

КАЧКИН И ПАРТНЕРЫ

а д в о к а т с к о е б ю р о

ОБЗОР КЛЮЧЕВОЙ  
СУДЕБНОЙ И  
АНТИМОНОПОЛЬНОЙ  
ПРАКТИКИ ПО  
КОНЦЕССИОННЫМ  
СОГЛАШЕНИЯМ ЗА 2020 ГОД

## Принятые сокращения и термины

**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».

**Законопроект** - проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования механизмов государственно-частного партнерства», разработанный Минэкономразвития России в 2020 году<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> [https://www.kachkin.ru/obzor-klyuchevoj-sudebnoj-i-antimonopolnoj-praktiki-po-konczessionnym-soglasheniyam-za-2020-god/kip\\_o-proekte-federalnogo-zakona/](https://www.kachkin.ru/obzor-klyuchevoj-sudebnoj-i-antimonopolnoj-praktiki-po-konczessionnym-soglasheniyam-za-2020-god/kip_o-proekte-federalnogo-zakona/)

# ВВЕДЕНИЕ

Представляем обзор ключевой судебной и антимонопольной практики по концессионным соглашениям за 2020 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. Несмотря на сокращение в 2020 году по сравнению с прошлым годом общего объема инвестиций из-за ограничений, введенных в связи с распространением новой коронавирусной инфекции, российский рынок инфраструктурных инвестиций продолжает расти: так, по состоянию на конец 2020 года реализуется 3 440 проектов<sup>2</sup> общим объемом инвестиций около 4 479 млрд рублей<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. Концесии 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.

В период с января по декабрь 2020 года арбитражные суды в общей сложности приняли 843 акта, содержащих выводы по применению концессионного законодательства, из них 725 актов – по спорам в сфере ЖКХ<sup>5</sup>.

Мы не ставили для себя задачу осветить в настоящем Обзоре всю судебную практику, которая появилась в 2020 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 правоприменения 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 31.12.2020.

<sup>2</sup> Включая проекты, завершенные по окончании срока действия соглашения. Проекты коммунально-энергетической инфраструктуры с общим объемом инвестиций менее 100 млн руб. с 2020 года не учитываются в статистике.

<sup>3</sup> Аналитический обзор «Инвестиции в инфраструктуру и ГЧП 2020» / Ассоциация «Центр развития ГЧП». – М.: АНО «Национальный Центр ГЧП», 2020. С. 2.

<sup>4</sup> Ч.1 ст.3 Закона о концессиях.

<sup>5</sup> Итоговый дайджест рынка ГЧП в России. Декабрь 2020 / Ассоциация «Центр развития ГЧП». – М.: АНО «Национальный Центр ГЧП», 2020. С. 34.

# ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

Весна и лето 2020 года отметились заметным снижением количества решений, вынесенных судами и антимонопольными органами, из-за введенных ограничительных мер в связи с распространением новой коронавирусной инфекции и временной приостановкой рассмотрения дел (за исключением дел безотлагательного характера и некоторых иных категорий). Несмотря на это, судами и антимонопольной службой были вынесены ряд примечательных решений, содержащих в себе анализ как давно существующих и обсуждаемых, так и относительно новых вопросов, появление которых обусловлено бурным развитием ранее не используемых инструментов. Выявленные проблемы – еще один повод обратить внимание на несовершенство концессионного законодательства и потребность рынка в устраниении заложенных в нем правовых рисков.

**По итогам анализа судебной и антимонопольной практики за 2020 год можно выделить следующие основные тенденции в сфере государственно-частного партнерства, реализуемого в сфере концессий:**

## **1. ПРОДОЛЖАЕТ ОСТАВАТЬСЯ АКТУАЛЬНЫМ ВОПРОС О СООТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ, МУНИЦИПАЛЬНЫХ КОНТРАКТОВ И КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ**

Ни для кого не секрет, что значительная часть отношений по поводу создания новых инфраструктурных объектов подпадает под регулирование смежного с концессионным законодательством о госзакупках, в связи с чем различными органами (прежде всего, ФАС России) уже не первый год поднимается вопрос о критериях их разграничения.

2020 год не стал исключением: ФАС России, а затем и судами различных инстанций было рассмотрено так называемое «Тывинское дело», по результатам рассмотрения которого заключение ряда концессионных соглашений было признано обходом законодательства о госзакупках.

В настоящее время продолжается работа над Законопроектом, одной из целей которого является устранение существующей неопределенности: его последняя редакция получила кардинально противоположные оценки со стороны ФАС России, профильных министерств и участников рынка.

## **2. РАСТЕТ КОЛИЧЕСТВО СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С ЗАКЛЮЧЕНИЕМ 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 более половины от всех концессионных проектов было заключено в порядке частной инициативы, в то время как в 2016 году доля ЧКИ от всех концессий составляла не более четверти<sup>6</sup>.

Возросший интерес к модели ЧКИ оказывает влияние и на судебную практику: все чаще предметом исследования судов становятся положения ст.37 Закона о концессиях, регулирующие заключение концессионных соглашений в порядке частной инициативы.

## **3. СОХРАНЕНИЕ АКТИВНОЙ ПОЗИЦИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ В ФОРМИРОВАНИИ ПРАКТИКИ ПО КОНЦЕССИОННЫМ СОГЛАШЕНИЯМ**

В 2020 году антимонопольная служба, как и ранее, продолжает занимать активную позицию, зачастую самостоятельно выявляя те или иные возможные основания для отмены торгов. Так, по оценкам экспертов<sup>7</sup>, в период с января по декабрь 2020 года антимонопольные органы приняли 50 решений по вопросам, связанным с концессионными соглашениями: большинство решений посвящены вопросам конкурсных процедур.

<sup>6</sup> <https://www.kachkin.ru/obzor-sudebnoj-praktiki-po-otdelym-voprosam-zaklyucheniya-koncessionnyh-soglashenij-v-poryadke-chastnoj-inicjativy/>

<sup>7</sup> Итоговый дайджест рынка ГЧП в России. Декабрь 2020 / Ассоциация «Центр развития ГЧП». – М.: АНО «Национальный Центр ГЧП», 2020. С. 34.

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

Несомненно, положительной тенденцией является влияние судебной и антимонопольной практики на изменение Закона о концессиях. В подготовке соответствующих изменений принимают активное участие как профильные министерства, так и ФАС России.

Актуальная на сегодняшний день редакция Законопроекта направлена на решение множества важных для рынка концессий вопросов, в том числе вопросов, вызвавших споры в 2020 году, в частности: разграничение госзакупок и концессий, возможные требования к участникам конкурса и критерии конкурса, усовершенствование процедуры ЧКИ и пр.

Отметим, что по состоянию на дату подготовки Обзора Законопроект не был внесен в Государственную Думу Российской Федерации.

