

**Межпарламентская Ассамблея государств – участников
Содружества Независимых Государств**

**КОММЕНТАРИЙ
к модельному закону
«О публично-частном партнерстве»**

Настоящий Комментарий к модельному закону для государств – участников Содружества Независимых Государств «О публично-частном партнерстве» (далее – Модельный закон) подготовлен с целью содействия имплементации принципов и отдельных положений Модельного закона для развития национального законодательства государств-участников в сфере публично-частного партнерства (далее – ПЧП), в том числе для разъяснения основных концепций и положений Модельного закона, а также практических аспектов их применения.

Настоящий Комментарий разработан на основе передового международного опыта развития законодательства в сфере ПЧП, а также подготовки и реализации проектов ПЧП с учетом региональной специфики стран СНГ.

Раздел I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. КРАТКИЙ ОБЗОР ПРАКТИКИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В ГОСУДАРСТВАХ – УЧАСТНИКАХ СНГ

Статья 1. Краткий обзор практики реализации проектов публично-частного партнерства в России

1. Развитие института публично-частного партнерства в Российской Федерации

Развитие института ПЧП в России началось с принятием в 2005 г. Федерального закона «О концессионных соглашениях»¹ (далее – Закон РФ о концессионных соглашениях), когда на федеральном уровне была создана нормативно-правовая база, позволяющая реализовывать проекты на основе концессионных соглашений. В результате принятия этого Закона был инициирован ряд крупных федеральных проектов, в том числе:

- проект строительства и эксплуатации первого участка скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург (км 15 – км 58);
- проект строительства и эксплуатации нового выхода на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М1 «Беларусь» Москва – Минск.

¹ Федеральный закон от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

Следует отметить, что в первые несколько лет с момента принятия Закона РФ о концессионных соглашениях данный механизм практически не был востребован, количество инициированных и вступивших в стадию реализации проектов было крайне незначительным. Кроме того, единичные успешные проекты, достигшие коммерческого и финансового закрытия, реализовывались, во-первых, на федеральном уровне, а во-вторых, с весьма большой финансовой поддержкой Российской Федерации, отсутствие которой повлекло бы невозможность привлечения частных инвесторов к реализации данных проектов.

Иными словами, механизм концессионных соглашений в первое время не обеспечивал привлекательность проектов для инвесторов и финансирующих организаций. Это было связано в том числе с недостатками первых редакций Закона РФ о концессионных соглашениях (подробно описаны в Приложении 1 к настоящему Комментарию).

В отсутствие надлежащей нормативно-правовой базы ПЧП на федеральном уровне стало активно развиваться законодательство субъектов Российской Федерации в сфере ПЧП. Первый региональный закон был принят в Санкт-Петербурге в 2006 году, он установил возможность реализации проектов на основе неконцессионных моделей путем заключения и исполнения соглашений о государственно-частном партнерстве (далее – ГЧП)². Если концессионный механизм предусматривал возможность применения только одной модели, основанной на праве собственности публичного субъекта на объект концессионного соглашения, то проекты, реализуемые на основе соглашений о ГЧП, могли быть структурированы на основе различных моделей, предусматривающих право частной собственности на объект соглашения о ГЧП. Кроме того, законодательство субъектов Российской Федерации в сфере ГЧП изначально рассматривалось как альтернатива Закону РФ о концессионных соглашениях, в связи с чем основной целью соответствующих нормативных правовых актов было устранение тех недостатков и ограничений, которые были присущи Закону РФ о концессионных соглашениях. Таким образом, закон Санкт-Петербурга о ГЧП, а позднее и некоторых других субъектов, позволяли структурировать проекты ПЧП более гибко, учитывая их особенности, а значит риски и интересы инвесторов.

В результате развития регионального законодательства в сфере ГЧП были подготовлены и запущены проекты ПЧП на основе соглашений о государственно-частном партнерстве в соответствии с законодательством субъектов Российской Федерации. Лидером в этой сфере стал Санкт-Петербург, где на основании регионального законодательства было запущено ряд крупных проектов, в том числе:

- проект реконструкции и эксплуатации аэропорта Пулково;
- проект строительства и эксплуатации на платной основе автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр»;
- проект строительства и эксплуатации завода по переработке твердых бытовых отходов в Левашово.

² Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 года № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах».

К настоящему времени в большинстве субъектов Российской Федерации приняты региональные законы о государственно-частном партнерстве. Однако массовой практики применения регионального законодательства в сфере ПЧП в большинстве субъектов Российской Федерации нет, в том числе в связи с высокими правовыми рисками при отсутствии надлежащего правового регулирования на федеральном уровне.

Большие правовые риски применения регионального законодательства в сфере ГЧП и невозможность активного применения Закона РФ о концессионных соглашениях повлекло ускоренное развитие нормативно-правовой базы в сфере ПЧП в двух направлениях.

Во-первых, в 2012–2014 годах был существенно усовершенствован Закон РФ о концессионных соглашениях. Большая часть имевших место недостатков была устранена поправками, принятыми в 2014 году. Указанные поправки прежде всего расширили сферу применения концессионной модели за счет возможности установления платы концедента (т. е. вознаграждения в адрес частного партнера – концессионера), обеспечивающей возмещение инвестиционных и эксплуатационных расходов концессионера за счет концедента в течение срока действия концессионного соглашения (в 2012 году – для автодорожных проектов, в 2014 году – для всех остальных объектов), что позволило обеспечить инвестиционную привлекательность тех проектов, где отсутствует внешний источник дохода или доход от такого источника недостаточен. Также были внесены изменения, обеспечивающие определенный комфорт для финансирующих организаций (права на вмешательство и т. д.).

Поправки внесло в сферу концессионных соглашений также появление ряда новых институтов, например механизма частной инициативы (что поможет заинтересованным инвесторам самостоятельно предлагать государству проекты для реализации), в множественность лиц на стороне концедента (что должно упростить осуществление межрегиональных и межмуниципальных проектов, в которых концедентами будут являться одновременно несколько публичных субъектов). Более того, со вступлением в силу указанных поправок стали возможными заключение концессионных соглашений в отношении сразу нескольких объектов, выкуп объекта концессионного соглашения после окончания срока его действия, а также были сняты ограничения на установление платы концедента. Были внесены и другие поправки, в совокупности обеспечивающие приемлемость и привлекательность концессионного механизма для различных проектов. В результате к 2015 году механизм концессионных соглашений стал в целом приемлемым и удобным инструментом для большого количества проектов в различных отраслях.

Во-вторых, в 2012 году параллельно с внесением изменений в Закон РФ о концессионных соглашениях началась разработка федерального закона о ГЧП. Первый проект этого закона был внесен на рассмотрение Государственной Думы в марте 2013 года и прошел первое чтение 26 апреля 2013 года. В течение более двух лет после этого проект дорабатывался и в практически полностью измененном виде 1 июля 2015 года все же был принят Государственной Думой в третьем чтении. Президент Российской Федерации подписал Федеральный

закон № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон РФ о ГЧП) 13 июля 2015 года.

Наиболее важным последствием принятия Закона РФ о ГЧП является закрепление на уровне федерального законодательства возможности более гибкого структурирования проектов ГЧП на основании различных моделей (помимо концессионных соглашений, которые урегулированы Законом РФ о концессионных соглашениях и на которые Закон РФ о ГЧП не распространяет свое действие). До принятия Закона РФ о ГЧП заключение соглашений о ГЧП было возможно лишь в рамках региональных законов об участии в ГЧП. При этом качество многих региональных законов оставляло желать лучшего, а также существовали риски их противоречия федеральному законодательству.

Безусловно, принятие Закона РФ о ГЧП – это большой шаг вперед для российского рынка ПЧП. Однако указанный закон не лишен определенных недостатков (например, чрезмерно длительные сроки процедуры подачи частных предложений, закрытый перечень объектов ПЧП, жесткие требования к процедуре оценки проектов ПЧП, отсутствие аналога платы концедента, ограничения участия в проектах в качестве частного партнера иностранных юридических лиц и компаний, находящихся под контролем государства).

Основные положения Закона РФ о ГЧП вступают в силу с 1 января 2016 года. В настоящее время ведется разработка подзаконной нормативно-правовой базы, необходимой для реализации отдельных положений указанного закона.

2. Текущая практика реализации проектов ПЧП в России

Активное и в целом успешное развитие института ПЧП в России подтверждается текущей практикой реализации конкретных проектов. В последние несколько лет было запущено большое количество проектов как на федеральном, так и на региональном уровне. Традиционно особенно активно механизмы ПЧП применяются в автодорожной сфере: так, государственная компания «Российские автомобильные дороги» (далее – ГК «Автодор») организовала конкурсы на право строительства и эксплуатации третьего, четвертого и пятого пусковых комплексов ЦКАД (Центральная кольцевая автодорога Московской области), а также новых участков автодорог М3 «Украина» и М11 «Москва – Санкт-Петербург». При этом 28 ноября 2014 года был открыт первый участок (км 258 – км 334) автомагистрали М11 в обход Вышнего Волочка, созданный и эксплуатируемый на основе механизмов ПЧП.

Указанные выше проекты в автодорожной сфере реализуются на основании либо концессионных соглашений, либо долгосрочных инвестиционных соглашений (далее – ДИС), применяемых ГК «Автодор» на основе правил закупок государственной компании в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». При этом публичным партнером в указанных проектах выступает ГК «Автодор»: либо в роли концедента по Закону РФ о концессионных соглашениях, либо в роли заказчика по ДИС.

Кроме того, после принятия упомянутых выше поправок механизм концессионных соглашений стал активно применяться на региональном и муниципальном уровне. Так, в 2013 году вступил в стадию реализации первый региональный концессионный проект строительства и эксплуатации на платной основе мостовых переходов через реки Кама и Буй у города Камбарка на автомобильной дороге Ижевск – Сарапул – Камбарка – граница Республики Башкортостан в Удмуртской Республике. В 2014 году было инициировано, а также вступило в стадию реализации огромное количество муниципальных и региональных проектов в сфере ЖКХ. Помимо автодорожных проектов, в 2014 и 2015 годах были запущены десятки проектов ПЧП в регионах Российской Федерации в таких сферах, как здравоохранение и медицина, жилищно-коммунальное обслуживание, социальная инфраструктура.

