

Информация для клиентов

ГЧП-проекты с полным возмещением расходов инвестора

Арбитражным судом г. Москвы и Девятым арбитражным апелляционным судом было рассмотрено дело, прецедентное для рынка проектов в области инфраструктурных государственно-частных партнерств («ГЧП»), касающееся возможности компенсации инвестору всех понесенных затрат на проект за счет выплат из бюджета¹. Выводы, сделанные судами, указали на пробелы законодательства в этой сфере и противоречия в судебной практике, поставив под угрозу возможность реализации ГЧП-проектов, структурированных по схожим моделям, и побудили законодателя начать подготовку соответствующих изменений в законодательство.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

Федеральная антимонопольная служба России («ФАС») вынесла предписание об аннулировании конкурса на строительство автодороги в Башкортостане по модели концессии, в том числе в связи с тем, что конкурсная документация предусматривала возмещение всех затрат концессионера на создание и эксплуатацию объекта полностью за счет средств регионального бюджета. ООО «Башкирдорстрой», победившее в конкурсе, и Госкомитет Башкортостана по транспорту оспорили предписание ФАС об аннулировании конкурса в суде.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

С 2012 г. Закон о концессионных соглашениях², наряду с возможностью принятия концедентом на себя части расходов на создание, реконструкцию, использование (эксплуатацию) объекта соглашения (так называемый «капитальный грант»), предусматривает такой инструмент, как «плата концедента». С учетом отсутствия в законе легального определения платы концедента и ее подробного регулирования многие связанные с ней вопросы (к примеру, вопрос порядка и сроков ее выплаты; вопрос ее соотношения с капитальным грантом) остаются должным образом не разрешенными и могут порождать споры на практике. Анализируемое в настоящем обзоре дело наглядно демонстрирует данную проблему.

¹ Федеральный закон от 05 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

² Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

Кроме того, закон также не регулирует напрямую вопрос о возможности при заключении концессионного соглашения требовать от инвестора наличия опыта финансирования, и не устанавливает обязанности предоставить банковскую гарантию в качестве обеспечения заключения такого соглашения.

ПОЗИЦИИ СУДОВ

Арбитражный суд г. Москвы³ («АСГМ») отказал в удовлетворении требований заявителей о признании недействительным предписания ФАС об аннулировании конкурса, а также о признании незаконным решения ФАС касательно отдельных условий конкурсной документации. Девятый арбитражный апелляционный суд⁴ («9 ААС») отменил решение суда первой инстанции и удовлетворил требования заявителей, признав таким образом возможность полной компенсации затрат инвестора на создание объекта за счет бюджетных средств в ходе реализации ГЧП-проектов⁵. Ниже приводятся аргументы судов по основным вопросам, затрагиваемым в указанном деле.

Рассматриваемый вопрос	Позиция АСГМ	Позиция 9 ААС
Финансирование объекта концессии полностью за счет бюджета	<ul style="list-style-type: none"> • Не допускается по Закону о концессиях. • При заключении концессионного соглашения должна проводиться закупка в соответствии с Законом о контрактной системе. • Полная компенсация расходов частного инвестора исключается 	<ul style="list-style-type: none"> • Возможно, но только с использованием разных инструментов финансирования: капитального гранта и платы концедента. • Капитальный грант и плата концедента имеют разную правовую природу: Закон о концессиях запрещает полное покрытие расходов концессионера на создание объекта исключительно за счет капитального гранта, при этом за счет платы концедента возможно возместить оставшуюся часть расходов. • Плата концедента, в отличие от капитального гранта, не носит целевого характера и

³ См. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 08 июня 2017 г. по делу № А40-23141/17.

⁴ См. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04 сентября 2017 г. по делу № А40-23141/17.

⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда может быть обжаловано в кассационном порядке.

	применительно к иным формам ГЧП (инвестиционный договор, соглашение о ГЧП и т.д.).	может быть использована не только в целях возмещения расходов на создание объекта.
Требование наличия опыта финансирования	<ul style="list-style-type: none"> Нельзя установить, т.к. приводит к необоснованному ограничению круга претендентов на участие в конкурсе. 	<ul style="list-style-type: none"> Можно установить, т.к. такое требование является требованием к квалификации концессионера, наряду с требованием о наличии опыта строительства, и преследует цель выявить на более ранних этапах риск неисполнения концессионером соглашения.
Возможность обеспечить заключение соглашения банковской гарантией	<ul style="list-style-type: none"> Противоречит Закону о концессиях, предусматривающему задаток в качестве обеспечения заключения соглашения. 	<ul style="list-style-type: none"> Закон о концессиях не запрещает использование дополнительных к задатку способов обеспечения заключения концессии. Использование гарантии менее обременительно, т.к. в случае с задатком средства участника конкурса долговременно удерживаются его организатором.

ПОПЫТКИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ

В целях минимизации риска оспаривания ГЧП-проектов с полным покрытием расходов инвестора из соответствующего бюджета законодателем было принято решение о реформировании текущего регулирования.

ФАС подготовила законопроект, по которому полная компенсация затрат инвестора концедентом возможна только после завершения строительства и ввода объекта в эксплуатацию, но в любом случае не ранее 5 лет с момента заключения концессионного соглашения, причем данное правило не распространяется на уже заключенные концессии⁶.

Таким образом, при структурировании ГЧП-проектов с использованием модели полного возмещения расходов инвестора за счет бюджета мы рекомендуем принимать во внимание указанные позиции судов о разграничении капитального гранта и платы концедента, в том

⁶ Текст законопроекта пока официально не опубликован. См. подробнее: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=50857>

числе более точно определять в соглашении функционал указанных видов денежных выплат концедента в пользу концессионера.

* * *

Мы будем рады ответить на любые Ваши вопросы по данной тематике.

МОСКВА

Алена Кучер
ankucher@debevoise.com

Вадим Коломников
vgkolomnikov@debevoise.com

Роман Садовский
rlsadovsky@debevoise.com