## **СУДЕБНАЯ И АНТИМОНОПОЛЬНАЯ ПРАКТИКА**

### **1. РАЗГРАНИЧЕНИЕ ГОСЗАКУПОК И КОНЦЕССИИ**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 14.02.2020 № Ф02-162/2020 по делу № А69-2242/2019	Создание, строительство, эксплуатация объектов образования (общеобразовательные школы, детские сады на территории Республики Тыва) и осуществление деятельности по предоставлению в аренду имущественного комплекса (всего 8 концессионных соглашений)	Заявитель - Министерство образования и науки Республики Тыва Ответчик – УФАС России по Республике Тыва
Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 22.06.2020 № Ф02-2597/2020 по делу № А69-3115/2019	Создание, строительство, эксплуатация объектов образования (детские сады на территории Республики Тыва) и осуществление деятельности по предоставлению в аренду имущественного комплекса (всего 4 концессионных соглашения)	Заявитель - Министерство образования и науки Республики Тыва Ответчик – УФАС России по Республике Тыва
Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 06.08.2020 № Ф02-2370/2020 по делу № А69-3122/2019	Реконструкция, эксплуатация объекта соглашения (дворец молодежи со стелларием г. Кызыл) и осуществление деятельности по предоставлению в аренду имущественного комплекса	Заявитель - Министерство образования и науки Республики Тыва Ответчик – УФАС России по Республике Тыва

В соответствии с ч.1 ст.1 Закона о концессиях целями данного закона являются привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям.

Налицо наличие определенного сходства с закупками товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд, под которыми согласно ст.3 Закона о контрактной системе понимаются совокупность действий, осуществляемых в установленном указанным законом порядке заказчиком и направленных на обеспечение государственных или муниципальных нужд.

При этом в **действующем законодательстве четкие критерии выбора допустимой правовой формы реализации инфраструктурных проектов отсутствуют**, что ранее уже приводило к громким спорам о допустимости выбора формы концессионного соглашения: например, «Башкирское дело»<sup>8</sup>.

В 2020 году **Тывинским УФАС России, а затем и Арбитражным судом Восточно-Сибирского округа был вынесен ряд резонансных решений<sup>9</sup>, в которых были признаны нарушающими антимонопольное законодательство действия, направленные на заключение концессионных соглашений, как совершенные в обход предусмотренных Законом о контрактной системе конкурентных процедур.**

Судами трех инстанций были поддержаны следующие выводы Тывинского УФАС:

- для целей удовлетворения государственных нужд должен применяться Закон о контрактной системе;
- об удовлетворении государственных нужд свидетельствует реализация проекта в соответствии с государственной программой;
- заключение концессионного соглашения возможно только при условии соответствия такого соглашения целям Закона о концессиях (привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации; обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений; повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям);
- концессионное соглашение не может быть заключено без подтверждения наличия у концессионера средств или возможности их получения в размере не менее пяти процентов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций.

При этом стоит обратить внимание на то, что в соответствии с концессионными соглашениями большая часть затрат концессионера возмещалась по факту выполнения работ в течение 15 рабочих дней с даты принятия актов по форме КС-2 и КС-3, а также по товарной накладной и счет-фактуры. То есть фактически речь в рассматриваемых делах скорее об оплате выполненных работ, нежели чем о компенсации привлеченного финансирования на создание объекта соглашения.

Справедливо будет отметить, что данный подход не является универсальным: в каждом конкретном случае суды либо антимонопольная служба оценивают всю совокупность обстоятельств при оценке допустимости заключения концессионного соглашения. Так, в Решении Тывинского УФАС России от 19.08.2020 № 5-4254 антимонопольным органом было указано, что правовое регулирование отношений при заключении концессионного соглашения и отношений, связанных с поставкой товаров, выполнением работ, оказанием услуг для государственных и муниципальных нужд, различно. При этом в рассмотренном антимонопольным органом случае совокупность исследованных им обстоятельств<sup>10</sup> не позволяет однозначно сделать вывод, что к рассматриваемым отношениям должны применяться положения Закона о контрактной системе.

---

<sup>8</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2017 № 09АП-33753/2017, 09АП-34801/2017 по делу № А40-23141/17.

<sup>9</sup> Дела № А69-2242/2019, А69-3122/2019, А69-3115/2019, Решения Тывинского УФАС России № 5-3644 от 07.07.2020, № 5-3676 от 10.07.2020, № 5-3970 от 28.07.2020

<sup>10</sup> Утраты силы пункта 1 статьи 13 Закона о контрактной системе; изначально субсидия из федерального бюджета бюджету Республики Тыва представлена в целях реализации проектов государственно-частного партнерства по созданию объектов спорта; рассматриваемое концессионное соглашение содержит все элементы, присущие концессионному соглашению, в нем отсутствуют признаки, указывающие на осуществление со стороны органа местного самоуправления заказа на определенный вид работ; проведение торгов в форме открытого конкурса.

<sup>11</sup> <https://www.facebook.com/SovFedInfo/videos/3608023455949121/>



### Рекомендации

- Как видно из приведенной выше позиции суда, ни антимонопольным органом, ни судом не было предложено механизма разграничения госзакупок и концессионных соглашений, при этом основываясь на аргументации суда как госзакупку, фактически, можно квалифицировать практически любое концессионное соглашение с бюджетным участием.
- Профильными министерствами и участниками рынка предлагаются различные способы такого разграничения<sup>11</sup>, однако на сегодняшний день, до момента корректировки действующего законодательства, риск переквалификации концессионного соглашения в госзакупку сохраняется: особенно этот риск актуален для концессий со 100% возмещением концессионеру капитальных затрат.

## 2. ЗАКЛЮЧЕНИЕ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ НА ОСНОВАНИИ ЧАСТНОЙ КОНЦЕССИОННОЙ ИНИЦИАТИВЫ

Статьей 37 Закона о концессиях предусмотрена возможность заключения концессионного соглашения по инициативе частных лиц (частная концессионная инициатива, ЧКИ), при этом такие лица должны соответствовать требованиям п.2 ч.1 ст.5 и ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях, а обязательным условием заключения концессионного соглашения без торгов является непоступление в 45-дневный срок от иных лиц заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения.

В последние годы заметно возрос интерес участников рынка к данному механизму. При этом ввиду наличия недостатков нормативного регулирования процедуры ЧКИ судебную практику, которая посвящена в основном перечню документов, предоставляемых инициатором проекта и иными лицами, заявляющими о готовности к участию в конкурсе, пока нельзя назвать единообразной.

### 2.1. Документы, предоставляемые лицами, обращающимися с частной концессионной инициативой

В соответствии с ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях лицо, выступающее с инициативой заключения концессионного соглашения (далее – «инициатор проекта»), а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать указанным в данной статье требованиям (отсутствие решения о ликвидации юридического лица – заявителя, отсутствие недоимки по налогам и сборам и т.п.).