В частности, 4 марта 2015 года были подписаны концессионные соглашения о создании и эксплуатации онкорadiологических диспансеров в Балашихе и Подольске в Московской области. Указанные проекты – одни из первых крупных российских концессий в сфере медицины. Концедентом по ним выступила Московская область. Предполагается, что концессионеры по проектам осуществят создание двух современных онкорadiологических диспансеров в Московской области полностью за счет собственного и привлеченного финансирования (совокупным размером около 4 млрд руб.). При этом окупаемость проекта будет достигнута путем оказания услуг населению и получения платежей из территориального фонда обязательного медицинского страхования Московской области. Концедент также предоставил концессионеру гарантии того, что в случае недостаточного потока пациентов и в ряде иных случаев, при которых проект перестанет окупаться, расходы и неполученные доходы концессионера будут компенсированы за счет прямого субсидирования от государства.

Также в 2014–2015 годах в ряде субъектов Российской Федерации были инициированы конкурсные процедуры в рамках Закона РФ о концессионных соглашениях в целях отбора частного партнера для создания единых систем обращения (сбора, вывоза, захоронения, утилизации, переработки) с отходами производства и потребления на основании концессионных соглашений. Это связано, в том числе, с поправками в законодательство о твердых коммунальных отходах, принятых 29 декабря 2014 года Федеральным законом № 458-ФЗ³, в соответствии с которыми в каждом субъекте Российской Федерации предполагается создание единой системы обращения с отходами, эксплуатация которой будет осуществляться одним региональным оператором и привлекаемыми им лицами.

В целом, по различным оценкам, в настоящее время в России идет реализация нескольких сот проектов ПЧП. Следует признать, что российский рынок ПЧП является наиболее развитым по сравнению с иными государствами –

³ Федеральный закон от 29 декабря 2014 года № 458-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об отходах производства и потребления”, отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации».

участниками СНГ: в Российской Федерации были реализованы наиболее крупные проекты ПЧП в различных отраслях. Более подробный обзор практики реализации проектов ПЧП в России приведен в Приложении 1 к настоящему Комментарию. Вместе с тем, активное развитие механизмов ПЧП имеет место и в других странах Содружества.

Статья 2. Обзор практики реализации проектов публично-частного партнерства в иных государствах – участниках СНГ

1. Азербайджанская Республика, Республика Армения, Кыргызская Республика

Согласно общедоступным источникам, в указанных государствах – участниках СНГ отсутствуют примеры проектов, которые в полной мере можно было бы назвать проектами ПЧП (то есть проектов, основанных на «классических» принципах ПЧП, в частности на разделении рисков публичной и частной стороны). Более того, в Азербайджане и Армении отсутствует какое-либо законодательство о ПЧП (включая специальное законодательство о концессионных соглашениях). Как следствие, отсутствуют проекты, структурированные на базе международно признанных принципов ПЧП. Несмотря на то что некоторые из инвестиционных проектов, реализуемых в указанных государствах – участниках СНГ, формально именуется (либо представителями органов власти таких государств-участников, либо представителями прессы) проектами ПЧП, однако фактически ими не являются, так как представляют собой иные правовые конструкции, например государственный заказ на оказание услуг либо аренду.

Тем не менее следует отметить, что в указанных государствах-участниках ведется широкая полемика по вопросам ПЧП и в будущем планируются к реализации проекты ПЧП (подробнее см. Приложение 2 к настоящему Комментарию).

2. Республика Беларусь

В Беларуси до недавнего времени также отсутствовало законодательство о ПЧП. Однако в 2014–2015 годах отмечалось активное развитие законодательства в сфере ПЧП. Так, 26 января 2014 года вступил в силу Закон Республики Беларусь «О концессиях», а 30 декабря 2015 года был принят Закон Республики Беларусь «О государственно-частном партнерстве» (вступает в силу 2 июля 2016 года), в который были имплементированы и некоторые нормы Модельного закона.

Важно также отметить и активное институциональное развитие ПЧП в Беларуси. В конце 2015 года завершена реализация программы технической помощи ЕС/ПРООН «Укрепление национального потенциала в области применения механизмов государственно-частного партнерства в Республике Беларусь». Советом Министров Республики Беларусь в целях координации вопросов долгосрочного развития инфраструктурных объектов, в том числе на принципах государственно-частного партнерства, создан Межведомственный инфраструктурный координационный совет, являющийся постоянно действующим коллегиальным органом. В структуре Научно-исследовательского экономического института Министерства экономики Республики Беларусь создано

специализированное структурное подразделение – Центр государственно-частного партнерства, который оказывает консультационную и методологическую поддержку органам государственного управления в реализации инфраструктурных проектов, занимается продвижением ГЧП в Республике Беларусь, а также взаимодействует с Межведомственным инфраструктурным координационным советом по вопросам стратегии развития ГЧП и формирования Национального инфраструктурного плана на 2016–2030 годы.

В настоящее время также инициирована подготовка ряда пилотных проектов ПЧП, в том числе с участием международных институтов развития (см. Приложение 2).

3. Республика Казахстан

Следует отметить, что Республику Казахстан отличает более высокий уровень развития ПЧП по сравнению с большинством иных государств – участников СНГ. Принята и активно совершенствуется нормативно-правовая база в сфере ПЧП, реализуются проекты в различных сферах.

Среди осуществляемых в Казахстане проектов ПЧП можно отметить следующие:

- строительство и эксплуатация железнодорожной линии Станция Шар – Усть-Каменогорск;
- строительство межрегиональной линии электропередач Северный Казахстан – Актюбинская область;
- строительство пассажирского терминала в аэропорте города Актау;
- строительство газотурбинной электростанции в городе Кандыгагаш Актюбинской области;
- строительство железнодорожного участка Ералиево – Курык;
- строительство и эксплуатация комплекса детских садов в городе Караганде.

По имеющейся у нас информации, финансовое закрытие состоялось по первым трем указанным проектам. Они были реализованы на основе концессионной схемы (по схеме ВТО: «build – transfer – operate»⁴). Согласно общедоступным источникам, сроки, на которые заключены концессионные соглашения по указанным проектам, составляют от 17 до 30 лет.

Также в настоящее время в Казахстане ведется подготовка ряда крупнейших проектов ПЧП в регионе, в том числе:

- проекта строительства и эксплуатации Большой алматинской кольцевой автомобильной дороги (БАКАД);
- проекта расширения Актауского международного морского торгового порта в северном направлении;
- проект реконструкции и эксплуатации автомобильного участка Астана – Темиртау.

4. Республика Молдова

Согласно общедоступным источникам, в Республике Молдова в настоящее время запущены следующие проекты на основе ПЧП (в частности концес-

⁴ Англ.: «строительство – передача в собственность – эксплуатация».

сии):

- проект Радиологического центра при Республиканской клинической больнице;
- проект расширения и эксплуатации Международного аэропорта Кишинева.

Также в Молдове планируется реализация проектов развития Бельцкого международного аэропорта и ряд иных крупных проектов.

5. Республика Таджикистан

В открытых источниках доступна информация лишь об одном проекте ПЧП в Республике Таджикистан: компании «Памир Энерджи» по строительству частной ГЭС на Памире на основании концессионного соглашения и гарантированного обеспечения электроэнергией населения области. Указанный проект был инициирован совместно Правительством Республики Таджикистан, Фондом Ага Хана по экономическому развитию (AKFED), Международной финансовой корпорацией (IFC) и Швейцарским агентством по международному развитию. Концессионное соглашение было подписано в 1997 году, еще до принятия в Таджикистане какой-либо нормативно-правовой базы в сфере ПЧП.

6. Украина

По информации Министерства экономического развития и торговли Украины⁵, по состоянию на конец 2014 года на основах ПЧП осуществляются 243 проекта (210 договоров концессии, 33 договора о совместной деятельности). Проекты реализуются в таких сферах, как:

- переработка бытовых отходов (116 проектов или 47,7% от заключенных соглашений);
- водоснабжение и водоотведение (79 проектов или 32,5% от всех заключенных соглашений);
- транспортные проекты (в основном дорожное строительство в небольших населенных пунктах) (17 проектов или 7% от всех заключенных соглашений);
- теплоснабжение (7 проектов или 3% от всех заключенных соглашений);
- электроэнергетика (в основном нетрадиционные источники энергии) (5 проектов или 2,1% от заключенных соглашений);
- другие (туризм, управление недвижимостью, оросительные системы) (около 7%).

В основном все проекты ПЧП (концессионные⁷) реализовывались в отношении объектов коммунальной собственности. Лишь семь договоров концессии и 15 договоров о совместной деятельности заключены по отношению к объектам, находящимся в государственной собственности. Среди этих объектов

⁵ Официальный сайт Министерства экономического развития и торговли Украины <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=fc354c59-cb8f-4660-b7d5-1acdf35f0ab7&title=InformatsiiaSchodoStanuZdiisnenniaDerzhavnoprivatnogoPartnerstva>

⁶ Практически все эти проекты заключены с одним частным партнером и предусматривают деятельность по сбору бытовых отходов в небольших населенных пунктах.

⁷ В Украине по процедурам Закона «О государственно-частном партнерстве», вступившем в действие в октябре 2010 года, был реализован лишь один небольшой проект в сфере теплоснабжения (г. Малин Житомирской области, стоимость проекта – 270 тыс. долл. США).

два угледобывающих предприятия (Свердловскантрацит и Ровенькиантрацит), одно – по производству электрической и тепловой энергии (Теплоэлектроцентраль-2 «Эсхар»), две ветроэлектростанции (Новоазовская и Сивашская), два туристических объекта (замки в Львовской области). Несколько из этих проектов на сегодня приостановлены (шахты), некоторые соглашения уже расторгнуты (замки).

Планировалось реализовать ряд проектов ПЧП по модернизации спортивной и транспортной инфраструктуры в рамках подготовки к проведению Чемпионата Европы по футболу 2012 года (проходившего в том числе на территории Украины), однако ни один из проектов не удалось реализовать с использованием механизмов ПЧП.

Итак, несмотря на многочисленные выступления представителей государств – участников СНГ в отношении необходимости развивать институт ПЧП и заявления о реализации инфраструктурных проектов на основах ПЧП, в действительности в большинстве государств-участников потенциал развития ПЧП, к сожалению, в достаточной степени не реализован. Модельный закон, закрепив важнейшие международно признанные принципы ПЧП, должен способствовать популяризации данного механизма инвестиционного взаимодействия и реализации большего количества проектов ПЧП государствами – участниками СНГ.

Глава 2. КОНЦЕПЦИЯ МОДЕЛЬНОГО ЗАКОНА «О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ», ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОЕ ПАРТНЕРСТВО И ТРАДИЦИОННЫЕ ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ЗАКУПКИ

Подготовка Модельного закона – амбициозный и чрезвычайно важный шаг на пути к совершенствованию правового регулирования института ПЧП на постсоветском пространстве.

