублей означает отсутствие такого задатка, что не соответствует Закону о концессиях;
- формальное указание в конкурсной документации задатка, по сути, не являющегося денежной суммой, не приведет к реализации его основной цели – предотвратить неисполнение договора.

Рекомендации:
Задаток устанавливается концедентом самостоятельно, однако его размер не должен быть заградительным барьером для участия в конкурсе.
Например, возможно размер задатка определять в процентном соотношении от размера привлекаемого концессионером финансирования.

---

18 Определение Верховного Суда РФ от 29.09.2017 № 301-КГ17-13735 по делу № А11-7269/2016.

19 Решение Арбитражного суда Тамбовской области от 28.06.2017 по делу № А64-467/2017.

20 См., например, Постановление ФАС Поволжского округа от 21.01.2016 № Ф06-4550/2015 по делу № А12-18683/2015, где подтверждена возможность установить задаток в размере 300 млн. рублей (размер задатка не превышал 1% от балансовой стоимости передаваемого имущества и размера инвестиций, подлежащих осуществлению концессионером).

21 Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.05.2017 № Ф03-1208/2017 по делу № А04-9461/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 11.08.2017 № 303-КГ17-9997 отказано в передаче дела № А04-9461/2016 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления).

3.2. В конкурсной документации может быть установлено требование о предоставлении банковской гарантии в дополнение к задатку

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017, 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17	Финансирование, строительство, реконструкция и эксплуатация автомобильной дороги общего пользования регионального значения Республики Башкортостан «Стерлитамак – Кага - Магнитогорск»	Заявители – Государственный комитет Республики Башкортостан по транспорту и дорожному хозяйству, ООО «Башкирдорстрой» Ответчик – ФАС России

На практике во многих конкурсных документациях, преимущественно по крупным проектам, помимо задатка участник конкурса должен также предоставлять банковскую гарантию.

Банковская гарантия в дополнение к задатку была установлена, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург на участках км 543 – км 646 и км 646 – км 684»
- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 4»
- Концессионное соглашение о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации на платной основе участка линейного объекта улично-дорожной сети - Северный дублёр Кутузовского проспекта от Молодогвардейской транспортной развязки до ММДЦ «Москва - СИТИ»

В Законе о концессиях прямо не предусмотрена возможность установить банковскую гарантию в дополнение к задатку. Однако запрет на такое условие документации также не предусмотрен.

Установление банковской гарантии в конкурсной документации вызвано различными обстоятельствами. Для концедента такое условие является дополнительной гарантией для заключения соглашения по итогам конкурса.

Наличие банковской гарантии в определенных случаях может являться преимуществом и для участников конкурса. Так, установление задатка в большом размере приводит к тому, что участник конкурса должен отвлечь значимую сумму на счете, и, соответственно, использовать эти средства участник конкурса в течение срока проведения конкурса не сможет. Банковская гарантия позволяет уплатить относительно небольшую сумму (плату за предоставление гарантии), а остальные средства остаются в распоряжении участника конкурса. Соответственно, сочетание небольшого задатка и банковской гарантии позволяет, во-первых, соблюсти требования Закона о концессиях о наличии задатка и, во-вторых, не резервировать участнику конкурса существенные средства.

Последняя ситуация была рассмотрена судом в одном из дел. Позиция судов разных инстанций была неодинаковая, однако в итоговом решении по делу[22] суд признал возможным наличие банковской гарантии в дополнение к задатку и отметил следующие ключевые выводы:

- Закон о концессиях не содержит запрета на использование дополнительных способов обеспечения исполнения участником конкурса его обязательства по заключению соглашения по отношению к задатку;
- срок рассмотрения конкурсных предложений и заключения по итогам конкурса концессионного соглашения довольно значителен. Обеспечение обязательства исключительно в форме задатка привело бы к долговременному отвлечению и удержанию организатором конкурса значительных средств участников конкурса;

[22] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017, 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17.

- в целях упрощения условий доступа к конкурсу и снижения финансовой нагрузки на его участников, в дополнение к требуемому в соответствии с Законом о концессиях задатку, предусмотренному в номинальном объеме с учетом масштаба проекта, концедентом может быть использован менее обременительный для участников способ обеспечения - банковская гарантия.