Форма предложения о заключении концессионного соглашения с инициатором проекта установлена постановлением Правительства Российской Федерации от 31.03.2015 № 300 (далее – «Постановление № 300»). Данным постановлением устанавливается, в том числе, перечень документов, предоставляемых в подтверждение соответствия инициатора проекта установленным требованиям.

Ряд споров, рассмотренных судами в 2020 году, был посвящен перечню документов, которые могут подтверждать соответствие инициатора проекта указанным выше требованиям.

#### 2.1.1. Подтверждение отсутствия недоимки по налогам, сборам, иным обязательным платежам

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019	Создание и эксплуатация объектов централизованного теплоснабжения, расположенных на территории муниципального образования «Лешуконский муниципальный район» Архангельской области	Заявитель – ПАО «Территориальная генерирующая компания № 2» Ответчик – Администрация муниципального образования «Лешуконский муниципальный район»
Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11.06.2020 № 01АП-2411/2020 по делу № А43-42758/2019	Создание и (или) реконструкция объектов теплоснабжения и централизованных систем горячего водоснабжения города Арзамаса Нижегородской области	Заявитель - Министерство образования и науки Республики Тыва Ответчик – УФАС России по Республике Тыва

В соответствии с п.3 ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях **инициатор проекта, а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать**, помимо прочего, **следующему требованию: отсутствие недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам** в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации **за прошедший календарный год**, размер которых превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов лица, по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности за последний отчетный период.

Согласно Постановлению № 300 подтверждающим документом являются справки налогового органа, территориального органа Пенсионного фонда Российской Федерации и территориального органа Фонда социального страхования Российской Федерации о состоянии расчетов принципала (плательщика сбора, налогового агента) по соответствующим платежам, подтверждающие исполнение принципалом обязанности по уплате данных платежей. Формы справок налогового органа утверждены Приказом ФНС России от 28.12.2016 № ММВ-7-17/722@ (справка о состоянии расчетов), Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@ (справка об исполнении налогоплательщиком обязанности)<sup>12</sup>.

При этом **нередко заявителями предоставляются справки об отсутствии неисполненной задолженности на конкретную дату, предшествующую date подачи заявки**. В указанных выше решениях судами были сделаны выводы о том, что:

- из содержания такой справки невозможно с достоверностью установить отсутствие недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации за календарный год, который предшествовал размещению предложения о заключении концессионного соглашения;
- предоставление бухгалтерской отчетности не освобождает заявителя от представления справок, содержащих исчерпывающую информацию на конкретную дату и за конкретный период.

Аналогичной позиции придерживается и антимонопольная служба<sup>13</sup>.

При этом стоит отметить, что обе указанные справки могут быть сформированы на дату, указанную в запросе, но не за период времени. Одновременно с этим, в ряде решений суды признают, что именно справка об исполнении налогоплательщиком обязанности (Приказ ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@) является документом, подтверждающим соответствие заявителя требованиям п.3 ч.1 ст.37 Закона о концессиях<sup>14</sup>.



### Рекомендации

С учетом сформированной судебной практики и позиции антимонопольных органов рекомендуется в качестве документов, подтверждающих соответствие заявителя требованиям п.3 ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях, прикладывать:

- Справку об исполнении налогоплательщиком своих обязанностей за прошедший календарный год (на 31 декабря прошедшего года) по форме, установленной Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@;
- Справку о состоянии расчетов на конец прошедшего календарного года по форме, установленной Приказом ФНС России от 28.12.2016 № ММВ-7-17/722@.

<sup>12</sup> Письмо ФАС России от 26.10.2018 № РП/86694/18.

<sup>13</sup> См. Решение Кемеровского УФАС России от 23.03.2020 по жалобе № 042/10/18.1-343/2020, Решение Ивановского УФАС России 12.10.2020 по делу № 037/10/18.1-536/2020.

<sup>14</sup> Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 22.09.2020 № Ф03-3363/2020 по делу № А04-9661/2019, постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17.09.2020 № Ф03-3362/2020 по делу № А04-9660/2019.

**2.1.2. Подтверждение наличия средств или возможности их получения в размере не менее пяти процентов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019	Создание и эксплуатация объектов централизованного теплоснабжения, расположенных на территории муниципального образования «Лешуконский муниципальный район» Архангельской области	Заявитель – ПАО «Территориальная генерирующая компания № 2» Ответчик – Администрация муниципального образования «Лешуконский муниципальный район»
Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.06.2020 № 14АП-2274/2020 по делу № А05-7151/2019	Создание и эксплуатация объектов централизованного теплоснабжения, расположенных на территории муниципального образования «Лешуконский муниципальный район» Архангельской области	Заявитель – ПАО «Территориальная генерирующая компания № 2» Ответчик – УФАС России по Архангельской области
Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.10.2020 № 14АП-5984/2020 по делу № А05-2317/2020	Создание и эксплуатация объектов теплоснабжения, расположенных на территории муниципального образования «Лешуконский муниципальный район»	Заявитель - администрация муниципального образования «Лешуконский муниципальный район» Ответчик - УФАС России по Архангельской области

В соответствии с п.4 ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях **инициатор проекта, а также иные лица, подающие заявки на заключение концессионного соглашения, должны отвечать**, помимо прочего, **следующему требованию: наличие средств или возможности их получения в размере не менее пяти процентов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций** (пределного размера расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые предполагается осуществить концессионером, на каждый год действия концессионного соглашения).

Согласно Постановлению № 300 подтверждающим документом является копия подтверждающего документа, выданного кредитной организацией, в случае привлечения заявителем заемных средств.

При этом **нередко заявителями в качестве соответствующих подтверждающих документов прикладываются письмо банка о готовности предоставить заемные денежные средства, соглашение о сотрудничестве, бухгалтерский баланс заявителя и иные документы**. В указанных выше решениях судами были сделаны вывод о том, что:

- бухгалтерский баланс по состоянию на конкретную дату не подтверждает наличие средств или возможности их получения, поскольку отражает лишь финансовое состояние общества по состоянию на конкретную дату - дату его составления, а не на весь период действия концессионного соглашения;
- письмо банка не является документом, подтверждающим наличие средств или возможности их получения, поскольку не является банковской гарантией;
- договор займа с организацией, не являющейся кредитной организацией, не является документом, подтверждающим наличие средств или возможности их получения.

Кроме того, в решении Новосибирского УФАС России от 03.11.2020 № 054/01/18.1- 2110/2020 было указано, что соглашение о сотрудничестве и совместной деятельности не подтверждает наличие у заявителя собственных денежных средств или возможности их получения, также не подтверждает такую возможность независимая (банковская) гарантия.

Стоит отметить, что практика по данному вопросу не является единообразной: например, ранее суды признавали возможность подтверждения наличия собственных средств отчетом о результатах финансовой деятельности заявителя и его бухгалтерским балансом (при отсутствии намерений привлекать заемные средства)<sup>15</sup>.