Государства – участники СНГ позже, чем другие европейские и некоторые азиатские страны, осознали реальные возможности данного инвестиционного механизма для развития социальной и экономической инфраструктуры, повышения эффективности государственного управления, оптимизации бюджетных расходов. Высокий инвестиционный потенциал, огромная территория и недостаточность бюджетных средств для создания новой и модернизации ветхой инфраструктуры, препятствующей дальнейшему экономическому развитию, – все эти факторы определяют перспективы широкого внедрения ПЧП на всем пространстве Содружества.

Осознавая это, в 2000-х годах власти государств – участников СНГ начали серьезно рассматривать модели ПЧП как многообещающую альтернативу другим механизмам привлечения инвестиций, а также как возможность вдохнуть новую жизнь во все виды инфраструктуры не только за счет привлечения финансовых ресурсов, но и использования ценного опыта, ноу-хау, передовых технологий, которые помогут двигать вперед экономики стран СНГ в течение многих последующих лет. Не останавливаясь подробно на описании тех трудностей, с которыми столкнулись национальные законодатели в процессе внед-

рения механизмов ПЧП в правовые системы государств постсоветского пространства, следует подчеркнуть, что государства – участники СНГ как характерные и при этом довольно самобытные представители континентальной правовой традиции обладают серьезной правовой спецификой, создающей порой трудно преодолимые преграды для использования всего потенциала ПЧП.

Несмотря на действие принципа свободы договора в праве всех государств – участников СНГ, ПЧП как одна из наиболее ресурсоемких форм инвестиционной деятельности с длительным периодом окупаемости проектов требует особого регулирования, позволяющего нивелировать или хотя бы смягчить характерные для развивающихся стран политические и правоприменительные риски. Специфика законодательства государств-участников, регулирующего отдельные виды обязательств, различные элементы договоров, условия их заключения, исполнения и прекращения в правоприменительной практике нередко рассматриваемая как квалифицированное усмотрение законодателя, ограничивающее свободу сторон в выборе договорного типа даже с учетом слабой адаптированности подобных общих норм к специфическим отношениям сторон ПЧП, а кроме того, особенности регулирования сделок, совершенных при условии обеспечения обязательств, ограничения бюджетного и налогового законодательства, законодательства о государственных и муниципальных закупках, применяемые к отдельным видам договорных обязательств, необходимость свободного распределения рисков и гарантий – все это свидетельствует о необходимости обеспечения комплексного регулирования института ПЧП на территории постсоветского пространства путем принятия системы согласованных между собой нормативных актов, позволяющих снять все указанные вопросы.

Содружество Независимых Государств, Европейский банк реконструкции и развития и другие международные институты, осознавая стремление государств – участников Содружества к развитию инфраструктуры и предпринимаемые с большим или меньшим успехом усилия на пути к либерализации правовой основы для реализации проектов ПЧП, пытаются оказать необходимое содействие и ускорить проводимые в этом русле реформы.

В рамках данного содействия Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ поставила цель подготовить такой гармонизирующий модельный нормативный правовой акт, который бы, являясь рекомендательным, в то же время в максимальной степени способствовал бы сближению законодательств государств – участников СНГ, обеспечивая единообразное и системное государственное регулирование ПЧП в СНГ, устранение существующих пробелов и недостатков в национальном правовом регулировании деятельности, осуществляемой в форме ПЧП. Необходимо было подготовить систему универсальных и прогрессивных положений, предоставляющих широкие возможности для устойчивого развития практики применения ПЧП с целью привлечения частных инвестиций в инфраструктурные проекты различного масштаба и оказания сервисных услуг, находящихся в сфере публичного интереса и контроля.

Для выполнения данных задач члены экспертной группы разработчиков Модельного закона активно исследовали отечественный и зарубежный опыт правового регулирования и структурирования проектов ПЧП, а также рекомен-

дации международных организаций, в том числе ЮНСИТРАЛ, ЮНИДО, ЕЭК ООН, ОЭСР, ЕС и других. Был организован целый ряд рабочих визитов в Великобританию, Францию, Германию и другие европейские страны, где члены рабочей группы обменивались знаниями и опытом с ведущими представителями органов законодательной и исполнительной власти, формирующими политику в области ПЧП данных стран, сотрудниками институтов развития, юридических фирм и научных учреждений, юристами, экономистами, журналистами и другими экспертами. Кроме того, были проведены многочисленные консультации с юристами более 30 стран Европы, Северной и Южной Америки, Азии, Африки и Австралии – проделана уникальная работа по сбору и анализу реального опыта правового регулирования и структурирования ПЧП ведущих экономик мира, итогом которой стала подготовка концепции Модельного закона, представленная Постоянной комиссии МПА СНГ по экономике и финансам осенью 2012 года, а затем и проекта Модельного закона, представленного Межпарламентской Ассамблее в начале 2013 года.

В качестве основных целей Модельного закона были определены:

- обеспечение единообразного и системного регулирования ПЧП в государствах – участниках СНГ;
- достижение задач социально-экономического развития публично-правовых образований государств – участников СНГ;
- повышение уровня доступности и качества товаров, работ, услуг, предоставление которых вытекает из функций и полномочий государств – участников СНГ;
- повышение бюджетной эффективности публично-правовых образований государств – участников СНГ;
- привлечение инвестиций в экономику государств – участников СНГ;
- обеспечение справедливого распределения рисков при подготовке и реализации проектов ПЧП, гарантий прав и законных интересов частных партнеров, публичных партнеров, финансирующих лиц;
- обеспечение охраны окружающей среды, информационной открытости и иных общественных интересов (статья 1 Модельного закона).

В концепции Модельного закона подчеркивается, что вопрос о необходимости принятия общего закона о ПЧП и фиксации в нем понятия, содержания, принципов, субъектов, объектов и форм ПЧП, является дискуссионным: «Дело в том, что такой закон может быть только рамочным. Он не может охватывать с достаточной степенью детальности правового регулирования (прямого действия) все формы ПЧП. Ведь речь идет о самых разных формах сотрудничества государства и бизнеса: концессионных соглашениях и контрактах жизненного цикла, соглашениях о разделе продукции, договорах аренды с инвестиционными условиями, сложных формах контрактов о выполнении работ и оказании услуг для публичных нужд, договорах доверительного управления, создании хозяйственных обществ со смешанным государственно-частным участием, особых экономических зонах, венчурных фондах и других формах. Предложения о закреплении в законе о ПЧП не только основ регулирования ПЧП, но и детальных нормативных правовых требований к разнообразным объектам и субъек-

там ПЧП, детальному определению допустимых правовых форм его осуществления, средств государственного регулирования ПЧП и конкурсных процедур отбора частного партнера, вряд ли осуществимы. Поэтому такие детальные требования не были включены в Модельный закон».

Модельный закон, являясь рамочным законом, в реальности будет регулировать лишь наиболее общие отношения, связанные с сотрудничеством власти и бизнеса в реализации государственных и муниципальных инвестиционных проектов, софинансировании социально важных объектов инфраструктуры. Речь идет об основных понятиях закона, о принципах такого партнерства, общей характеристике правового положения участников ПЧП, возможных объектах и сферах применения ПЧП, открытом перечне его форм, порядке заключения соглашения о ПЧП, его содержании, возможных вариантах распределения рисков, гарантиях прав и законных интересов участников, некоторых других общих вопросах.

Осознавая рамочный и при этом рекомендательный характер Модельного закона, его разработчики принимали во внимание вышеупомянутые особенности правового регулирования, характерные для большинства государств – участников СНГ. На практике наличие данных особенностей не позволяет значительно сузить пределы публичного вмешательства в регулирование частных отношений и требует более внимательного отношения к формулировке отдельных законодательных положений, которые не должны быть слишком общими и в то же время слишком детальными в случаях, когда этого не требует практика правоприменения – по сути, перед разработчиками стояла цель подготовить такой законопроект, который бы стал необходимым минимумом правового регулирования инвестиционных отношений подобного рода.

Авторы Модельного закона попытались отразить в нем либеральный подход к регулированию ПЧП, сформулировав условия Модельного закона предельно гибко в той части, где это необходимо для реализации всех известных типов проектов ПЧП.

Данный подход был реализован, в частности, в рамках выбора названия Модельного закона – «О публично-частном партнерстве». Таким образом, в названии и в тексте Модельного закона вместо термина «государственно-частное партнерство (ГЧП)» используется термин «публично-частное партнерство (ПЧП)» как наиболее емкий и традиционный для рассматриваемой юридической модели. В действительности, в государствах – участниках СНГ до сих пор не сложились ни единое понимание ПЧП как особого, самостоятельного механизма реализации инвестиционных проектов в сфере публичной инфраструктуры, ни терминология, обозначающая данный правовой институт: наряду с термином «публично-частное партнерство» широко используется термин «государственно-частное партнерство», а также термины «частно-государственное партнерство» и «частно-публичное партнерство».

Следует согласиться с проф. В. Ф. Попондопуло, руководителем экспертной группы разработчиков Модельного закона, который предлагает использовать в научном обороте и законодательстве термин «публично-частное партнерство», так как такое партнерство используется не только в отношениях гос-

ударства и бизнеса, но и в отношениях с муниципальными образованиями, не являющимися государственными⁸. С нашей точки зрения, использование словосочетания «публично-частное партнерство» соответствует сложившейся в Российской Федерации и других государствах – участниках СНГ тенденции объединять понятия «государственный» и «муниципальный» в понятие «публичный»: понятия «публичное право», «публичные услуги», «публичный субъект», «публичное образование», «публичные закупки» уже давно вошли в юридический инструментарий и не связываются специалистами с исключительно общественными явлениями. Кроме того, наименование института «публично-частное партнерство» соответствует международным стандартам в данной области (ЮНСИТРАЛ, ЕЭК ООН, ОЭСР, ЕС, ЕБРР), а также национальной практике ведущих экономик мира. Чтобы подчеркнуть бытующую в России и других государствах-участниках, а также в большинстве стран Западной Европы (в отличие, например, от Великобритании, США и ряда других стран) ведущую роль публичного партнера в инициировании (определении сфер применения совместных проектов, условий отбора частных партнеров, условий реализации проектов), разработчики Модельного закона также сочли, что правильнее оперировать термином «публично-частное», а не «частно-публичное» партнерство.

При этом следует подчеркнуть, что термин «публично-частное партнерство» не рассматривается разработчиками в широком смысле, подразумевающим различные по своей природе, форме и содержанию виды взаимодействия государства и бизнеса в целях решения социально-экономических задач. Дело в том, что в российской юридической, а также экономической науке (как и в других государствах – участниках СНГ) тенденция расширенного толкования ПЧП является доминирующей и поддерживается рядом уважаемых авторов. Кроме того, в законах субъектов Российской Федерации встречаются такие формы ПЧП, как создание особых экономических зон, закупка товаров, работ и услуг для государственных нужд, лизинговые соглашения, создание и привлечение средств инвестиционных (в том числе венчурных) фондов; предоставление публичного имущества в аренду, доверительное управление и даже профессиональная подготовка и переподготовка кадров.

