

Обзор судебной практики по отдельным вопросам заключения концессионных соглашений в порядке частной инициативы

В последние годы на рынке ГЧП наблюдается существенное увеличение доли проектов, реализуемых в порядке частной концессионной инициативы (ЧКИ) на основании предложений инвесторов. В 2019 году больше половины (53%) от всех концессионных проектов заключено в порядке частной инициативы, тогда как в 2016 году доля ЧКИ от всех концессий составляла не более четверти (25%)¹.

Возросший интерес к модели частной инициативы в ГЧП оказывает влияние и на судебную практику. Все чаще предметом исследования суда становятся положения ст. 37 федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (Закона о концессиях), регулирующие порядок заключения концессионных соглашений без проведения конкурса, прежде всего в порядке частной инициативы.

Однако ввиду недостаточности нормативного регулирования процедуры ЧКИ как в Законе о концессиях, так и на уровне подзаконных актов, судебную практику пока нельзя назвать единообразной. Попытка разрешить отдельные спорные вопросы, связанные с процедурой ЧКИ, была сделана в проекте изменений в Закон о концессиях, подготовленном Министерством экономического развития России² (Проект Минэкономразвития). В настоящем обзоре мы постарались систематизировать уже сложившиеся подходы и дать ответы на наиболее часто встречающиеся вопросы при реализации механизма ЧКИ.

1. Распространяются ли на лицо, подающее заявку о готовности к участию в конкурсе, требования по предоставлению документов, действующие в отношении инициатора концессионного предложения?

В соответствии с ч. 4.3 ст. 37 Закона о концессиях, инициатор в предложении о заключении концессионного соглашения указывает сведения о его соответствии установленным требованиям, содержащимся в ч. 4.11 ст. 37, а также сведения, подтверждающие соответствие его инициативы программам комплексного развития систем коммунальной инфраструктуры поселений, городских округов, государственным программам Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальным программам, за исключением случаев, если объектом концессионного соглашения являются объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем. Постановлением Правительства РФ от 31.03.2015 № 300 (Постановление № 300) утверждена форма предложения о заключении концессионного соглашения, соблюдение которой обязательно при подаче частной инициативы. В указанном Постановлении Правительства РФ содержится и перечень документов, которыми подтверждаются сведения, указанные в предложении. Так, инициатор проекта в подтверждение содержащихся в предложении сведений обязан представить следующие документы:

- проект концессионного соглашения;

¹ По данным официального сайта Российской Федерации для размещения информации о проведении торгов <https://torgi.gov.ru>.

² Проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования механизмов государственно-частного партнерства», редакция от 03.06.2020 № 17903-МР/Д18и.

- нотариально заверенные копии учредительных документов, а также копию договора простого товарищества (договора о совместной деятельности) юридических лиц или нотариально заверенную копию свидетельства о государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя;
- выписки из Единого государственного реестра юридических лиц либо из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей – в подтверждение сведений об отсутствии в отношении инициатора решения о ликвидации, производства по делу о банкротстве;
- справки налогового органа, территориального органа Пенсионного фонда РФ и территориального органа Фонда социального страхования РФ о состоянии расчетов принципала (плательщика сбора, налогового агента) по налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы РФ, подтверждающие исполнение принципалом обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, отсутствие задолженности по уплате обязательных платежей, а также задолженности по уплате процентов за пользование бюджетными средствами, соответствующих пеней, штрафов и иных финансовых санкций – в подтверждение сведений об отсутствии недоимки по налогам, сборам, иным обязательным платежам в бюджет за прошедший календарный год, размер которых превышает 25 % балансовой стоимости активов лица, по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности за последний отчетный период;
- копия подтверждающего документа, выданного кредитной организацией, в случае привлечения заявителем заемных средств – в подтверждение возможности получения средств в размере не менее 5 % объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций на каждый год срока действия концессионного соглашения;
- копия проектной документации и копия положительного заключения экспертизы проектной документации, если проектная документация разработана заявителем.

Законом о концессиях установлено, что лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения, а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать требованиям, содержащимся в ч. 4.11 ст. 37 Закона. Однако требований к форме и представляемым документам при подаче заявки о готовности к участию в конкурсе законом или подзаконными актами не установлено, а из буквального толкования Постановления № 300 следует, что установленная им форма распространяется только на лиц, направляющих концессионное предложение (то есть не действует в отношении заявок о готовности к участию в конкурсе). В Проекте Минэкономразвития предлагается утверждать форму заявки о готовности к участию в конкурсе актом Правительства РФ. Представляется, что принятие законопроекта и утверждение Правительством РФ специальной формы заявки поможет уменьшить количество споров, возникающих при рассмотрении частной инициативы.