### Рекомендации

С учетом отсутствия единообразной судебной практики рекомендуется в качестве документа, подтверждающего соответствие заявителя требованиям п.4 ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях, прикладывать один или несколько следующих документов:

- выписка по банковскому счету заявителя, на котором имеется не менее пяти процентов от объема заявленных инвестиций;
- кредитный договор с банком, по которому банк обязуется предоставить заявителю денежные средства в сумме, эквивалентной пяти процентам от объема заявленных инвестиций.

## 2.2. Документы, предоставляемые лицами, подающими заявку о готовности к участию в конкурсе

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 24.02.2020 № Ф09-10204/19 по делу № А07-38627/2018	Создание и эксплуатация платного парковочного пространства в городе Уфа	Заявитель - Администрация городского округа город Уфа Ответчик – УФАС России по Республике Башкортостан
Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.08.2020 № Ф02-3431/2020 по делу № А33-38218/2019	Реконструкция и эксплуатация объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, расположенные на территории Имбекского сельсовета Партизанского района Красноярского края	Заявитель – ООО «Партизанская Строительная Компания» Ответчик – УФАС России по Красноярскому краю
Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.05.2020 № Ф07-1244/2020 по делу № А05-6706/2019	Создание и эксплуатация объектов централизованного теплоснабжения, расположенных на территории муниципального образования «Лешуконский муниципальный район» Архангельской области	Заявитель – ПАО «Территориальная генерирующая компания № 2» Ответчик – Администрация муниципального образования «Лешуконский муниципальный район»
Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.10.2020 № 17АП-9631/2020-АК по делу № А60-65144/2019 (обжалуется в АС Уральского округа)	Создание и (или) реконструкция и эксплуатация объектов теплоснабжения южной части города Полевского, сельских населенных пунктов Полевского городского округа	Заявитель - «Южный коммунальщик» Ответчик - Администрация Полевского городского округа

<sup>15</sup> См., например, Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 24.10.2019 по делу № А33-17677/2019.

В соответствии с ч.4.9 ст.37 Закона о концессиях лица, заинтересованные в заключении концессионного соглашения в отношении объектов, по которым принято решение о возможности заключения концессионного соглашения после получения ЧКИ, в течение 45 (сорока пяти) дней с момента размещения предложения о заключении концессионного соглашения вправе подать заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения. В этом случае заключение концессионного соглашения осуществляется на конкурсной основе. При этом **такие лица должны отвечать требованиям, предъявляемым Законом о концессиях к концессионеру, а также требованиям, предъявляемым ч.4.1 ст.37 Закона о концессиях** (в частности, требованиям из ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях).

Одновременно с этим, **в Законе о концессиях не установлено, должны ли такие лица предъявлять какие-либо документы, подтверждающие свое соответствие указанным выше требованиям.**

Позиция 1 (дела № A74-5235/2020, A07-38627/2018, A78-12607/2019, A33-38218/2019, A33-36880/2019, A33-1543/2020):

- заявками о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения соответствующие хозяйствующие субъекты подтверждают наличие определенного волеизъявления и соответствие требованиям, предъявляемым ч.4.1 ст.37 Закона о концессиях;
- Закон о концессиях предъявляет различные требования к лицу, выступающему с инициативой заключения концессионного соглашения, и лицам, подающим заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения при том, что обе указанные категории лиц должны отвечать требованиям ч.4.1 ст.37 Закона о концессиях;
- для лица, подающего заявку о готовности участия в конкурсе, требований о предоставлении подтверждающих документов Законом о концессиях не установлено, в том числе не предусмотрено утверждения Правительством либо иным федеральным органом какой-либо обязательной формы подачи заявления о готовности к участию в конкурсе и не установлено обязанности по приложению к подаваемому заявлению каких-либо подтверждающих документов.

Позиция 2 (дела № A05-6706/2019, A05-6710/2019, A43-42758/2019, A60-65144/2019):

- в соответствии с ч.4.7, 4.8 ст.37 Закона о концессиях только поступление заявок от иных лиц, отвечающих установленным законом критериям и представивших все предусмотренные данной нормой документы, будет являться основанием для проведения конкурса в соответствии с ч.4.9 ст.37 Закона о концессиях;
- стоит отметить, что в данных делах заявители не пытались обосновать изложенную выше позицию об отсутствии необходимости предоставления подтверждающих документов (позицию 1), в связи с чем данный вопрос отдельно не исследовался, при этом суды исходили из необходимости представления таких документов.

Стоит отметить оригинальную позицию суда в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 22.12.2020 № 02АП-7353/2020 по делу № А28-13034/2019: в решении конкурсной комиссии о несоответствии заявки лица о готовности к участию в конкурсе требованиям Закона о концессиях суд не нашел какого-либо публичного интереса в защите конкуренции, который мог бы защищаться антимонопольной службой, и отметил, что, во-первых, возможное нарушение решением комиссии прав отдельных лиц не доказывает наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства, во-вторых, стадия приема заявок иных лиц о возможности участия в конкурсе не является частью конкурса, а заключение концессионного соглашения – это участие органа местного самоуправления в гражданских правоотношениях.

### Рекомендации

Несмотря на появление довольно «либеральной» позиции о возможности непредоставления подтверждающих документов лицами, подающими заявку о готовности к участию в конкурсе, говорить о сформированной единобразной практике рано, в связи с чем таким лицам рекомендуется прикладывать к заявке полный комплект документов, подтверждающий их соответствие требованиям ч.4.1 ст.37 Закона о концессиях в соответствии с Постановлением № 300. Стоит отметить, что Законопроектом предусматривается изложение ч.4.11 ст.37 Закона о концессиях в новой редакции, согласно которой «Перечень документов, которые подтверждают соответствие лица, выступающего с инициативой заключения концессионного соглашения, а также иных лиц, представляющих заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, указанным в настоящей части требованиям, устанавливается Правительством Российской Федерации».