В действительности, как показывает практика, правовая ценность данных положений невысока, они носят лишь декларативный характер и не получают дальнейшего развития. Причина заключается в том, что представленные формы взаимодействия государства и бизнеса имеют свои отличительные особенности, регулируются иным законодательством, исходя из других принципов и потребностей, то есть являются отличными от ПЧП правовыми институтами и не могут включаться в сферу правового регулирования ПЧП как особой формы сотрудничества публичного и частного партнеров на основе соглашения о ПЧП.

В этом смысле более продуктивным и юридически корректным выглядит понимание ПЧП в узком смысле. Как справедливо отмечает профессор В. Ф. Попондопуло, в узком смысле ПЧП представляет собой формализованный институт – конкретное соглашение публичного и частного партнеров, в

⁸ Попондопуло В. Ф. Публично-частное партнерство: понятие и правовые формы // Арбитражные споры. 2014. № 2. С. 82.

рамках которого осуществляется их сотрудничество, направленное на реализацию совместного инвестиционного проекта в отношении объекта, находящегося в сфере публичного интереса и контроля, предусматривающее объединение ресурсов партнеров и распределение рисков между ними в целях решения публичных задач⁹.

В Модельном законе также используется определение ПЧП в узком смысле: «публично-частное партнерство – юридически оформленное на определенный срок, основанное на объединении ресурсов (денежных средств и иного имущества, профессиональных и иных знаний, опыта, навыков и умений) и распределении рисков (в т. ч. рисков финансирования, строительства, обеспечения доступности или спроса в отношении объекта публично-частного партнерства или соответствующих публичных услуг и связанных с ними рисков) взаимовыгодное сотрудничество публичного и частного партнеров в целях решения государственных, муниципальных и иных общественно-значимых задач, находящихся в сфере публичного интереса и контроля» (статья 2 Модельного закона).

Статья 6 Модельного закона закрепляет возможность реализации ПЧП в договорной, институциональной и иных формах, предусмотренных национальным законодательством или международным договором. При этом ПЧП в договорной форме осуществляется посредством заключения и исполнения публичным и частным партнерами соглашения о ПЧП, а ПЧП в институциональной форме осуществляется посредством создания компании ПЧП, с которой публичный партнер заключает соглашение о ПЧП. Компания ПЧП как сторона соглашения о ПЧП в отношениях с публичным партнером и третьими лицами является частным партнером, на нее распространяются все права, гарантии, обязанности и ограничения, предусмотренные Модельным законом в отношении частного партнера, за рядом исключений, и если это не ущемляет права и законные интересы частного партнера – учредителя компании.

Учитывая отсутствие единых подходов к природе и содержанию институциональных ПЧП, в пункте 2 статьи 6 Модельного закона нашел отражение универсальный, компромиссный подход, в соответствии с которым реализация проекта ПЧП публичным и частным партнерами посредством участия в компании ПЧП не всегда должна, а лишь может сопровождаться заключением и исполнением соглашения о ПЧП между публичным партнером и компанией ПЧП. Разработчики Модельного закона решили учесть как многообразие национальных законодательств государств – участников СНГ, так и отсутствие единой точки зрения на перспективы развития представленного института и не ограничивать институциональные ПЧП исключительно теми, в которых проектная компания публичного и частного субъектов заключает с публичным партнером соглашение о ПЧП. При этом следует подчеркнуть, что предусмотренное главой 5 Модельного закона специальное регулирование институциональных ПЧП распространяется лишь на те случаи, в которых проектная компания со сме-

⁹ Попондопуло В. Ф. Публично-частное партнерство: понятие и правовые формы // Арбитражные споры. 2014. № 2. С. 85; Его же. Правовые формы реализации инвестиционных соглашений с участием публично-правовых образований // Правоведение. 2013. № 2. С.79–92.

шанным капиталом заключает с публичным партнером концессионное или иное соглашение о ПЧП, а к последнему в свою очередь должны применяться предусмотренные Модельным законом положения о соглашениях ПЧП. Соответственно, на проектную компанию в этом случае распространяются все права, гарантии, обязанности и ограничения, предусмотренные Модельным законом в отношении частного партнера, за исключением случаев, предусмотренных данным законом, если иное не противоречит природе институционального ПЧП и если это не ущемляет права и законные интересы частного партнера – учредителя такой проектной компании.

Что касается соглашения о ПЧП, то вслед за разработчиками Закона РФ о концессионных соглашениях авторы Модельного закона отнесли его к смешанному гражданско-правовому договору, сочетающему в себе элементы различных гражданско-правовых договоров.

При этом следует отметить, что с учетом объективных различий в существующих моделях ПЧП в юридической литературе остается спорным вопрос о природе соглашения о ПЧП как основания возникновения отношений ПЧП. Так, во Франции и нескольких других странах романо-германской правовой системы большинство или некоторая часть соглашений ПЧП в широком смысле относится к сфере публичного права. В иных странах континентального права такого рода соглашения являются исключительно частноправовыми. В Великобритании и других странах англо-американской системы права, где не проводится деление права на частное и публичное, соглашение о ПЧП относится к сфере контрактного права.

С учетом особенностей регулирования ПЧП в государствах – участниках СНГ, в Модельном законе отражены компромиссные положения: на соглашения о ПЧП предложено распространять общие положения гражданского законодательства о договорах, но при этом особо урегулировать специальные условия механизма заключения и особенности содержания таких соглашений в той части, в какой эти специальные условия predeterminedены участием органов публичной власти и публичными интересами.

Следует отметить, что Модельный закон содержит весь набор правовых инструментов и гарантий, необходимых частному партнеру, финансирующим организациям и иным лицам для вступления в проект и его реализации, отражающих современные практические (большой частью европейские) взгляды на специфику ПЧП, потребности рынка инвестиций, пользователей инфраструктуры и всего общества в целом. В первую очередь это касается договорных инструментов, возможность использования которых имеет ключевое значение с точки зрения инвестиционной привлекательности (bankability) проектов ПЧП. Исходя из этого, национальным законодательством должны быть полностью обеспечены:

- допустимость различных прямых соглашений публичного партнера с финансирующими лицами, операторами, подрядчиками и иными участниками проекта ПЧП;
- возможность залога объекта ПЧП, акций и долей частного партнера, компании ПЧП, прав на будущие поступления и пр.;

- возможность замещения частного партнера публичным партнером или финансирующей организацией (так называемые «step-in» и «creditor's step-in»);
- предоставление компенсаций и других гарантий на случай одностороннего изменения и расторжения соглашения ПЧП;
- гарантии от изменения правового режима («дедушкина оговорка») и другие гарантии частного партнера.

Понимая, что от правильного закрепления данных гарантий в законодательстве зависит инвестиционный климат региона в целом и возможность реализации каждого конкретного проекта ПЧП в отдельности, рабочая группа по подготовке Модельного закона постаралась обратить на них особое внимание, учесть существующий опыт законодательства стран СНГ о концессионных соглашениях, рекомендации международных организаций в этой части, а также опыт правового регулирования отдельных стран.

Кроме того, важной нормой Модельного закона, непосредственно влияющей на инвестиционную привлекательность проектов ПЧП, следует признать возможность поступления созданного, реконструированного или иным образом улучшенного объекта ПЧП в собственность частного партнера без обязательства последующей передачи его в собственность публичного партнера. Кроме прочего, наличие данной нормы позитивно повлияет на стабильность государственных финансов и даст возможность реализовывать проекты ПЧП в территориальных образованиях, которые не способны предоставлять муниципальные гарантии.

Разработчики Модельного закона учли не только позитивный, но и негативный опыт регулирования ПЧП, в частности в том, что связано с недостаточным вниманием к формированию баланса прав и обязанностей сторон, корректного соотношения публичных и частных интересов, позволяющего обеспечивать устойчивость сформированных в рамках ПЧП отношений в долгосрочной перспективе. Данный баланс не должен смещаться ни в сторону публичных интересов, когда ПЧП строится на принципах тотальной экономии и чрезмерной регламентации, что характерно для системы государственных закупок, ни в пользу частных интересов, когда социальные потребности отодвигаются инвестором на второй план. В этом смысле следует особо выделить следующую общемировую тенденцию в правовом регулировании ПЧП: существующая система государственных закупок демонстрирует свою неэффективность применительно к крупным инвестиционным проектам, требующим значительного участия частного инвестора, поэтому на смену принципу публичной экономии в целях снижения размера суверенного долга приходит принцип «эффективных вложений», реализуемый в рамках Частной финансовой инициативы в Великобритании и ее австралийских аналогов, закрепленных в общеевропейских гармонизирующих актах и законодательстве многих развитых и развивающихся стран мира.

Эффективность реализации проектов модернизации инфраструктуры с использованием механизмов ПЧП имеет неоспоримые преимущества перед использованием для этих целей системы государственных закупок. При традиционных государственных закупках ответственность частного бизнеса большей

частью заканчивается с момента введения в эксплуатацию (завершения реконструкции) инфраструктурного объекта. При использовании этого подхода бизнес стимулирован в максимально оперативные сроки построить (модернизировать) целевой объект и при этом получить максимальную прибыль. В случае применения механизмов ПЧП – иная ситуация. Бизнес сможет «заработать» лишь при условии обеспечения высокого качества услуг, предоставляемых с использованием построенного (модернизированного) объекта в течение длительного периода времени. Налицо ориентация на результат, что наиболее соответствует интересам общества и стимулирует частных партнеров к поиску и реализации эффективных решений.

При этом далеко не каждую задачу следует решать, ориентируясь на использование модели ПЧП. В этой связи нельзя не согласиться с заявлением Европейской комиссии о том, что «сотрудничество публичного и частного секторов действительно может предложить микроэкономические выгоды, допуская реализацию проекта, обеспечивающего эффективные капиталовложения и удовлетворение публичных интересов, однако в то же время обращение к ПЧП не следует представлять как чудотворное средство для публичного сектора, испытывающего нехватку бюджетных средств. Практика показывает, что для каждого отдельного проекта необходимо оценить, может ли публичное партнерство предложить реальную добавочную стоимость по сравнению с другими вариантами – такими, например, как заключение более традиционного контракта»¹⁰.

Для того, чтобы определить рациональность и эффективность реализации проекта, направленного на удовлетворение публичного интереса, с использованием модели ПЧП и удостовериться в том, что именно этот механизм будет оптимальным способом решения существующих проблем, в статьях 7 и 9 Модельного закона предусмотрено проведение финансово-экономического обоснования проекта на основе предварительных финансово-экономических расчетов. Закон не регламентирует порядок проведения таких расчетов и методику их осуществления – с этим государства – участники СНГ должны определиться самостоятельно. Вместе с тем, в нем определены критерии, на базе которых должны формироваться методологические подходы к проведению финансово-экономического обоснования.