Однако в судебной практике встречаются различные подходы к решению данного вопроса.

- 1а) Наиболее распространенной среди судов и антимонопольных органов является позиция, согласно которой лица, подающие заявки о готовности к участию в конкурсе, обязаны прилагать к заявкам документы, подтверждающие соответствие этих лиц требованиям ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессиях. Фактически это означает **установление единых требований к представляемым документам для лица, подающего предложение о заключении концессионного соглашения, и для лиц, подающих**

заявки о готовности к участию в конкурсе. Подобная логика позволяет распространять на третьих лиц положения Постановления № 300 и отказывать в принятии заявок, не соответствующих положениям указанного Постановления.

Данный подход встречался, например, в делах № А05-11225/2019³, № А05-11226/2019⁴, № А05-6710/2019⁵, № А23-7690/2017⁶ где суды констатировали, что в соответствии с ч. 4.7 и 4.8 ст. 37 Закона о концессиях иные лица должны соответствовать требованиям, предъявляемым к инициатору, и только поступление заявок от таких лиц будет являться основанием для проведения конкурса в соответствии с ч. 4.9 ст. 37, в силу чего требования к составу документов, подтверждающих сведения о соответствии инициатора и иных лиц установленным законом требованиям, также должны быть едиными. Кроме того, судами к заявкам о готовности к участию в конкурсе были применены положения Постановления № 300 в делах № А05-6706/2019⁷, № А78-17055/2017⁸, № А23-7690/2017⁹. Во всех приведенных делах суды посчитали, что заявки о готовности к участию в конкурсе отклонены правомерно, если были выявлены несоответствия заявок требованиям Постановления № 300, то есть требованиям к концессионному предложению инициатора.

Данная позиция также нашла отражение в Письме ФАС России¹⁰, в п. 2 которого указывается, что утвержденная Постановлением № 300 форма представления сведений о соответствии инициатора требованиям может применяться также и к лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, при условии установления уполномоченным органом требования к данной форме в рамках размещения информации об инициативе заключения концессионного соглашения на официальном сайте.

Несмотря на то, что, по мнению ФАС России, применение к заявкам Постановления № 300 должно быть обусловлено указанием на соответствующие требования к форме заявок при размещении предложения на официальном сайте www.torgi.gov.ru, указанное обстоятельство исследуется не во всех делах. Так, несмотря на цитирование соответствующей позиции ФАС России, в решениях Забайкальского УФАС России от 23.09.2019 № 37,38; от 12.07.2019 № 02-05-25/2019; Кемеровского УФАС России от 23.03.2020 по жалобе № 042/10/18.1-343/2020 антимонопольными органами не исследовался вопрос о наличии требований к форме заявок о готовности к участию в

³ Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2019 № 14АП-11284/2019, 14АП-11285/2019 по делу № А05-11225/2019

⁴ Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2019 № 14АП-11309/2019, 14АП-11310/2019 по делу № А05-11226/2019.

⁵ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.05.2020 № Ф07-340/2020 по делу № А05-6710/2019.

⁶ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.03.2019 № Ф10-6568/2018 по делу № А23-7690/2017.

⁷ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019.

⁸ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.09.2018 № Ф02-3860/2018 по делу № А78-17055/2017.

⁹ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.03.2019 № Ф10-6568/2018 по делу № А23-7690/2017.

¹⁰ Письмо ФАС России от 26.10.2018 № РП/86694/18 «О практике применения концессионного законодательства при заключении концессионного соглашения».

конкурсе при размещении предложения. Однако в решениях Чукотского УФАС России от 23.10.2019 № 087/10/18.1-138/2019, Забайкальского УФАС России № 02-05-05/2019 наоборот указанные обстоятельства были исследованы и положения Постановления № 300 были применены к заявкам о готовности только при указании соответствующих требований концедентом.

Вместе с тем, в судебной практике отдельных регионов наметился иной подход.