## **2.3. Размещение проекта концессионного соглашения в целях принятия заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 07.12.2020 № Ф02-5093/2020, Ф02-5319/2020 по делу № А33-34086/2019	Реконструкция и эксплуатация объектов водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод города Назарово	Заявитель – Администрация города Назарово Ответчик – УФАС России по Красноярскому краю
Решение Арбитражного суда Красноярского края от 29.09.2020 по делу № А33-15432/2020	Реконструкция, модернизация и эксплуатация объектов теплоснабжения, находящихся в с. Большие Ключи с. Красногояровка и с. Новокамала Рыбинского района Красноярского края	Заявитель - Администрация Рыбинского района Ответчик – УФАС по Красноярскому краю

В указанных выше делах **после принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения на предложенных инициатором проекта условиях администрации был размещен проект концессионного соглашения не в полном объеме либо без приложений к нему, в которых содержатся существенные условия концессионного соглашения, не указанные в проекте соглашения.** Судами были сделаны следующие выводы:

- законодатель не разделяет условия проекта концессионного соглашения на обязательные к опубликованию и необязательные к опубликованию: публикации подлежит проект концессионного соглашения на предложенных инвестором условиях в полном объеме в целях предоставить возможность оценить предложенные условия иными хозяйствующими субъектами;
- отсутствие обязательных условий концессионного соглашения ограничивает конкуренцию, поскольку не позволяет иным лицам, заинтересованным в заключении концессионного соглашения, принять обоснованное решение об участии в подаче заявок на заключение концессионного соглашения;
- размещение проекта концессионного соглашения, не содержащего существенных условий, приводит к созданию необоснованных преимущественных условий для инициатора проекта при заключении концессионного соглашения и ограничению конкуренции на право пользования муниципальным имуществом, доступа на соответствующие рынки иным хозяйствующим субъектам.



### **Рекомендации**

С учетом требований Закона о концессиях, антимонопольного законодательства и указанной выше судебной практики, рекомендуется публиковать проект концессионного соглашения на предложенных инвестором условиях в полном объеме (в том числе все приложения к нему).

## **3. СПОРЫ, СВЯЗАННЫЕ С КОНКУРСНЫМИ ПРОЦЕДУРАМИ**

Несмотря на рост интереса к ЧКИ, самым распространенным способом заключения концессионных соглашений остается заключение по результатам конкурса. В Законе о концессиях детально описан порядок проведения конкурса – возможные требования к участникам конкурса и критерии конкурса, а также перечень документов, предоставляемых участниками конкурса.

Вопрос о допустимости тех или иных требований к участникам конкурса, критерии конкурса был и продолжает оставаться актуальным, при этом в данной части активность проявляет в первую очередь антимонопольная служба. Стоит отметить, что в процессе обсуждения Законопроекта антимонопольным органом предлагалось закрепить закрытый перечень возможных требований к участникам конкурса, что вызывало негативную реакцию со стороны как участников рынка, так и некоторых профильных министерств.

Помимо споров, связанных с требованиями к участникам конкурса и критериями конкурса, в 2020 году судами и антимонопольной службой были рассмотрены менее «концептуальные» и более технические вопросы, связанные с различными условиями конкурсной документации.

### **3.1. Установление в качестве критерия конкурса критерия «Объем инвестиций» рассматривается как нарушение конкуренции**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение ФАС России от 23.10.2020 по делу № 04/10/18.1-163/2020	Создание, реконструкции, модернизация и эксплуатация объектов инфраструктуры международного аэропорта Благовещенск (Игнатьево)	Заявитель - ООО «КрасИнвест» Организатор торгов - Министерство транспорта и дорожного хозяйства Амурской области

Перечень возможных критериев конкурса содержится в ч.2 ст.24 Закона о концессиях. Согласно п.3 ч.2 ст.24 Закона о концессиях к таким критериям относятся технико-экономические показатели объекта концессионного соглашения. В силу ч.6 ст.24 Закона о концессиях использование критериев конкурса, не предусмотренных данной статьей, не допускается.

**По мнению ФАС России, такой критерий как «Объем инвестиций» не может быть критерием конкурсного отбора, а может являться условием концессионного соглашения в соответствии со ст. 10 Закона о концессиях.** В частности, «Объем инвестиций» не является технико-экономическим показателем объекта концессионного соглашения.

Стоит отметить, что такой подход соответствует сформированной ранее судебной практике о недопустимости установления критерия «Объем инвестиций» в качестве критерия конкурса<sup>16</sup>.



#### **Рекомендации**

В связи с негативной практикой ФАС России не рекомендуется устанавливать в качестве критерия конкурса критерий «Объем инвестиций».

### **3.2. Консолидация ресурсов нескольких компаний для участия в конкурсе не свидетельствует о нарушении антимонопольного законодательства**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение ФАС России от 23.10.2020 № 04/10/18.1-163/2020	Создание, реконструкции, модернизация и эксплуатация объектов инфраструктуры международного аэропорта Благовещенск (Игнатьево)	Заявитель - ООО «КрасИнвест» Организатор торгов - Министерство транспорта и дорожного хозяйства Амурской области

<sup>16</sup> Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.07.2018 № 15АП-9706/2018 по делу № А53-4215/2018.

Часто встречающейся в проектном финансировании (в том числе на рынке концессионных проектов) схемой взаимодействия частных лиц является объединение нескольких участников рынка (например, подрядчика и оператора либо нескольких подрядчиков) для совместного создания юридического лица с целью последующего участия в конкурсе и реализации проекта.

**В рассмотренном ФАС России деле, по мнению заявителя, участие ООО «АБС» в конкурсе было обеспечено за счет консолидации усилий и объединения ресурсов его учредителей** (ООО «Новапорт Холдинг» и АО УК «Аэропорты регионов»), являющихся конкурентами на рынке аэропортных активов, которые отказались от конкуренции и действовали координировано, **что противоречит ст.11 Закона о защите конкуренции** (запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов) и конкурсной документации.

ФАС России по результатам рассмотрения дела не выявил нарушений Закона о защите конкуренции. Также было отмечено, что «в конкурсной документации отсутствует запрет на консолидацию ресурсов нескольких компаний для принятия участия в конкурсе».



### Рекомендации

Консолидация ресурсов различных участников рынка в целях реализации концессионных проектов является общепризнанной российской и общемировой практикой. В приведенном решении ФАС России была подтверждена законность подобных действий.

### 3.3. Оценка по критериям конкурса не может основываться исключительно на субъективном мнении членов конкурсной комиссии

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение УФАС России по Воронежской области № 05-16/366 от 23.01.2020	Реконструкция и эксплуатация подземного пешеходного перехода, расположенного по адресу: г. Воронеж, пр-кт Московский	Заявитель - ООО Заявитель – ООО «АБП-Консалтинг» Организатор торгов - Управление имущественных и земельных отношений администрации городского округа город Воронеж
Решение ФАС России от 23.10.2020 по делу № 04/10/18.1-163/2020	Создание, реконструкции, модернизация и эксплуатация объектов инфраструктуры международного аэропорта Благовещенск (Игнатьево)	Заявитель – ООО «КрасИнвест» Организатор торгов - Министерство транспорта и дорожного хозяйства Амурской области

В соответствии с ч.2.2 ст.24 Закона о концессиях **в качестве критерия конкурса может устанавливаться качественная характеристика архитектурного, функционально-технологического, конструктивного или инженерно-технического решения для обеспечения создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения.**

Данный критерий конкурса был установлен, в частности, в следующих проектах:

- проект по созданию и эксплуатации объекта социального обслуживания в Москве – дом-интернат общего типа;
- проект по созданию и эксплуатации объекта по обращению с твердыми коммунальными отходами для муниципального образования «город Екатеринбург» и Екатеринбургской агломерации.