Рекомендации:
Банковская гарантия может быть установлена в дополнение к задатку, однако введение банковской гарантии должно быть обоснованным. Например, возможно установить банковскую гарантию наряду с относительно небольшим размером задатка.

ПРАКТИКА ПО ФОРМИРОВАНИЮ УСЛОВИЙ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ

1. ФИНАНСОВЫЕ УСЛОВИЯ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ

1.1. Плата концедента (в т.ч. наряду с иными формами финансирования по Закону о концессиях) может включать в себя возмещение всех расходов на инвестиционной и эксплуатационной стадиях проекта

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017 № 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17	Финансирование, строительство, реконструкция и эксплуатация автомобильной дороги общего пользования регионального значения Республики Башкортостан «Стерлитамак – Кага - Магнитогорск»	Заявители – Государственный комитет Республики Башкортостан по транспорту и дорожному хозяйству, ООО «Башкирдорстрой» Ответчик – ФАС России

По Закону о концессиях предусмотрены две основные формы публичного финансирования:

- финансирование части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта соглашения;
- предоставление платы концедента.

Наибольшие вопросы вызывает вторая форма финансирования – предоставление платы концедента. Судебное дело 2017 года, связанное с платой концедента, стало, наверное, самым известным из дел по ГЧП даже за пределами рынка ГЧП – т. н. «Башкирское дело».

В Законе о концессиях отсутствует общее определение платы концедента для всех проектов[23]. Определение платы концедента было в одной из версий законопроекта[24], которым данное понятие было введено в Закон о концессиях, однако в итоговой версии законопроекта определение было исключено.

Один из основных вопросов, который возникает в связи с платой концедента, следующий – возможно ли за счет платы концедента/платы концедента и иных форм финансирования по Закону о концессиях[25] возместить все, а не только часть расходов в связи с созданием (реконструкцией), использованием (эксплуатацией) объекта соглашения?

---

23 Определение платы концедента предусмотрено только по проектам в отношении объектов тепло-, водоснабжения, водоотведения. По таким проектам размер платы концедента определяется как объем расходов, финансируемых за счет средств концедента, на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, на использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения (ч. 19 ст. 39 Закона о концессиях).

24 Законопроект № 602033-5.

25 Под иными формами финансирования понимается финансирование части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта соглашения в соответствии с ч. 13 ст. 3 Закона о концессиях.

Возможность полного финансирования расходов актуальна в тех проектах, где концессионер не получает доход от использования объекта соглашения. К примеру, это проекты по созданию и эксплуатации бесплатной автомобильной дороги, проекты по созданию и эксплуатации системы освещения. В таких случаях только при 100 % возмещении расходов из бюджета возможна реализация проекта.

Структура финансирования получается следующей – на инвестиционной стадии все или большинство средств на создание объекта соглашения привлекает концессионер, на эксплуатационной стадии в течение достаточно длительного срока такие привлеченные средства возмещаются концедентом; также концедент уплачивает эксплуатационные расходы. За счет такой модели финансирования возможно построить объект, который бы в рамках государственного заказа не смог быть построен в связи с ограничением срока действия государственного контракта 3 годами и отсутствием бюджетных средств в полном размере в течение этого периода.

100 % возмещение затрат на инвестиционной и эксплуатационной стадиях было установлено, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург на участках км 543 – км 646 и км 646 – км 684»
- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 3»
- Концессионное соглашение о финансировании, строительстве и эксплуатации на платной основе «Центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 4»
- Концессионное соглашение в отношении объектов, предназначенных для взимания платы, используемых в целях обеспечения функционирования системы взимания платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешенную максимальную массу свыше 12 тонн
- Концессионное соглашение в отношении объекта капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42»
- Концессионное соглашение в отношении автомобильной дороги общего пользования регионального или межмуниципального значения Республики Коми «Сыктывкар-Ухта-Печора-Усинск-Нарьян-Мар» на участках пос. Малая Пера - пос. Ираель и пос. Ираель – пос. Каджером
- Концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации трамвайной сети в Красногвардейском районе Санкт-Петербурга (в части расходов на создание, реконструкцию)

Вопрос о возможности полного покрытия расходов концессионера на инвестиционной и эксплуатационной стадиях был рассмотрен ФАС России и двумя судебными инстанциями. ФАС России[26] и первая инстанция высказались против такой возможности. Отрицательная позиция основывалась на том, что концессионное соглашение с условиями о несении всех расходов по проекту публично-правовым образованием фактически является закупкой в соответствии с законодательством о контрактной системе.