Статья 9. Осуществление финансово-экономического обоснования проекта публично-частного партнерства

– соответствие решаемой в рамках реализации проекта задачи стратегиям социально-экономического развития публично-правового образования;

Как уже отмечалось выше, одной из основных характеристик принадлежности проекта к ПЧП является его направленность на решение государственных, муниципальных и иных общественнозначимых задач, находящихся в сфере публичного интереса и контроля. Важной особенностью проектов ПЧП яв-

¹⁰ Доклад Европейской комиссии Совету и Парламенту «Публичные финансы в Экономическом и валютном союзе ЕС – 2003» (Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament «Public finances in EMU – 2003» // European Economy № 3/2003 (COM (2003) 283 final).

ляется их нацеленность на результат. Именно эти сущностные характеристики ПЧП обуславливают целесообразность ориентирования на задачи, поставленные в утвержденных публичными образованиями стратегиях социально-экономического (территориального или отраслевого) развития, при выборе приоритетных проектов. Наиболее востребованными для публичного образования должны стать проекты, направленные на достижение ключевых индикаторов таких программ.

ПЧП может и должно стать эффективным инструментом реализации программ социально-экономического развития – использование этой модели позволяет не только оптимизировать публичные расходы, но и генерировать дополнительные поступления в государственный и местный бюджеты.

– обоснование сравнительного преимущества реализации проекта ПЧП в соответствующей форме в соотношении с иными возможными механизмами выполнения публичным партнером возложенной на него законодательством государства-участника публичной функции;

ПЧП – эффективный инструмент модернизации инфраструктуры. Вместе с тем подготовка проектов с использованием модели ПЧП – сложный, длительный и дорогостоящий процесс. Поэтому рекомендовать использование этого инструмента можно лишь в том случае, если он обеспечивает явные преимущества в достижении результатов исполнения публичной властью возложенных на нее функций с точки зрения обеспечения интересов населения. Основой для оценки этих преимуществ является анализ проектов исходя из принципа эффективных вложений – то есть либо достижение в случае реализации проекта в форме ПЧП более высоких показателей (улучшение качества и надежности предоставления услуг) при использовании того же объема вложенных финансовых ресурсов (платежи населения и (или) бюджетные вложения), либо достижение заданного результата с меньшими затратами, нежели в случае применения традиционных подходов к исполнению публичной властью своих функций. В такую оценку может быть включен и анализ дополнительных факторов, учет которых очень важен для жителей территории, на которой реализуется проект, в том числе и нефинансового характера, например, таких как скорость строительства (реконструкции) инфраструктурного объекта, влияние применяемых частным бизнесом технологий на окружающую среду, внедрение современной корпоративной культуры обслуживания, ограничение коррупции и др.

Существуют различные механизмы для оценки таких преимуществ, и наиболее распространенным среди них является так называемый «компаратор публичного сектора». Вместе с тем, как было отмечено выше, государства – участники СНГ должны разработать свою методологию проведения такой оценки, основываясь, в том числе, и на тех принципах и приоритетах, которые оно закрепило в своих стратегических программах по развитию инфраструктуры.

– обеспечение вследствие реализации проекта непрерывности предо-

ставления населению соответствующей публичной услуги требуемого уровня качества;

Это условие является ключевым при принятии решений об использовании модели ПЧП для реализации проектов по отношению к инфраструктуре жизнеобеспечения (системам энергоснабжения, теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения и др.). Для таких проектов это условие может стать наиболее важным при принятии решения о целесообразности (нецелесообразности) использования механизма ПЧП.

– бюджетные последствия решения о реализации проекта публично-частного партнерства, его влияние на размер доходов и долгосрочных расходных обязательств государственного (местного) бюджета в совокупности с иными последствиями реализации проекта публично-частного партнерства;

Этот критерий является чрезвычайно важным в контексте современного понимания ПЧП как инструмента территориального развития и ускорения экономического развития государства в целом. Анализ бюджетной эффективности проектов ПЧП пока еще не нашел широкого распространения в государствах – участниках СНГ; как правило, его проведение не предусматривается при подготовке финансово-экономических обоснований проектов. Главным образом это обусловлено недооценкой органами публичной власти государств возможностей модели публично-частного партнерства в обеспечении экономического развития и, как следствие, роли результатов этой оценки в выборе приоритетных проектов для их реализации в форме ПЧП. Лишь некоторые государства – участники СНГ делают первые шаги в направлении разработки методологических подходов к оценке бюджетной эффективности и соответствующего практического инструментария. Вместе с тем, на наш взгляд, на этот критерий следует обратить особое внимание – он чрезвычайно важен не только для оценки целесообразности реализации того или иного проекта в форме ПЧП, но и для приоритизации, выбора наиболее актуальных для запуска проектов с точки зрения их важности для государства и территориальной общины.

– инновационность проекта, степень использования наукоемких, энерго-сберегающих, ресурсосберегающих технологий;

– экологические последствия реализации проекта и возможные меры минимизации негативного воздействия на окружающую природную среду;

Вопросы экологических последствий реализации проекта, а также использования инновационных, наукоемких, энергосберегающих и ресурсосберегающих технологий, конечно же, важны для современных социально ответственных государств. Вместе с тем в рассматриваемом нами контексте они должны подлежать оценке как факторы, влияющие на выбор публичными образованиями наиболее приемлемой для государства (территории) модели реализации инфраструктурного проекта (традиционная или ПЧП). В общем случае

анализ этих факторов будет сдвигать стрелку весов в сторону модели ПЧП – общепризнано, что частный бизнес обладает более высокой степенью овладения перечисленными выше технологиями. Вместе с тем следует отметить, что для того, чтобы ожидания общества от частного бизнеса, который впоследствии займется реализацией этого проекта, оправдались, необходимо предусмотреть в конкурсной документации анализ этих факторов при оценке предложений потенциальных частных партнеров.

Необходимо также подчеркнуть, что для обеспечения высокого качества финансово-экономического обоснования и, как следствие, успешности реализации проекта ПЧП, Модельным законом предусмотрено проведение их компетентной оценки соответствующими органами власти, а в определенных законодательством государств – участников СНГ случаях – и независимой экспертизы. При этом правовыми актами государства должны быть установлены требования к профессиональной квалификации сотрудников публичного органа, ответственных за подготовку проектов ПЧП. Ответственность публичной власти за управленческие решения при формировании проектов ПЧП на порядок выше, чем в случае проведения государственных закупок. Цена непрофессиональных решений в случае ПЧП чрезвычайно высока не только для нынешнего, но и для будущих поколений. Поэтому государства должны позаботиться о том, чтобы вопросами ПЧП занимались специалисты высокой квалификации, и уровень их компетентности в этих вопросах как минимум соответствовал тому, который имеет в этой сфере частный бизнес.

Принимая во внимание тот факт, что во многих государствах – участниках СНГ уровень доверия населения и к власти, и к частному бизнесу недостаточно высок, а реализация масштабных инфраструктурных проектов на базе ПЧП невозможна в условиях его неприятия населением, Модельным законом предусмотрено проведение общественных слушаний по результатам осуществления финансово-экономического обоснования проекта, что позволит создать благоприятную среду для реализации проекта, учесть при его последующем структурировании мнения пользователей услуг, предоставляемых с использованием создаваемого (реконструируемого) объекта, а также других заинтересованных лиц.

Важным для развития рынка проектов ПЧП представляется и поддержка со стороны публичной власти создания и деятельности институтов развития в сфере ПЧП – некоммерческих организаций, созданных с целью оказания информационного, консультационного, методического, организационного и иного допустимого содействия уполномоченным органам власти, иным организациям и физическим лицам в области ПЧП, в том числе путем досудебного и внесудебного урегулирования споров с использованием инструментов медиации, арбитража и других, а также экспертной оценки проекта ПЧП на стадии его подготовки.

В качестве очевидных достоинств Модельного закона следует также отметить следующее:

– универсальный понятийный аппарат, включающий четкое и научно обоснованное определение ПЧП, а также закрепление основных особенностей

ряда ключевых форм ПЧП – договорной и институциональной. Вышеупомянутое широкое определение ПЧП позволяет использовать его в различных сферах публичного интереса и контроля;

- широкий, но при этом открытый перечень возможных сфер применения ПЧП;

- широкий перечень публичных партнеров, возможность множественности лиц на стороне как частных, так и публичных партнеров;

- большое количество моделей ПЧП, которые можно использовать, при этом перечень моделей является открытым;

- общая диспозитивность регулирования при введении немногих императивных норм для стабильности оборота и защиты от злоупотреблений (в части подготовки проекта ПЧП, конкурсных процедур отбора частных партнеров, существенных условий соглашения о ПЧП, минимальных прав контроля за реализацией проекта, обеспечения обязательств частного партнера, минимально необходимых оснований для изменения и расторжения проектного соглашения);

- гарантии частного партнера, финансирующих организаций и других участников проекта;

- гарантии публичного партнера (право на временное отстранение частного партнера, на расторжение соглашения в исключительных случаях);

- тщательная подготовка проекта ПЧП, закладывающая базу для его эффективной реализации, – финансово-экономическое обоснование и компетентная оценка проекта;

- эффективные, прогрессивные конкурсные процедуры (четкость регулирования, справедливый конкурс, конкурентный диалог, расходы на частную инициативу, на участие в основных этапах конкурса).

Авторы Модельного закона надеются, что принятие Модельного закона, а также национальных законов о ПЧП государств – участников СНГ на его основе позволит:

- создать прочную нормативно-правовую основу долгосрочного взаимовыгодного сотрудничества публичного и частного партнеров, направленного на реализацию проектов ПЧП, в целях решения задач социально-экономического развития публично-правовых образований, повышения уровня доступности и качества публичных услуг, достигаемого посредством привлечения частных инвестиций и разделения рисков;

- сблизить (гармонизировать) законодательство государств – участников СНГ, направленное на привлечение частных инвестиций в различных формах ПЧП; устранить пробелы и недостатки национального нормативно-правового регулирования деятельности, осуществляемой в форме публично-частного партнерства; обеспечить единообразное и системное государственное регулирование публично-частного партнерства.