УФАС России по Воронежской области и ФАС России было отмечено, что оценка по данному критерию не может основываться исключительно на субъективном мнении членов конкурсной комиссии, поскольку это создает условия для необоснованного отклонения заявок участников и оценки поданных заявок только на основании субъективного мнения членов конкурсной комиссии.

Критерии оценки конкурсных предложений должны быть однозначными, администрируемыми и (или) количественно-измеряемыми, поскольку их наличие не только соответствует принципам открытости и прозрачности конкурсного отбора, но и направлено на поддержание конкуренции, нивелирование споров и разногласий участников и организатора конкурса при проведении конкурса.



### Рекомендации

В случае установления критерия конкурса «качественная характеристика архитектурного, функционально-технологического, конструктивного или инженерно-технического решения для обеспечения создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения» рекомендуется устанавливать в конкурсной документации порядок присвоения баллов по каждому из параметров данного критерия. При этом параметры оценки конкурсных предложений не должны основываться на субъективном мнении членов конкурсной комиссии.

### **3.4. Недопустимо установление в конкурсной документации единственного способа обеспечения обязательств по концессионному соглашению**

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение ФАС России от 13.01.2020 по делу № 04/10/18.1-176/2019	Создание и эксплуатация объектов наружного освещения, находящихся в собственности муниципального образования «Город Ижевск»	Заявитель - ООО «Смарт ЛайтСолюшнс» Организатор торгов - Администрация муниципального образования «Город Ижевск»

Согласно п.6.1 ч.1 ст.10 Закона о концессиях **концессионное соглашение должно включать в себя существенное условие о способах обеспечения исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению** (предоставление безотзывной банковской гарантии, передача концессионером концеденту в залог прав концессионера по договору банковского вклада (депозита), осуществление страхования риска ответственности концессионера за нарушение обязательств по концессионному соглашению), размеры предоставляемого обеспечения и срок, на который оно предоставляется.

По мнению ФАС России, недопустимо установление в конкурсной документации единственного способа обеспечения исполнения обязательств по концессионному соглашению, что является нарушением п.11 ч.1 ст.23 Закона о концессионных соглашениях.



### Рекомендации

С учетом позиции ФАС России, рекомендуется в конкурсной документации устанавливать в качестве способов обеспечения исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению все возможные способы обеспечения обязательств в соответствии с п.6.1 ч.1 ст.10 Закона о концессиях.

## 4. ПРАКТИКА ПО ФОРМИРОВАНИЮ УСЛОВИЙ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ

4.1. Необходимость соблюдения требований п.3 ч.2 ст.78 БК РФ (наличие решения бюджета и акта, регламентирующего предоставление субсидий) для выплаты Платы концедента

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 10.12.2020 № Ф10-4899/2020 по делу № А64-1993/2019	Модернизация и эксплуатация системы теплоснабжения, в г. Мичуринск, Тамбовская область	Истец – АО «ЦентрМетроКом-Энерго» Ответчики - управление городского хозяйства администрации города Мичуринска и муниципальное образование городской округ - город Мичуринск Тамбовской
Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 03.06.2020 по делу №А27-26932/2019	Создание, реконструкция и модернизация объектов водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, находящихся в муниципальной собственности Мысковского городского округа	Заявитель – ООО «Водоресурс» Ответчик - Комитет по управлению муниципальным имуществом Мысковского городского округа

Согласно ч.13 ст.3 Закона о концессиях концедент вправе принимать на себя часть расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и предоставлять концессионеру государственные или муниципальные гарантии в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации. С точки зрения бюджетного законодательства плата концедента выплачивается в форе субсидий (п.6 ст.78 БК РФ) или бюджетных инвестиций (п.5 ст.79 БК РФ).

Согласно п.2 ст.78 БК РФ **по общему правилу субсидии юридическим лицам предоставляются в случаях и порядке, предусмотренных законом/решением о бюджете и принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами** органов государственной власти/органов местного самоуправления (общие требования к таким актам определены в п.3 ст.78 БК РФ). **Данное правило, однако, не действует в отношении субсидий, указанных в п.6 ст.78 БК РФ, а именно: субсидий, предоставляемых в соответствии с условиями и сроками, предусмотренными, концессионными соглашениями**, заключенными в установленном законодательством порядке.

В деле № А27-26932/2019 суд пришел к следующим выводам:

- из буквального толкования пункта 3 части 2 статьи 78 БК РФ следует, что предоставление субсидии возможно только при наличии двух правовых актов (решения о бюджете и акта местной администрации, регламентирующего предоставление субсидий);
- концессионное соглашение не предусматривает порядок предоставления субсидий и бюджетных инвестиций;
- истец не представил доказательств исполнения обязательств по созданию, модернизации и реконструкции объектов в рамках концессионного соглашения.

Указание на необходимость соблюдения требований подп.2 п.3 ст.78 БК РФ также содержится в деле № А64-1993/2019. Представляется, что подобное толкование ст.78 БК РФ противоречит содержанию п.п.2, 6 ст.78 БК РФ, однако подобные решения могут быть обнаружены и в более ранней судебной практике<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Напр., Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.02.2016 № Ф04-28894/2015 по делу № А45-7720/2015, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.01.2016 № Ф04-29084/2015 по делу № А45-8307/2015: договорное оформление спорных правоотношений сторон, возлагающее на администрацию обязанность по возмещению части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения должно производиться с учетом соблюдения требований БК РФ, в частности: подп.3 п.2 ст. 78 БК РФ (по решению представительного органа муниципального образования о местном бюджете и принимаемым в соответствии с ним муниципальным правовым актом местной администрации).



## Рекомендации

Системное толкование положений п.п.2, 6, 9 ст.78 БК РФ позволяет сделать вывод о том, что условия и сроки предоставления субсидий устанавливаются в концессионном соглашении, при этом не требуется издания иных правовых актов (в т.ч. акта, регламентирующего предоставление субсидий). Иной подход противоречит логике бюджетного и концессионного законодательства: мы надеемся, что подобная негативная практика не станет в 2021 году общим трендом для судебной системы при рассмотрении подобных дел.

### 4.2. Возможность изменения концессионного соглашения в связи с изменением налогового законодательства

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

Одними из ключевых для частной стороны преимуществ концессионных соглашений являются закрепленные в Законе о концессиях механизмы обеспечения возврата вложенных концессионером денежных средств, в частности, гарантии прав концессионера (ст.20, 13 Закона о концессиях).

В 2020 году не было вынесено каких-либо прорывных решений, однако заслуживает внимания судебное решение, посвященное вопросу о возможности внесения изменений в соглашение вследствие изменения налогового законодательства.