Вступившим в законную силу и не обжалованным решением по делу[27] была признана допустимость платы концедента/платы концедента и иных форм финансирования по Закону о концессиях в 100 % размере, при этом ключевые выводы в решении следующие:

- Закон о концессиях не запрещает концеденту производить в пользу концессионера выплаты в размере, равном расходам на создание объекта концессионного соглашения;
- необходимо различать два вида денежных выплат концедента в пользу концессионера, направленных на финансирование создания объекта соглашения: (1) финансирование части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта соглашения; (2) плата концедента. Данные виды выплат имеют разную природу и существенно различаются между собой. Закон о концессиях не содержит никаких ограничений по размеру платы концедента;

---

26 Решение и предписание ФАС России от 31.01.2017 №Т-7/17.

27 Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017 № 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17.

- плата концедента не носит целевого характера, полученная концессионером плата концедента может и не пойти на возмещение расходов на создание объекта соглашения (прим. вывод об отсутствии целевого характера платы концедента является спорным; представляется, что средства, предоставляемые в рамках платы концедента, должны направляться на цели, связанные с проектом).

Рекомендации:
В концессионных соглашениях с учетом действующего законодательства и судебной практики может устанавливаться плата концедента/плата концедента и иные формы финансирования по Закону о концессиях, включающие в себя возмещение всех расходов на инвестиционной и эксплуатационной стадиях проекта.
Вместе с тем с учетом значимости условия о плате концедента для исполнения соглашения, в том числе для привлечения средств от финансирующих организаций, целесообразны поправки в законодательство, которые прямо бы установили возможность возмещения за счет платы концедента/платы концедента и иных форм финансирования по Закону о концессиях всех расходов на инвестиционной и эксплуатационной стадиях проекта.

1.2. Минимальный гарантированный доход (МГД) может быть установлен в концессионном соглашении

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение Арбитражного суда города Москвы от 14.09.2017 по делу № А40-93716/17-151-865 (не вступило в законную силу, обжаловано)	Финансирование, строительство и эксплуатация на платной основе «Нового выхода на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М-1 «Беларусь» Москва - Минск»	Истец – ОАО «Главная дорога» Ответчик – ГК «Автодор»
Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2017 по делу № А76-31705/2016	Создание межмуниципальной системы коммунальной инфраструктуры на территории Челябинской области в отношении переработки и утилизации (захоронения) твердых коммунальных отходов на территории Челябинского кластера	Заявитель – Министерство экологии Челябинской области Ответчик – УФАС России по Челябинской области

Во многих концессионных соглашениях предусматривается механизм т.н. минимального гарантированного дохода (далее – «МГД»).

Под МГД понимается установленная в соглашении сумма, получение которой гарантируется концессионеру концедентом, при этом основным источником дохода концессионера являются доходы от эксплуатации объекта соглашения. В случае неполучения указанной суммы или получения ее в меньшем объеме по обстоятельствам, не зависящим от концессионера, концедент обязуется возместить соответствующую разницу концессионеру. С точки зрения бюджетного законодательства такая сумма является субсидией (ст. 78 Бюджетного кодекса РФ). С точки зрения Закона о концессиях такая плата может быть структурирована как плата концедента.

Условия об МГД особенно актуальны в тех проектах, где достижение окупаемости по проекту во многом не зависит от концессионера. К примеру, в медицинских проектах объемы бесплатной медицинской помощи (в рамках обязательного медицинского страхования – ОМС) устанавливаются специальной комиссией, в состав которой входят множество участников. Концессионер практически не влияет на то, какие объемы медицинской помощи будут ему выделены.