В современном мире любая развивающаяся экономика пытается создать такие условия и такие экономические и правовые модели привлечения частных инвестиций для реализации общественно-значимых проектов, которые, с одной стороны, соответствовали бы существующим социальным и правовым тради-

циям и реалиям государств, вписывались в их правовые системы, а, с другой стороны, были эффективны и конкурентоспособны по сравнению с лучшими западными образцами правового регулирования в данной сфере. Для этого необходимо обеспечить соответствие закрепленных законодательством государств моделей участия частного бизнеса в модернизации общественно-значимой инфраструктуры современным международным принципам и лучшим мировым практикам организации ПЧП, которые нашли свое отражение в Модельном законе.

Раздел II. ИНИЦИИРОВАНИЕ И ПОДГОТОВКА ПРОЕКТА ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Глава 3. ИНИЦИИРОВАНИЕ ПРОЕКТА ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Под инициированием проекта ПЧП понимается принятие уполномоченным органом решения о начале подготовки проекта ПЧП.

К настоящему времени сложилось два основных механизма инициирования проектов ПЧП:

– традиционный – когда инициатором проекта ПЧП выступает орган публичной власти (то есть публичный партнер), который после инициирования проекта начинает его самостоятельную подготовку;

– механизм частной инициативы – когда инициатором проекта выступает частный инвестор, который самостоятельно осуществляет подготовку проекта и направляет предложение о реализации проекта в уполномоченный орган публичной власти для его рассмотрения.

Глава 4. МЕХАНИЗМ ЧАСТНОЙ ИНИЦИАТИВЫ (ЧАСТНЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ)

Механизм частной инициативы как альтернатива традиционному способу подготовки проектов ПЧП является весьма распространенным в мировой практике механизмом подготовки и заключения соглашений в сфере ПЧП. Смысл данного механизма заключается в том, что инвестор, заинтересованный в реализации проекта, самостоятельно осуществляет его подготовку и направляет в уполномоченный орган публичной власти предложение о реализации соответствующего проекта на условиях, изложенных в предложении. Уполномоченный орган рассматривает данное предложение и принимает решение о возможности или невозможности реализации проекта на предложенных условиях. В случае принятия положительного решения с частным инициатором проекта может быть заключено соглашение о ПЧП без проведения конкурса. В целях обеспечения конкуренции могут предусматриваться различные конкурентные процедуры и (или) определенные условия (требования) к инициатору проекта и содержанию предложения о реализации проекта.

Имеющий место интерес к данному механизму в отдельных странах СНГ

не случаен. Во всех государствах – участниках СНГ является ощутимой проблемой подготовка проектов, препятствующая более масштабному и ускоренному применению механизмов ПЧП. Причины заключаются в отсутствии надлежащего опыта разработки проектов, достаточного количества подготовленных кадров, а также средств на привлечение внешних профессиональных консультантов. Вследствие этого подготовка проектов занимает много времени, а зачастую требует и существенной доработки, что в итоге не может не сказаться на их качестве, количестве и сроках реализации. Также нужно отметить, что длительность и сложность конкурсных процедур значительно увеличивают период времени от инициирования проекта до начала его запуска частным партнером. Механизм частной инициативы может стать определенным решением данной проблемы, поскольку предполагает возможность подготовки проекта самим инвестором, заинтересованным в его реализации.

В настоящее время механизм частной инициативы активно имплементируется в российское концессионное законодательство. Как отмечалось в статье 1 главы 1 настоящего Комментария, в июле 2014 года были внесены изменения в Закон РФ о концессионных соглашениях, которые установили возможность заключения концессионного соглашения с лицом, обратившимся в уполномоченный орган с предложением о реализации проекта в соответствии с установленной процедурой. Указанные изменения вступили в силу с 1 мая 2015 года. Такие новации могут стать катализатором запуска большого количества концессионных проектов на региональном и муниципальном уровне, создав условия для ускоренного развития публичной инфраструктуры. Также аналогичные нормы содержатся в Законе РФ о ГЧП.

В Модельном законе возможность применения механизма частной инициативы предусмотрена в статье 8 «Частные предложения», которая устанавливает, что частным партнером может быть самостоятельно подготовлено и внесено на рассмотрение уполномоченного органа предложение о реализации проекта ПЧП. При этом Модельный закон в пункте 2 статьи 8 устанавливает важную для частного инициатора проекта гарантию, что в случае если конкурсной комиссией будет принято положительное решение о заключении соглашения о ПЧП с иным частным партнером, инициатор, разработавший и внесший в уполномоченный орган предложение о реализации проекта, имеет право на полную компенсацию публичным партнером или победителем конкурса на право заключения соглашения о ПЧП разумных и обоснованных расходов, понесенных инициатором на разработку соответствующего предложения. Данная гарантия минимизирует риск потери частным инициатором средств, затраченных на подготовку предложения о реализации проекта ПЧП, а значит, будет способствовать более активному применению механизма частной инициативы, что, в свою очередь, будет способствовать более быстрой и качественной подготовке проектов ПЧП.

Глава 5. ПОДГОТОВКА ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

В широком смысле под этапом подготовки проектов ПЧП понимают пе-

риод с момента инициирования проекта ПЧП до момента начала его реализации, т. е. до момента начала выполнения частным партнером, с которым заключено соглашение о ПЧП, своих обязательств по соглашению. В узком смысле под подготовкой проекта ПЧП можно понимать период непосредственной подготовки проекта, который заканчивается с объявлением конкурса на право заключения соглашения о ПЧП.

Целью данного этапа является подготовка таких условий реализации проекта (т. е. его коммерческой, финансовой, технической, юридической модели реализации), которые позволят привлечь частного инвестора к реализации соответствующего проекта. Практическим результатом успешной подготовки проекта ПЧП является участие инвесторов в соответствующем конкурсе и заключение соглашения о ПЧП.

Важным аспектом успешной подготовки проектов ПЧП является открытость и прозрачность правил и процедур, применяемых на этапе подготовке проекта, что способствует качественной подготовке проекта ПЧП.

Раздел III. ПРОЦЕДУРА ОТБОРА ЧАСТНОГО ПАРТНЕРА В РАМКАХ ПРОЕКТА ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Глава 6. ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

Раздел 3 настоящего Комментария представляет собой краткое обобщение международного опыта развития законодательства в сфере ПЧП применительно к процедурам и условиям отбора частных партнеров для реализации проектов ПЧП, и будет полезна для законодателей государств – участников СНГ с точки зрения возможных и рекомендуемых подходов к таким условиям и процедурам.

В настоящем разделе Комментария рассматриваются принципы, процедуры, условия и особенности, которые рекомендуется использовать или учитывать при выборе частного партнера в проектах ПЧП. При имплементации положений Модельного закона в национальное законодательство государствам – участникам СНГ рекомендуется учитывать ряд разъяснений, практических особенностей и альтернативных положений, связанных с законодательной и иной спецификой подготовки и реализации проектов ПЧП на территории государств-участников, которые изложены в настоящей главе Комментария.

Установление эффективной и ясной процедуры отбора частного партнера для реализации проекта ПЧП является одним из важнейших условий привлечения частных инвестиций в инфраструктурные проекты, поскольку обеспечивает надлежащий правовой режим ПЧП для инвесторов в соответствующей стране. Особое значение имеет данный вопрос в контексте привлечения иностранных инвестиций. В связи с этим установление четких и эффективных процедур отбора частного партнера, в том числе соответствующих международной практике их законодательного регулирования, знакомой для иностранных инвесторов, финансирующих организаций и банков развития, является одной из основных задач при разработке законодательства в сфере ПЧП.

Важность установления надлежащей процедуры отбора частного партнера нашла свое отражение и в закреплении соответствующих принципов ПЧП в Модельном законе. В частности, статья 4 Модельного закона устанавливает следующие принципы, действие которых непосредственно направлено на регулирование процедуры отбора частного партнера:

- прозрачность и доступность правил и процедур при осуществлении публично-частного партнерства (пункт 3 статьи 4 Модельного закона);
- определение частного партнера на конкурсной основе, кроме случаев, установленных законодательством государства (пункт 4 статьи 4 Модельного закона);
- свободный доступ частных субъектов к участию в конкурсе и отсутствие дискриминации участников конкурса на право заключения соглашений о публично-частном партнерстве (пункт 5 статьи 4 Модельного закона).

Указанные принципы, равно как и вся процедура отбора частного партнера, призваны обеспечивать выбор оптимального партнера с точки зрения его опыта, квалификации, а также инвестиционных возможностей и финансового предложения, которые бы гарантировали наиболее качественный способ решения инфраструктурной задачи с минимальными затратами для публичного партнера (в сравнении с другими потенциальными участниками с частной стороны). Именно для этой цели и необходима четкая и эффективная процедура отбора частного партнера.

Необходимо отметить, однако, что до недавнего времени не было разработано типового законодательства, специально регулирующего процедуры конкурентного отбора для реализации проекта ПЧП. В связи с этим Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, подготовленное Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в 2001 году (далее – Руководство ЮНСИТРАЛ), рекомендует правительствам обратить внимание на такие аспекты, как круг потенциальных участников процедур, определение требований к проекту, критерии оценки проекта, переговоры с участниками процедур.

Порядок и условия отбора частного партнера регулируются главой 4 Модельного закона. Согласно положениям Модельного закона частный партнер отбирается для заключения соглашения о ПЧП на основании решения о реализации проекта ПЧП в рамках либо конкурса на право заключения соглашения о ПЧП, либо переговоров о заключении соглашения о ПЧП без проведения конкурса. По общему правилу, отбор частного партнера осуществляется посредством проведения конкурсной процедуры, за исключением ряда случаев, установленных в Модельном законе, а также законодательством государств – участников СНГ (при условии, что заключение соглашения о ПЧП без проведения конкурса в наибольшей степени отвечает публичному интересу). При этом необходимо иметь в виду, что общим принципом является конкурентность процедуры отбора частного партнера. Иные способы отбора частного партнера скорее являются исключением из правила. Здесь важно отметить, что конкурсная процедура признается более предпочтительной, чем процедура отбора

частного партнера путем прямых переговоров, что содержится, в частности, в рекомендациях таких международных организаций, как ЮНИДО¹¹ и Всемирный банк¹², о чем более подробно разъяснено в главе 8 «Прямые переговоры» настоящего Комментария.

Отдельно необходимо обратить внимание на вопрос о соотношении законодательства о государственных закупках и законодательства о ПЧП в части конкурсных процедур. Положения национальных законодательств, касающиеся процедуры отбора для закупок товаров (работ) или услуг, как правило, не могут быть применены для проектов ПЧП, так как последние финансируются из частных источников, о чем отмечается, в частности, в Руководстве ЮНСИТРАЛ. Данному подходу соответствует, среди прочего, и российское законодательство о концессионных соглашениях, предусматривающее самостоятельную процедуру отбора концессионера. Установление самостоятельной конкурсной процедуры для проектов ПЧП важно еще и для учета качественной специфики проектов ПЧП, где требуется отобрать опытного и квалифицированного партнера, способного обеспечить наиболее эффективное и качественное управление проектом на протяжении всего срока его реализации.