Так, согласно ст.20 Закона о концессиях в случае увеличения совокупной налоговой нагрузки на концессионера или существенного ухудшения положения концессионера концедент обязан принять меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера и получение им валовой выручки (доходов) в объеме не менее объема, изначально определенного концессионным соглашением. В качестве таких мер концедент вправе увеличить размер платы концедента, срок концессионного соглашения и др. В свою очередь, согласно ст.13 Закона о концессиях и Постановлением Правительства РФ от 24.04.2014 № 368<sup>18</sup> такое изменение законодательства является одним из оснований для согласования антимонопольным органом изменения условий концессионного соглашения.

**Нередко концессионерами в качестве одного из источников финансирования создания объекта концессионного соглашения рассматриваются денежные средства, получаемые за счет вычета и последующего возмещения НДС: соответственно, изменение налогового законодательства в таком случае может оказать существенное влияние на экономику проекта и ухудшить положение концессионера.**

В деле № А56-108694/2019 концессионер не смог воспользоваться гарантиями прав концессионера в соответствии с законодательством (ст. 20 Закона о концессиях). Так, концессионер запросил увеличение бюджетного участия в концессионном проекте по созданию плавательного бассейна из-за изменений налогового законодательства, а именно: в связи с установлением запрета на возмещение налогоплательщиком сумм НДС с расходов, произведенных им за счет бюджетных инвестиций.

Однако суд отказал концессионеру, указав, что соглашением не предусмотрено финансирование объекта соглашения за счет средств, полученных в качестве возмещения НДС. Кроме того, в соглашении были определены пределы по объему бюджетного участия, а концедент не брал на себя риск неполучения возмещения НДС концессионером.

<sup>18</sup> Постановление Правительства РФ от 24.04.2014 № 368 «Об утверждении Правил предоставления антимонопольным органом согласия на изменение условий концессионного соглашения».



## Рекомендации

В случае, если планируется финансирование создания объекта концессионного соглашения за счет возмещения НДС, рекомендуется прямо указывать на это в тексте концессионного соглашения либо финансовой модели (приложении к соглашению). Также отметим, что зачастую изменение налоговых предпосылок (в том числе связанных с возмещением НДС) включается в текст концессионного соглашения в качестве особого обстоятельства.

### 4.3. Отсутствие у концедента источников финансирования как основание для расторжения концессионного соглашения в связи с существенным изменением

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25.06.2020 № Ф08-2727/2020 по делу № А53-6101/2018 (Определением Верховного Суда РФ от 21.10.2020 № 308-ЭС20-15695 отказано в передаче дела № А53-6101/2018 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного	Создание, реконструкция и эксплуатация трех проектов объектов водоснабжения: 1) «Комплекс Соколовского водохранилища. Реконструкция участка ОСВ «Водострой»; 2) «Реконструкция магистрального водовода г. Новошахтинска Ростовской области от участка «Водострой»; 3) «Реконструкция участков системы водоснабжения г. Новошахтинска Ростовской области»	Заявитель – ООО «Водные ресурсы» Ответчики - Администрации г. Новошахтинска и Красносулинского городского поселения

В рассматриваемом деле концеденты приняли на себя обязательство выплачивать плату концедента на основании концессионного соглашения, при этом **финансирование проекта концедентами планировалось осуществлять за счет средств Фонда содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства** (далее – «фонд»). Впоследствии предоставление фондом финансовой поддержки на модернизацию систем коммунальной инфраструктуры было приостановлено.

Концеденты при предъявлении встречного иска указали, что отсутствие у них источника финансирования является существенным изменением обстоятельств, из которых исходили стороны при заключении концессионного соглашения, на основании чего просили расторгнуть концессионное соглашение. Суд, удовлетворяя требования концедентов, отметил следующее:

- концеденты добросовестно исполняли обязательства по концессионному соглашению, однако в ходе его исполнения существенно изменились обстоятельства, из которых стороны исходили при его заключении, в частности: прекращено финансирование фондом;
- при исполнении соглашения финансирование со стороны концедентов стало невозможным, поскольку фонд прекратил финансирование;
- следовательно, изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота;
- стороны при заключении соглашения исходили из того, что источником финансирования является инвестор и фонд, средства областного бюджета не привлекаются.

Представляется, что такой подход может поставить под удар концессионные соглашения, в которых исполнение концедентом финансовых обязательств осуществляется не только за счет средств собственного бюджета концедента, но и иных источников: межбюджетных трансфертов, средств фондов и т.п.



## Рекомендации

С учетом приведенной выше позиции суда, в случае финансирования исполнения концедентом своих финансовых обязательств за счет иных, помимо собственного бюджета, источников (например, федеральных или региональных трансфертов, средств фондов), рекомендуется в тексте концессионного соглашения прямо перечислять такие источники и обуславливать возникновение у концессионера обязанностей по концессионному соглашению фактом подтверждения концедентом доступа к финансированию из соответствующих источников (иными словами, предусматривать этап второго финансового закрытия – для концедента).

### 4.4. Условия включения движимого имущества в состав объекта концессионного соглашения

РЕКВИЗИТЫ РЕШЕНИЯ	ОПИСАНИЕ ПРОЕКТА	СТОРОНЫ СПОРА
Решение Арбитражного суда Республики Алтай от 29.05.2020 по делу № А02-2338/2019	Реконструкция, модернизация и эксплуатация объектов, на которых осуществляется обработка, утилизация, обезвреживание и размещение твердых коммунальных отходов МО «Майминский район»	Заявитель – Заместитель прокурора Республики Алтай Ответчики - Администрация МО «Майминский район», ООО «Коммунальщик»

Согласно ч.1 ст.3 Закона о концессиях условием включения движимого имущества в состав объекта концессионного соглашения является наличие **технологической связи между недвижимым и движимым имуществом в составе объекта соглашения и их предназначение для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.**

В рассмотренном судом деле **концессионное соглашение признано недействительным в части передачи технологического оборудования, входящего в состав административно-бытового корпуса (стол, кресло, сейф, шкаф и т.п.).**

Так, судом было указано, что движимое имущество, находящееся в административно-бытовом корпусе, технологически и функционально не связано с осуществлением концессионером предусмотренной концессионным соглашением деятельности по обработке, накоплению, утилизации, обезвреживанию, размещению твердых коммунальных отходов. Учитывая, что объекты движимого имущества с осуществлением указанной деятельности не связаны, реконструкция и модернизация этого имущества не проводится, при этом передача имущества нарушает требования действующего законодательства и публичные интересы, суд удовлетворил заявленные требования.



## Рекомендации

Рекомендуется учитывать позицию суда при включении в концессионное соглашение условий о передаче концессионеру движимого имущества в составе объекта концессионного соглашения, а именно: обосновывать в соглашении связь (функциональную, технологическую) движимого имущества с недвижимым имуществом в составе объекта, а также необходимость его передачи для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением. Кроме того, в отношении такого движимого имущества должны быть предусмотрены мероприятия по его реконструкции по смыслу ч.3 ст.3 Закона о концессиях (модернизация, замена и пр.).