- 1b) В отдельных решениях суды, признавая необходимость документального подтверждения сведений, содержащихся в заявках о готовности к участию в конкурсе, отмечают, что нормативных требований к документам, направляемым третьими лицами в подтверждение таких сведений, не установлено. В связи с чем неправомерно отказывать в приеме заявок о готовности к участию в конкурсе только на том основании, что прилагаемые к таким заявкам документы не соответствуют Постановлению Правительства РФ № 300. Данный подход нашел подтверждение в делах № А07-38627/2018¹¹, № А78-12607/2019¹², где антимонопольными органами и судами было отмечено, что **в отсутствие конкретно определенных требований к заявкам о готовности в Законе о концессиях и размещенном извещении, отклонение концедентом заявок являлось неправомерным.**
- 1с) Совершенно иной подход продемонстрирован антимонопольным органом и судом в Красноярском крае, с которым, однако, согласились суды апелляционной и кассационной инстанций. Согласно данному подходу, лицо, подающее заявку о готовности к участию в конкурсе, декларирует свое соответствие указанным в законе требованиям, так как подача такой заявки не влечет автоматического заключения с ним соглашения, а лишь означает для уполномоченного органа необходимость перехода к заключению концессионного соглашения по общим правилам, то есть принятие мер по организации и проведению конкурса. Обязанность же документального подтверждения требований закона инициатором обусловлена тем, что в отсутствие поступивших заявок от третьих лиц, концессионное соглашение заключается с инициатором предложения без конкурса. Именно поэтому положения **Постановления Правительства № 300 не могут быть распространены на третьих лиц.** Указанная аргументация применена УФАС, а затем и судами в делах № А33-38218/2019¹³, № А33-12980/2018¹⁴, № А33-11484/2018¹⁵.

Несмотря на наличие определенной логики в обосновании последнего из приведенных подходов, в настоящий момент он не получил широкого распространения среди судов других регионов. Кроме того, как следует из Проекта Минэкономразвития, законодателем уже намечена иная модель регулирования данного вопроса, которая

¹¹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 24.02.2020 № Ф09-10204/19 по делу № А07-38627/2018.

¹² Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2020 № 04АП-1447/2020 по делу № А78-12607/2019.

¹³ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.08.2020 № Ф02-3431/2020 по делу № А33-38218/2019.

¹⁴ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 23.01.2019 по делу № А33-12980/2018.

¹⁵ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 06.11.2018 по делу № А33-11484/2018.

предполагает утверждение самостоятельного подзаконного акта с требованиями к заявке о готовности к участию в конкурсе.

Пока указанные дополнения в Закон о концессиях не приняты, при подаче заявок о готовности к участию в конкурсе рекомендуется учитывать приведенные выше тенденции судебной практики и представлять в подтверждение требований закона документы в соответствии с Постановлением Правительства РФ № 300.

2. Какие требования к документам, прилагаемым к предложению о заключении концессионного соглашения (к заявке о готовности к участию в конкурсе), выработаны судебной практикой?

Поскольку исчерпывающих требований к перечисленным выше документам в Законе о концессиях и Постановлении Правительства РФ № 300 не содержится, на практике нередко возникают споры относительно того, соответствуют ли поступающие предложения и заявки требованиям закона.

Наибольшее число споров возникает относительно требований к документам, подтверждающим отсутствие недоимок по налогам, сборам и иным платежам в бюджет (п. 3 ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессиях) и наличие средств или возможности их получения в размере не менее 5 % от объема заявленных в проекте инвестиций (п. 4 ч. 4.11 ст. 37).

2а) **Относительно подтверждения в концессионном предложении и заявке о готовности к участию в конкурсе требований п. 3 ч. 4.11 ст. 37** на практике наблюдаются следующие тенденции:

- Необходимо представление документов (справок), подтверждающих отсутствие задолженности не только по налогам, но и по сборам, страховым взносам, штрафам, иным платежам в бюджет. При подаче заявки необходимо прикладывать в подтверждение требований справки из Федеральной Налоговой службы (ФНС РФ), Пенсионного фонда (ПФР РФ), Фонда социального страхования (ФСС РФ) об отсутствии задолженностей по соответствующим платежам. Так, в делах № А43-42758/2019¹⁶, № А43-37900/2019¹⁷, судами и в решениях УФАС по жалобам № 042/10/18.1-343/2020¹⁸, № 037/01/16-414/2019¹⁹ было признано законным отклонение заявок о готовности к участию в конкурсе (в отдельных делах признано незаконным рассмотрение предложений) при отсутствии справок из ФСС РФ и/или ПФР РФ при представлении только справки из ФНС РФ.