Кроме того, вопрос установления самостоятельной конкурсной процедуры для проектов ПЧП особо актуален, в частности, для России, где параллельное развитие законодательства о государственных закупках и законодательства о ПЧП влечет определенные правовые риски в отсутствие ясного правового регулирования конкурсных процедур в рамках ПЧП (в российской терминологии – ГЧП) на федеральном уровне (за исключением концессионных соглашений).

Необходимо также обратить внимание на важность для обеспечения успешности реализации проектов ПЧП в государствах – участниках СНГ имплементации в национальное законодательство и применения на практике нормы Модельного закона (пункт 3 статьи 7), предусматривающей проведение по результатам осуществления финансово-экономического обоснования проекта ПЧП общественных слушаний с целью учета интересов населения, потребителей, пользователей объекта инфраструктуры и иных заинтересованных лиц. Данная норма направлена на снижение политических и социальных рисков реализации инфраструктурных проектов и особенно важна для государств, не имеющих обширного позитивного опыта реализации проектов ПЧП и характеризующихся низким уровнем доверия населения к частному бизнесу.

С целью создания благоприятной среды для развития ПЧП в государствах – участниках СНГ, обмена прогрессивным опытом и продвижения современных механизмов ПЧП в Модельный закон также включена отдельная статья (статья 32), регламентирующая деятельность институтов развития в сфере ПЧП. В частности, этой статьей Модельного закона предусмотрена возможность закрепления в национальном законодательстве государств – участников СНГ мер по содействию созданию и деятельности институтов развития в этой сфере.

К институтам развития Модельный закон относит некоммерческие орга-

¹¹ UNIDO BOT Guidelines, P. 96.

¹² International Bank for Reconstruction and Development. Procurement under IBRD and IDA Loans. Washington, D. C., 1996, Para. 3.13(a).

низации, созданные с целью оказания информационного, консультационного, методического, организационного и иного допустимого содействия уполномоченным органам власти, иным организациям и физическим лицам в области ПЧП, в том числе путем досудебного и внесудебного урегулирования споров с использованием инструментов медиации, арбитража и др., а также экспертной оценки проекта ПЧП на стадии его подготовки. Допустимым является создание как общегосударственных, так и региональных и муниципальных институтов развития в сфере ПЧП, полномочия которых ограничиваются соответствующей территорией. Инициатива по созданию таких институтов развития может принадлежать не только государствам – участникам СНГ, их муниципальным или иным публично-правовым образованиям, но и частным организациям и гражданам. Таким образом обеспечивается равенство между публичным и частным секторами и среди институтов, содействующих развитию ПЧП в государстве-участнике и играющим активную роль в установлении канала связи между публичной властью и общественностью.

Глава 7. КОНКУРСНАЯ ПРОЦЕДУРА

Статья 1. Порядок и особенности конкурсной процедуры

Как отмечалось выше, сложность применения и унификации конкурсных процедур в проектах ПЧП состоит в том, что в отличие от законодательства, специально регулирующего тендерные процедуры отбора подрядчиков в проектах государственных закупок, до недавнего времени не было разработано какого-либо международного модельного законодательства, специально регулирующего конкурсные процедуры отбора частного партнера в проектах ПЧП, о чем отмечается в пункте 19 Руководства ЮНСИТРАЛ.

Тендерные процедуры отбора подрядчиков в проектах государственных закупок имеют существенные отличия от конкурсных процедур отбора частного партнера в проектах ПЧП, в связи с чем применение, распространение или имплементация норм в отношении порядка осуществления тендерных процедур отбора подрядчиков в проектах государственных закупок далеко не всегда применимы к конкурсным процедурам отбора частного партнера в проектах ПЧП.

Как известно, соглашения ПЧП позволяют устанавливать долгосрочные отношения и реализовывать комплексные проекты, особенно в случаях, когда по результатам предварительной оценки проектов государственные органы приходят к выводу о том, что по причине своей сложности проект объективно не может быть реализован только государством в силу отсутствия у него надлежащего опыта, квалификации, технологий и необходимых средств, должен быть осуществлен в жестко установленные сроки либо реализация проекта на основе ПЧП будет более эффективной с экономической точки зрения. В качестве иностранного примера подходов к выбору ПЧП в качестве модели реализации инфраструктурных проектов и особенностей, которые обуславливают специфику самостоятельной конкурсной процедуры в рамках проектов ПЧП, можно обратиться к последней редакции французского Руководства по согла-

шениям о ПЧП¹³ от 25 марта 2011 года, разработанного Группой по поддержке ПЧП Управления Казначейства Французской Республики, которая разрабатывает рекомендации и разъяснения по вопросам ПЧП во Франции и входит в состав Министерства экономики, финансов и промышленности Франции¹⁴.

Как уже указывалось, порядок и особенности процедуры отбора частных партнеров для реализации проекта ПЧП устанавливаются в главе 4 Модельного закона. В частности, Модельный закон разъясняет принципы проведения конкурса на право заключения соглашения о ПЧП, принципы составления конкурсной документации, принципы определения победителя конкурса, последствия отказа от заключения соглашения о ПЧП победителя конкурса и участника, следующего после победителя, и др. Модельный закон предлагает особую процедуру для проектов ПЧП, отличную от общей процедуры государственных закупок.

Статья 2. Принципы отбора частного партнера

Конкурсная процедура как средство выбора частного партнера имеет большое значение для эффективной реализации проекта ПЧП. В связи с этим особое значение имеет соблюдение принципов отбора частного партнера.

Законодательство разных стран содержит различные принципы отбора частного партнера. Одни освещают такие принципы более детально, подробно раскрывая каждый из них, другие описывают лишь основные или же просто их перечисляют.

Модельный закон призывает государства – участников СНГ соблюдать принципы открытости и прозрачности процедуры отбора частного партнера; принцип равного недискриминационного отношения к участникам процедур; принцип равного доступа участников процедур к информации; принцип ясности, определенности, полноты и достаточности критериев отбора частного партнера.

Принцип прозрачности

Прозрачность конкурсных процедур повышает привлекательность проектов ПЧП, благоприятно сказывается на их осуществлении и заключается в понятности, систематизированности, доступности как конкурсной документации, так и всей процедуры отбора частного партнера. Кроме того, прозрачность подразумевает, что участники конкурса сами могут оценить свои шансы на победу в проекте и определить, какие требования предъявляются публичным партнером к участникам конкурса. Прозрачность включает в себя и доступность процедуры обжалования результатов проведенного конкурса, которая может осуществляться как в административном, так и в судебном порядке.

Принцип равного доступа к информации или принцип раскрытия инфор-

¹³ URL: Les contrats de partenariats: Guide méthodologique http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/GuideContratPartenariat.pdf

¹⁴ URL: Direction du Trésor / Mission d'appui aux partenariats public-privé <http://www.economie.gouv.fr/ppp/v/mission-dappui>

мации

Одним из важных принципов, который должен также соблюдаться на стадиях подготовки и проведения конкурса, является принцип равного доступа к информации.

Особое значение для участников имеет также и предоставление гарантий публичным партнером в отношении того, что информация, предоставленная участниками в целях участия в конкурсе, не будет раскрыта третьим лицам или разглашена любым способом. Любого рода переговоры в ходе проведения конкурсных процедур должны носить строго конфиденциальный характер.

Так, например, нередко в законодательствах отдельно устанавливается, что конкурсная комиссия не вскрывает конверты с конкурсным предложением в случае подачи конкурсного предложения позже срока, установленного для его подачи, или же в случае подачи конкурсного предложения, представленного участником конкурса, которым не были соблюдены установленные правила подачи конкурсного предложения.

Например, в части 4 статьи 31 Закона РФ о концессионных соглашениях установлен запрет на вскрытие конвертов с конкурсным предложением, представленным участником конкурса, которым не были соблюдены установленные конкурсной документацией порядок, размер и (или) срок внесения задатка. Такой конверт не вскрывается и возвращается представившему его участнику конкурса вместе с описью представленных им документов и материалов, на которой делается отметка об отказе в принятии конкурсного предложения.

Кроме того, не вскрывается в соответствии со статьей 27 Закона РФ о концессионных соглашениях и конверт с заявкой на участие в конкурсе, представленной в конкурсную комиссию по истечении срока представления заявок на участие в конкурсе. Такой конверт возвращается представившему ее заявителю вместе с описью представленных им документов и материалов, на которой делается отметка об отказе в принятии заявки на участие в конкурсе.

Принцип равного недискриминационного отношения к участникам процедур

Принцип равного недискриминационного отношения к участникам процедур имеет большое значение для реализации проектов ПЧП в связи с тем, что позволяет отобрать наилучшего кандидата в ходе конкурсной процедуры для осуществления проекта ПЧП.

Принцип ясности, определенности, полноты и достаточности критериев отбора частного партнера

Принцип ясности, определенности, полноты и достаточности критериев отбора частного партнера имеет большое значение для реализации проектов ПЧП в связи с тем, что предоставляет возможность всем кандидатам принять участие в конкурсе, а также заранее оценить свои возможности и перспективы. Например, на эффективный отбор частного партнера в ходе конкурсной процедуры проектов ПЧП нередко оказывал пагубное влияние тот факт, что конкурсная документация была составлена недостаточно четко, участники конкурса не

разобрались в ее положениях по причинам низкого качества ее составления и, как следствие, ряд кандидатов не прошли конкурсный отбор лишь потому, что подали не достаточно полные сведения о себе или подали их в неправильном виде не по своей вине, а по причине того, что конкурсная документация, размещенная на сайте, содержала противоречащие или недостаточно ясные требования.

Указанный принцип нередко встречается и в законодательных актах разных стран. Так, например, в пункте 4 статьи 77 части 9 проекта Правил ПЧП (Подготовка, материально-техническое обеспечение, управление)¹⁵, опубликованных Департаментом по экономическим вопросам при Министерстве финансов Индии на сайте ПЧП в Индии в марте 2012 года¹⁶, указано, что запрос предложений, помимо проекта концессионного соглашения, должен обязательно содержать инструкцию для конкурсантов и отчет по технико-экономическим обоснованиям или инвестиционный меморандум.

Несмотря на то, что Модельный закон отдельно не поясняет, что указанный список принципов открытый, тем не менее, на наш взгляд, это не означает, что указанная статья призывает ограничить принципы, соблюдаемые в ходе процедуры отбора частного партнера, лишь поименованными принципами.