Преимущество МГД состоит в том, что, с одной стороны, концессионер получает определенные гарантии, а, с другой стороны, постоянные платежи (наподобие платежей за создание, эксплуатацию) со стороны концедента не предусмотрены; такие платежи установлены только для случая недостижения МГД.

МГД был предусмотрен, в частности, в следующих проектах:

- Концессионное соглашение о реконструкции объектов недвижимого имущества, расположенных по адресу: Ленинградская область, Гатчинский район, город Коммунар, улица Строителей, дом 3, под объект здравоохранения «Ленинградский областной центр медицинской реабилитации» и о его эксплуатации
- Концессионное соглашение о создании и использовании (эксплуатации) консультативно-диагностического центра амбулаторно-поликлинического типа на территории Пушкинского района Санкт-Петербурга
- Концессионное соглашение в отношении создания центра ядерной медицины на о. Русский
- Концессионное соглашение в отношении создания онкорадиологического центра в городе Подольск Московской области и осуществления деятельности с его использованием, в том числе в рамках Московской областной программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи
- Концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации трамвайной сети в Красногвардейском районе Санкт-Петербурга

Условие об МГД стало предметом рассмотрения одного из дел в 2017 году[28]. Такая конструкция была признана правомерной.

При этом необходимо учитывать, что условия об МГД, рассмотренные судом, имели следующие особенности:

- МГД должно было выплачиваться не за счет средств бюджета, а из средств ГК «Автодор», осуществлявшей полномочия концедента, что исключало применение в их отношении специальных норм бюджетного законодательства;
- предоставление МГД в определенной степени «смешалось» с последствиями наступления особых обстоятельств. Под особыми обстоятельствами в практике концессий понимают обстоятельства, не зависящие от концессионера, наступление которых негативно влияет на исполнение проекта. При наступлении особых обстоятельств концессионеру возмещают расходы, которые бы не возникли, если бы особое обстоятельство не наступило. В рассматриваемом деле таким особым обстоятельством явилась просрочка в предоставлении отдельных земельных участков, и возмещению подлежали не только расходы, но и недополученный доход (МГД).

Ключевые выводы суда следующие:

- с точки зрения правовой квалификации минимальная ежегодная выручка является порядком определения дополнительной части обязательств, которые принял на себя концедент в связи с исполнением концессионного соглашения.

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Также МГД рассматривался в другом деле[29], где наличие такой конструкции было признано неправомерным. Так, судом были сделаны следующие ключевые выводы:

- по рассматриваемому проекту концедент принимал на себя обязательство возместить затраты и недополученные доходы концессионера, образованные вследствие снижения уровня загрузки объекта соглашения ниже минимального уровня, определенного конкурсной документацией, приведшего к недополучению доходов концессионера либо возникновению неучтенных органом тарифного регулирования экономически обоснованных расходов;
- возможность возмещения указанных выше расходов и недополученных доходов прямо не предусмотрена в Законе о концессиях; соответственно, такое возмещение не допускается.

---

28 Решение Арбитражного суда города Москвы от 14.09.2017 по делу № А40-93716/17-151-865.

29 Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2017 по делу № А76-31705/2016.

Рекомендации:
Представляется, что МГД может устанавливаться в концессионном соглашении и с точки зрения Закона о концессиях, и с точки зрения Бюджетного кодекса РФ. Вместе с тем для минимизации рисков с учетом отдельной негативной судебной практики целесообразны поправки в Закон о концессиях, которые бы прямо предусмотрели возможность структурирования МГД через механизм платы концедента.

2. Третейская оговорка в концессионном соглашении допустима с учетом положений Закона о концессиях

Судебная практика за 2017 год

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение Арбитражного суда города Москвы от 14.09.2017 по делу № А40-93716/17-151-865 (не вступило в законную силу, обжаловано)	Финансирование, строительство и эксплуатация на платной основе «Нового выхода на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М-1 «Беларусь» Москва - Минск»	Истец – ОАО «Главная дорога» Ответчик – ГК «Автодор»

В соответствии со ст. 17 Закона о концессиях споры между концедентом и концессионером могут рассматриваться, в том числе, в третейских судах Российской Федерации. Определение третейского суда в законодательстве закреплено, однако определение «третейского суда Российской Федерации» в нем отсутствует.