В то же время, как указывалось ФАС России²⁰, справки об исполнении обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов в составе заявки о готовности к участию в конкурсе на право заключения концессионного соглашения представляются иными лицами по установленной ФНС РФ форме²¹, то есть достаточно предоставления единой справки из ФНС РФ об исполнении

¹⁶ Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11.06.2020 № 01АП-2411/2020 по делу № А43-42758/2019.

¹⁷ Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 18.11.2019 по делу № А43-37900/2019.

¹⁸ Решение Кемеровского УФАС России от 23.03.2020 по жалобе № 042/10/18.1-343/2020.

¹⁹ Определение Ивановского УФАС России от 01.11.2019 по делу № 037/01/16-414/2019(02-16/2019-002).

²⁰ П. 2 Письма ФАС России от 26.10.2018 № РП/86694/18.

²¹ Приказ ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@.

налогоплательщиком обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов, пеней, штрафов, процентов.

С учетом приведенной практики, во избежание споров рекомендуется предоставлять документы, подтверждающие отсутствие задолженностей по всем видам платежей – либо единой справки, выдаваемой ФНС РФ по установленной форме, либо отдельных справок ФНС РФ, ПФР РФ, ФСС РФ в соответствии с буквальным толкованием требований Постановления № 300.

- Другой важной особенностью является период, за который предоставляется справка. Поскольку п. 3 ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессиях установлено требование об отсутствии задолженности перед бюджетом за прошедший календарный год, заявка может быть отклонена, а предложение признано не подлежащим рассмотрению, если в подтверждение указанного требования предоставляется справка по установленной форме на дату, предшествующую дате подачи заявки. Подобный вывод был сделан судами в делах № А43-42758/2019²², № А05-6706/2019²³, № А43-37900/2019²⁴, № А03-11270/2017²⁵, № А76-21861/2016²⁶, а также антимонопольными органами в делах № 042/10/18.1-343/2020²⁷, № 076/10/18.1-473/2019²⁸, где отмечалось, что в соответствии с федеральным законом № 107-ФЗ от 03.06.2011 «Об исчислении времени» календарный год составляет период времени с 1 января по 31 декабря продолжительностью триста шестьдесят пять либо триста шестьдесят шесть (високосный год) календарных дней, а представление справки налогового органа по состоянию на конкретную дату, предшествующую дате подачи заявки (предложения) не позволяет установить факт отсутствия задолженности за прошедший календарный год.

В настоящий момент налоговыми органами в подтверждение исполнения принципалом обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, отсутствия задолженности по уплате обязательных платежей, а также задолженности по уплате процентов за пользование бюджетными средствами могут быть выданы две справки – справка о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам²⁹ и справка об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов³⁰. При этом, в соответствии с утвержденными формами, обе указанные справки могут быть сформированы на дату, указанную в запросе (но не за период времени). Подтвердить отсутствие у заявителя задолженности по платежам в бюджет в течение всего предыдущего календарного года (на любую дату в течение прошедшего календарного года) поможет справка о состоянии расчетов. Однако, как указано в утвержденной форме, данная справка не является документом, подтверждающим исполнение

²² Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11.06.2020 № 01АП-2411/2020 по делу № А43-42758/2019.

²³ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019.

²⁴ Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 18.11.2019 по делу № А43-37900/2019.

²⁵ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.10.2018 № Ф04-4155/2018 по делу № А03-11270/2017.

²⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22.01.2018 № Ф09-8030/17 по делу № А76-21861/2016.

²⁷ Решение Кемеровского УФАС России от 23.03.2020 по жалобе № 042/10/18.1-343/2020.

²⁸ Решение Ярославского УФАС России от 06.09.2019 № 076/10/18.1-473/2019.

²⁹ Форма и порядок заполнения утверждены Приказом ФНС России от 28.12.2016 № ММВ-7-17/722@.

³⁰ Форма и порядок заполнения утверждены Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@.

организацией обязанности по уплате налогов и других платежей в бюджет, в связи с чем необходимо предоставление обеих справок на 31 декабря года, предшествующего году подачи заявки (предложения).

В этой связи возникает вопрос – каким образом должны подтверждать отсутствие недоимок за прошедший календарный год компании, созданные в текущем календарном году. Таким заявителям может быть рекомендовано представлять в дополнение к справкам, выданным на дату, предшествующую дате подачи заявки (предложения), запрос в ФНС РФ о выдаче указанных справок на 31 декабря предшествующего года и ответ налогового органа о невозможности сформировать справки на указанную дату. Представляется, что в таком случае основания для отказа в рассмотрении заявки (предложения) по данному основанию будут минимальны.