## КРАТКИЕ ВЫВОДЫ

2020 год не отметиля какими-либо прорывными, знаковыми решениями, однако еще раз напомнил об уже существующих проблемах (разграничение госзакупок и концессий, перечень возможных требований к участникам конкурса и критериев конкурса), а также подсветил бурно растущий сегмент рынка концессионных проектов (частная концессионная инициатива). На наш взгляд, активный процесс формирования судебной и антимонопольной практики будет продолжаться и дальше. Мы ожидаем, что принятие Законопроекта ответит на ряд актуальных для участников рынка вопросов, однако также неизбежно приведет к возникновению новых споров.

## Об авторах исследования



### Денис КАЧКИН

Адвокат

Управляющий партнер

Руководитель практики по инфраструктуре и ГЧП

Заведующий базовой кафедрой юридического факультета  
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

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 АБ «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 IPZ 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. Можно отметить такие проекты, как:

Среди клиентов Дениса: Газпромбанк, НПФ «Благосостояние», «Pola Груп», Johnson & Johnson, Группа «ВИС», «ПЭТ-Технолоджи», Корпорация развития Северного Кавказа, Корпорация развития Республики Башкортостан, ГМЗ «Петергоф», Министерство экономического развития РФ, Комитет по инвестициям Санкт-Петербурга, Комитет экономического развития и инвестиционной деятельности Ленинградской области, Министерство развития промышленности и предпринимательства Мурманской области, Министерство экономики и торговли Республики Калмыкия, Администрация Псковской области, Агентство инвестиционного развития Республики Татарстан, а также иные органы власти и институты развития регионов.

Уровень юридической экспертизы АБ «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 (Chambers Europe 2012-2020; The Legal 500 EMEA 2012-2020; Best Lawyers 2011-2020; IFLR1000 2015-2020). В 2019 году Бюро включено в шортлист престижной премии для юристов Chambers Russia Awards 2019 в категории «Юридическая фирма года в сфере ГЧП».

Денис Качкин неоднократно был признан «Юристом года в сфере проектного финансирования» по версии рейтинга Best Lawyers (2014, 2019), также Денис был отмечен в личном рейтинге юристов IFLR1000 в сфере проектного финансирования (2019, 2020) и в индивидуальном рейтинге юристов TheLegal 500 EMEA в сфере ГЧП (2019, 2020).

Практика по инфраструктуре и ГЧП заняла высшие позиции рейтинга «Право.RU-300» в 2017-2020 годах. Также Денис Качкин включен в личный рейтинг «Право.RU-300» по России.

По итогам рейтинга «Лидеры рынка юридических услуг» издательского дома «Коммерсантъ» в 2020 году АБ «Качкин и Партнеры» включено в топ-5 ведущих российских консультантов в сфере государственно-частного партнерства, Денис Качкин на протяжении нескольких лет уверенно занимает ведущие позиции в списке ключевых экспертов индивидуального рейтинга по ГЧП. Также в 2020 году Денис стал одним из победителей рейтинга наиболее успешных петербургских руководителей «Топ-менеджеры года» по версии «Коммерсантъ».

В 2019 году Денис Качкин был удостоен профессиональным сообществом титула «Корифей» согласно рейтингу газеты «Деловой Петербург».

Денис является активным участником ведущих российских инициатив в сфере ГЧП: НП «Центр развития ГЧП» (член экспертного совета), рабочая группа по разработке Федерального закона о ГЧП при Министерстве экономического развития РФ (до июля 2015 г.), Комитет ТПП РФ по государственно-частному партнерству, рабочая группа по ГЧП при АНО «Стратегическое партнерство по экономическому и социальному развитию Северо-Западного федерального округа». Кроме того, Денис является руководителем рабочей группы по вопросам реализации проектов ГЧП в сфере городского и пригородного общественного транспорта при «Инфраструктурном клубе», а также членом экспертного совета по развитию государственно-частного партнерства при Министерстве экономического развития РФ. Денис активно участвует в неформальном клубе профессионалов рынка инфраструктурных проектов «Инфраструктурный Клуб» (InfraClub).

Денис регулярно выступает на профессиональных конференциях и деловых мероприятиях по приглашению российских СМИ, НКО и отраслевых ассоциаций, является автором многих статей, опубликованных в специализированных российских изданиях, а также участвует в образовательных программах вузов как приглашенный лектор по специализации: ГЧП/инфраструктурные проекты (МГИМО, СПбГУ, Санкт-Петербургский государственный политехнический университет, РАНХиГС, Финансовая академия).

Член Международной ассоциации юристов (IBA) с 2011 года. В 2016 году Денис был назначен офицером Комитета по банковскому праву IBA. Комитет объединяет профессиональных юристов со всего мира, специализирующихся по вопросам регулирования в сфере рынков банковского регулирования, финанс и инвестиций. В рамках своей должности Денис осуществляет руководство подкомитетом проектного финансирования.

Свободно владеет английским языком.



## Роман ДУДНИКОВ

Адвокат  
Юрист практики по инфраструктуре и ГЧП

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

Роман окончил магистратуру Санкт-Петербургского государственного университета по направлению «Правовое регулирование природопользования», имеет статус адвоката.

До начала деятельности в адвокатском бюро «Качкин и Партнеры» он получил значительный профессиональный опыт работы в одной из крупнейших российских строительных компаний, а также в ряде консалтинговых компаний.

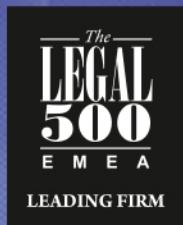
Специализацией Романа является сфера государственно-частного партнерства, в частности, структурирование проектов государственно-частного партнерства, разработка схем финансирования, подготовка документации для подачи частной концессионной инициативы, выявление связанных с проектами в сфере государственно-частного партнерства рисков и рекомендаций по их минимизации, разрешение различных правовых вопросов, возникающих при реализации инфраструктурных проектов.

Роман принимал участие в сопровождении ряда крупных проектов в сфере государственно-частного партнерства, реализуемых как на федеральном, так и на региональном и муниципальном уровнях, а также участвовал в подготовке проектов изменений в ключевые нормативные документы в сфере законодательства о концессионных соглашениях.

Роман является автором публикаций в СМИ и профессиональных изданиях.

Роман владеет английским языком.

Безусловно высокое качество экспертизы



Качкин и Партнеры

адвокатское бюро

Россия, 191014, Санкт-Петербург  
Бизнес-центр "Орлов", Парадная ул., д. 7 офис 22  
тел.: +7 (812) 602 0225 факс: +7 (812) 602 0226 e-mail: info@kachkin.ru [www.kachkin.ru](http://www.kachkin.ru)