В этой связи на практике появляются вопросы о судах, которые могут квалифицироваться в качестве третейского суда РФ, и даже о принципиальной возможности рассмотрения дел в отношении концессионных соглашений в негосударственных судах.

Одно из таких дел было рассмотрено в 2017 году. В решении по этому делу[30] указано, что спор из концессионного соглашения не может передаваться на рассмотрение третейского суда; ключевые выводы суда следующие:

- целью заключения концессионного соглашения выступает обеспечение государственных нужд, соглашение направлено на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, публичный характер спорных правоотношений вытекает из их субъектного состава (сторона – РФ), финансирование концессионного соглашения осуществлялось частично за счет средств Инвестиционного фонда РФ. По этим и иным обстоятельствам спор, возникающий из концессионных соглашений – это спор из публичных отношений, который не может рассматриваться третейским судом;
- процедура проведения публичного конкурса на право заключения концессионного соглашения имеет аналогичную правовую природу с порядком заключения государственных контрактов. Соответственно, подлежит применению позиция, отраженная в Постановлении Президиума ВАС РФ от 28.01.14 № 11535/13, по которой третейские суды не обладают компетенцией на рассмотрение споров по государственным, муниципальным контрактам, иные подобные позиции; аналогичные положения по п. 6 ч. 2 ст. 33 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Рассмотрение таких споров третейскими судами нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции, публичность реализации сделки с государственным заказом и государственным имуществом).

[30] Решение Арбитражного суда города Москвы от 14.09.2017 по делу № А40-93716/17-151-865.

Выводы суда с учетом прямо установленной в Законе о концессиях возможности разрешения споров в третейских судах представляются как минимум спорными.

Также важно отметить, что концессионное соглашение является, прежде всего, гражданско-правовым договором, поэтому доводы о публично-правовом характере спора из концессионных соглашений также неоднозначны. В судебных решениях по иным делам высказывалась противоположная позиция. К примеру, вывод о том, что споры по концессионным соглашениям относятся к спорам, возникшим из гражданско-правовых отношений, а не из публичных отношений, содержится в Определении Арбитражного суда Иркутской области от 20.09.2017 по делу № А19-8341/2017.

Указанное решение было обжаловано, на дату подготовки Обзора решение по жалобе не принято.

Отметим, что вопрос по третейской оговорке рассматривался в судебной практике и в 2016 году[31]. В этом деле суд попытался истолковать понятие «третейский суд Российской Федерации». Суд поддержал позицию концедента, которая состояла в том, что понятие «третейский суд Российской Федерации» не тождественно понятию «третейский суд на территории Российской Федерации», поскольку помимо территориальной предполагает еще и институциональную связь третейского суда с РФ, которая выражается в:

- применении правил разбирательства, утвержденных действующими третейскими судами РФ либо российскими юридическими лицами и органами власти РФ;
- осуществлении разбирательства постоянно действующим третейским судом РФ либо назначении арбитров организацией или лицом РФ;
- образовании третейского суда и проведении третейского разбирательства в РФ.

Рекомендации:
Представляется, что третейская оговорка допустима с учетом прямо предусмотренной возможности ее установления согласно Закону о концессиях.
Однако при определении третейского суда, уполномоченного рассматривать споры из соглашений, необходимо учитывать рекомендации, сформулированные в судебной практике о том, что третейский суд должен иметь территориальную и институциональную связь с Российской Федерацией.
Кроме того, для целей развития рынка ГЧП и привлечения иностранных инвестиций представляются важными и необходимыми поправки в законодательство в части допуска иных третейских судов к рассмотрению концессионных споров, прежде всего, постоянно действующих международных третейских институтов.

КРАТКИЕ ВЫВОДЫ

В судебной и антимонопольной практике за 2017 год было поднято и рассмотрено значительное количество существенных для реализации концессионных проектов вопросов. Споры по многим делам еще не окончены, и выводы судов могут измениться.