- 2b) По вопросу **подтверждения заявителем наличия средств или возможности их получения в размере не менее 5 % от объема заявленных в проекте инвестиций** (п. 4 ч. 4.11 ст. 37) судами отмечается, что в заявке о готовности к участию в конкурсе (предложении) должно однозначно указываться, располагает ли заявитель в указанном размере собственными средствами или предполагает привлечение заемных средств³¹. Требования к документальному подтверждению наличия собственных средств в Постановлении № 300 не содержится, поэтому данное обстоятельство подтверждается документами по выбору заявителя. Но в случае привлечения заемных средств, необходимо представление копии подтверждающего документа, выданного кредитной организацией³².

В судебной и антимонопольной практике существует позиция, согласно которой под таким подтверждающим документом может пониматься исключительно независимая гарантия банка³³. При этом в других делах судами принимались в качестве надлежащего подтверждения требования п. 4 ч. 4.11 ст. 37 иные документы, выданные кредитными организациями, например, справки и письма³⁴. Договоры займа, заключенные с физическими или юридическими лицами, не являющимися кредитными организациями, в силу прямого указания Постановления № 300 не могут рассматриваться в качестве надлежащего доказательства, о чем однозначно свидетельствуют и выводы судебной практики. Так, в деле № А23-7690/2017³⁵ судом было установлено, что предложение инициатора не должно было быть рассмотрено, поскольку в подтверждение рассматриваемого требования закона был представлен договор займа с физическим лицом, а в деле № А03-11270/2017³⁶ к отклоненной заявке о готовности был приложен договор займа, заключенный генеральным директором общества с превышением полномочий.

³¹ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.09.2018 № Ф02-3860/2018 по делу № А78-17055/2017.

³² Решение Чукотского УФАС России от 23.10.2019 № 087/10/18.1-138/2019.

³³ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019, Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.06.2020 № 14АП-2274/2020 по делу № А05-7151/2019, Решение Новосибирского УФАС России от 20.09.2017.

³⁴ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.09.2018 № Ф02-3860/2018 по делу № А78-17055/2017, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22.01.2018 № Ф09-8030/17 по делу № А76-21861/2016.

³⁵ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.03.2019 № Ф10-6568/2018 по делу № А23-7690/2017.

³⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.10.2018 № Ф04-4155/2018 по делу № А03-11270/2017.

Подводя итог, отметим, что причиной большинства споров, связанных с заключением концессионных соглашений по ЧКИ, являются существенные пробелы в регулировании данной процедуры. Внесение соответствующих изменений в Закон о концессиях и принятие необходимых подзаконных актов сможет помочь в решении данной проблемы. До этого момента участникам рынка ГЧП остается набраться терпения и руководствоваться максимально консервативным подходом, учитывая позиции судов и антимонопольных органов.

В спорных ситуациях не исключена также возможность обращения к концеденту за получением официальных разъяснений относительно требований к документам, представляемым в рамках ЧКИ. Однако стоит учитывать, что обязанность концедента по предоставлению в письменной форме разъяснений существует лишь в отношении конкурсной документации³⁷, то есть при реализации механизма публичной инициативы. Отсутствие порядка предоставления разъяснений при подаче заявок о готовности к участию в конкурсе является еще одним пробелом законодателя. Применение норм о разъяснении положений конкурсной документации к процедуре ЧКИ по аналогии возможно с тем учетом, что предложение о заключении концессионного соглашения, не является конкурсом, и фактически представляет собой предконкурсную процедуру, проводимую для определения способа проведения закупки³⁸.

Также отметим, что лицо, подавшее заявку о готовности к участию в конкурсе, является лицом, заинтересованным в заключении концессионного соглашения и при необоснованном отклонении его заявки, вправе обратиться в суд за защитой нарушенных прав. В том случае, если лицо не подавало заявку о готовности к участию в конкурсе, суды могут признать за ним отсутствие интереса в оспаривании заключенного с инициатором концессионного соглашения и отказать в защите права³⁹.

³⁷ Ч. 5 ст. 23 Закона о концессиях.

³⁸ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2019 № 18АП-14040/2019 по делу № А07-38627/2018, которое было оставлено без изменения Постановлением Арбитражного суда Уральского округа от 24.02.2020 № Ф09-10204/19.

³⁹ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 10.07.2018 № Ф10-2473/2018 по делу № А64-5635/2017.