Значительная часть рассмотренных вопросов относится к стадии подготовки и конкурсных процедур, это отражает текущее состояние рынка концессионных проектов. На наш взгляд, активный процесс формирования судебной и антимонопольной практики будет продолжаться и дальше. Нерассмотренных вопросов осталось достаточно много – это и природа особых обстоятельств, возможность их применения в концессиях, это вопросы прямого соглашения, отдельные вопросы, касающиеся компенсаций при досрочном прекращении соглашения, и многие другие. По мере взросления рынка и его участников уровень дискуссии должен повышаться, что, безусловно, изменит будущую судебную повестку.

---

[31] Постановление ФАС СЗО от 17.02.2016 по делу № А56-9227/2015 (Определением Верховного Суда РФ от 04.05.2016 № 307-ЭС16-3267 отказано в передаче дела № А56-9227/2015 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления).

Об авторах исследования

Денис КАЧКИН

Управляющий партнер
Руководитель практики
по инфраструктуре и ГЧП

тел.: +7 812 602 0225
e-mail: dk@kachkin.ru

Практикует право с 1996 года. Выпускник юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. До основания в 2001 году «Качкин и Партнеры», в течение нескольких лет работал и стажировался в ведущих российских и зарубежных юридических компаниях.

На сегодняшний день Денис один из немногих квалифицированных IP3 Институтом (Вашингтон, округ Колумбия (США) специалистов в области ГЧП в России, прошедших обучение по специальности «Оформление законодательных, институциональных и регуляторных основ для государственно-частных партнерств».

Денис обладает значительным практическим опытом сопровождения проектов в сфере ГЧП и инвестиций, а также консультирования публично-правовых образований по вопросам законотворчества в сфере ГЧП.

Уровень юридической экспертизы «Качкин и Партнеры» под руководством Дениса неоднократно признавался в качестве одного из самых высоких в России как российскими коллегами (по итогам рейтингов Право.RU-300), так и зарубежными (ChambersEurope 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; The Legal500 EMEA 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; BestLawyers 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; IFLR1000 2015, 2016, 2017).

Денис является активным участником ведущих российских инициатив в сфере ГЧП: Национальный центр ГЧП, Рабочая группа по разработке федерального закона о ГЧП при Министерстве экономического развития РФ (до июля 2015 г.), Комитет ТПП РФ по государственно-частному партнерству, НАКДИ, Infraclub.

Денис регулярно участвует в образовательных программах ВУЗов как приглашенный лектор по специализации: ГЧП/инфраструктурные проекты (МГИМО, СПбГУ, Санкт-Петербургский Государственный Политехнический Университет).

Член Международной ассоциации юристов (IBA) с 2011 года, заместитель Председателя Комитета по проектному финансированию IBA.

Лусине АРУТЮНЯН

Юрист практики по инфраструктуре и ГЧП

тел.: +7 812 602 0225
e-mail: la@kachkin.ru

Лусине получила диплом специалиста Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», обучаясь на кафедре финансового права.

В процессе своей профессиональной карьеры Лусине получила опыт работы в различных государственных органах, принимала участие в международных конференциях, стажировках, организуемых иностранными и международными организациями, а также в правовом исследовании, проводимом совместно с Советом Европы. Более трех лет работает в «Качкин и Партнеры».

Лусине специализируется в сфере государственно-частного партнерства и имеет опыт сопровождения проектов государственно-частного партнерства в транспортной, социальной и коммунальной сферах.

Лусине является автором статей в специализированных профессиональных изданиях, выступает в качестве лектора в образовательных программах по государственно-частному партнерству, в том числе проводимых совместно с Национальным Центром Государственно-Частного Партнерства, Институтом развития государственно-частного партнерства, Санкт-Петербургским государственным политехническим университетом, ЦНТИ «Прогресс». Лусине также активно сотрудничает с Национальной ассоциацией концессионеров и долгосрочных инвесторов в инфраструктуру.

© АБ «Качкин и Партнеры», 2017