В связи с этим государствам – участникам СНГ необходимо соблюдать общепринятые принципы отбора частного партнера с тем, чтобы в ходе конкурсной процедуры была возможность отобрать действительно лучшего частного партнера из кандидатов, подавших заявки на участие в конкурсе. При выборе кандидатуры частного партнера наиболее важными являются принципы экономии, эффективности, объективности, прозрачности.

Государствам-участникам при разработке национальных законов на основании Модельного закона следует обратить внимание на общепринятые принципы, соблюдаемые в ходе процедуры отбора частного партнера в международной практике проектов ПЧП. Государствам-участникам необходимо обратить особое внимание на необходимость соблюдения следующих принципов.

Принцип эффективности при выборе частного партнера

В целях успешной реализации проектов ПЧП большое значение имеет принцип эффективности при выборе частного партнера – т. е. выбор такого частного партнера, который способен выполнить работы или предоставить услуги наилучшего качества по наиболее выгодной цене. Иногда в целях поиска наиболее выгодного частного партнера публичный партнер может обращаться и к иностранным компаниям, что способствует повышению конкурентоспособности проекта.

Принцип эффективности при отборе частного партнера раскрывается в пункте 9 раздела А главы III Руководства ЮНСИТРАЛ и предполагает выбор частного партнера в течение разумного срока при минимальных затратах и расходах как для публичного партнера, так и для участников конкурсной процеду-

¹⁵ Public Private Partnership (Preparation, Procurement and Management) Rules 2012

¹⁶ Правила еще не вступили в силу и находятся в процессе утверждения. Правила вступят в силу с момента опубликования согласно пункту 2 статьи 1 части 1.

ры. Государствам – участникам СНГ необходимо иметь в виду, что излишние затраты на осуществление конкурсных процедур в конечном счете влияют на повышение стоимости всего проекта ПЧП.

Принципы объективности, справедливости отбора частного партнера

При осуществлении конкурсных процедур также необходимо соблюдать принципы объективности, справедливости отбора частного партнера и предпринимать все возможное для того, чтобы предотвратить злоупотребления при проведении конкурсных процедур как со стороны организаторов конкурса, так и со стороны его участников.

Принцип выделения разумного временного периода на процедуру отбора частного партнера

В последние годы законодатели ряда стран стали уделять повышенное внимание не только скорости реализации проекта ПЧП, но и скорости проведения конкурсных процедур. Так, например, в декабре 2012 года министерство финансов Великобритании издало новое руководство по стандартизации соглашений о ПЧП¹⁷, в котором особое внимание было уделено ускорению конкурсных процедур. В частности, было указано, что срок с даты начала тендерного процесса до даты объявления победителя торгов не должен превышать 18 месяцев.

В Украине в принятом в 2010 году законе об особенностях передачи в аренду и концессию объектов в сферах теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, находящихся в коммунальной собственности¹⁸ установлено еще более серьезное ограничение на максимальный срок с даты начала тендерного процесса до даты объявления победителя торгов – ориентировочно шесть месяцев. На подачу заявок претендентам дается не более 40 дней, на рассмотрение заявок тендерным комитетом – до 10 дней, на подготовку конкурсных предложений участниками, заявки которых были приняты и которые оплатили регистрационный сбор – 90 дней, на рассмотрение и оценку предложений тендерным комитетом – 30 дней, на утверждение результатов оценки тендерного комитета сессией местного совета – до 30 дней.

Принцип тщательного контроля всех этапов конкурсной процедуры в целях минимизации возможных нарушений

Принцип тщательного контроля всех этапов конкурсной процедуры в целях минимизации возможных нарушений имеет большое значение на всех этапах отбора частного партнера в связи с тем, что создает благоприятный климат для здоровой конкуренции и позволяет выиграть конкурс кандидату, чьи показатели и характеристики будут по объективным причинам выше, чем у остальных кандидатов.

Важность усиления контроля подготовки проектов ПЧП была отмечена в

¹⁷ Standardisation of PF2 Contracts. 12/2012

¹⁸ Закон України від 21.10.2010 № 2624-VI «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності»

Великобритании в Руководстве по стандартизации соглашений о ПЧП в соответствии с которым введены дополнительные проверки министерства финансов Великобритании на стадии до конкурса. В дополнение к этому теперь все государственные инвестиции Великобритании должны быть реализованы только министерством.

Определение принципа контроля иногда конкретизируют, называя его принципом минимизации возможных коррупционных действий, содержание которого подробно описывается в пункте 12 раздела А главы III Руководства ЮНСИТРАЛ. В нем отмечается, что способам минимизации возможных коррупционных действий следует уделять особое внимание при осуществлении конкурсных процедур. В связи с этим Руководство ЮНСИТРАЛ приводит такие примеры возможных коррупционных действий, как участие должностных лиц, их родственников и иных связанных с ними лиц в заемном или акционерном капитале компаний, участвующих в процессе отбора. Встречаются также иные примеры недобросовестного воздействия на решение конкурсной комиссии о выборе частного партнера, когда, например, участники конкурсных процедур предлагают в случае положительного решения конкурса в отношении них предоставить различного рода вознаграждения или иные блага должностным лицам или служащим, ответственным за принятие решения по конкурсу. В ряде случаев участники конкурса могут предпринимать попытки оказать давление на должностных лиц, ответственных за принятие такого решения.

Государства – участники СНГ при имплементации указанных норм Модельного закона могут также учесть и другие принципы, которым принято следовать при осуществлении проектов ПЧП в рамках своих юрисдикций.

Статья 3. Комиссия по рассмотрению, оценке и вынесению решения по конкурсу

Модельный закон не регулирует порядок назначения специальной комиссии, которая будет оценивать участников конкурса. Тем не менее, он устанавливает обязанность комиссии по оценке конкурсных предложений выносить такое решение по результатам конкурса, которое отвечало бы критериям мотивированности и обоснованности. Кроме того, государства – участники СНГ вправе устанавливать специальные сроки, в течение которых должно быть принято решение комиссии о результатах конкурса.

При этом государствам-участникам необходимо иметь в виду, что специальной комиссии могут потребоваться специальные консультативные услуги по оказанию помощи в оценке предложений, а также при составлении проекта соглашения и проведении переговоров.

Успешному проведению конкурса способствует и тщательная подготовка к разработке проекта, благодаря которой можно более объективно провести сопоставление и оценку предложений, которая в свою очередь поможет комиссии выявить наилучшего потенциального частного партнера.

Статья 4. Предварительный отбор

Помимо необходимости в соблюдении указанных выше принципов при

проведении конкурсной процедуры государствам – участникам СНГ необходимо обратить внимание также и на отличия конкурсной процедуры в проектах ПЧП от процедуры государственных закупок и связанных с этим особенностей отбора частного партнера в проектах ПЧП, в частности в процессе предварительного отбора участников конкурса, проведения переговоров в ходе конкурсной процедуры.

Процедура предварительного отбора участников конкурса могут повысить привлекательность проектов ПЧП, так как позволяет уже до стадии конкурса отклонить кандидатуры тех участников, которые заведомо не смогут осуществить выполнение условий проекта, или тех участников, которые предлагают заведомо неосуществимые проекты. При этом следует помнить о том, что процедура предварительного отбора оптимальна только для определенной категории проектов (как правило, это особо сложные проекты).

Ограничить количество участников на стадии предварительного отбора можно посредством применения количественных оценок по техническим, управленческим и финансовым критериям с учетом особенностей проекта ПЧП. Применяются иногда и качественные критерии оценки потенциальных частных партнеров на стадии предварительного отбора, однако такие критерии в пункте 48 раздела А главы III Руководства ЮНСИТРАЛ, например, названы более субъективными, чем количественными. При этом в ряде случаев существует практика на этапе конкурсной процедуры повторно не запрашивать информацию, которая уже была предоставлена на этапе предварительного отбора.

В связи с тем, что проекты государственных закупок имеют существенные отличия от проектов ПЧП, некоторые из которых были перечислены в настоящем разделе Комментария, различаются и требования, предъявляемые на этапе отбора подрядчика в проектах государственных закупок и на этапе отбора частного партнера в проектах ПЧП. Следовательно, различаются также и способы, позволяющие повысить интерес к потенциальному проекту и привлечь более квалифицированных частных партнеров.

Во время процедуры предварительного отбора часто рекомендуется устанавливать обязанность организаций-заказчиков предоставлять разъяснения в связи с документацией для предварительного отбора. Часто рекомендуется также публиковать ответы без указания запрашивающего лица для всего круга участников, подавших заявки на участие в конкурсе.

Статья 26 Модельного закона устанавливает, что конкурс может проходить и без проведения предварительного отбора участников в соответствии с решением о реализации проекта ПЧП. Тем не менее, государствам – участникам СНГ следует иметь в виду, что проведение предварительного отбора участников конкурса на осуществление проектов ПЧП крайне желательно и способствует повышению привлекательности проектов ПЧП. В связи с этим государствам-участникам все же по мере возможности рекомендуется придерживаться общего правила, закрепленного в статье 26 Модельного закона, устанавливающего обязательность предварительного отбора.

Статья 5. Этапы подачи конкурсных предложений

После завершения процедуры предварительного отбора публичному партнеру необходимо проанализировать первоначальное технико-экономическое обоснование и формулировку требований к эксплуатационным характеристикам, а также рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в пересмотре таких требований в свете информации, полученной в ходе процедур предварительного отбора.

Подача конкурсных предложений, следующая после процедуры предварительного отбора или осуществляемая без процедуры предварительного отбора участников, может осуществляться как в один этап, так и в несколько этапов.

Необходимость в нескольких этапах процедуры подачи конкурсных предложений может возникнуть в связи с особенностями проекта ПЧП. В ряде случаев эта необходимость вызвана тем, что конкурсной комиссии так проще оценить уровень участников конкурса.

Модельный закон предусматривает следующие этапы подачи конкурсных предложений: подача конкурсного предложения по критериям конкурса и иным вопросам, имеющим технический характер (первый этап), подача конкурсного предложения по критериям конкурса и иным вопросам, имеющим финансовый характер (второй этап), а также иные этапы подачи конкурсных предложений.

Модельный закон, в частности, разъясняет, что если в соответствии с конкурсной документацией подача конкурсных предложений осуществляется в несколько этапов, то требования к решениям, которые могут быть приняты конкурсной комиссией по результатам оценки этапов, не являющихся окончательными, определяются в конкурсной документации. Если иное не предусмотрено конкурсной документацией, результаты оценки предыдущих этапов не учитываются при оценке конкурсных предложений, поданных на последующих этапах. Победитель конкурса определяется на окончательном этапе подачи конкурсных предложений.

Модельный закон особо не разъясняет критерии для разграничения требований на первом и последующих этапах конкурсной процедуры. В связи с этим государства – участники СНГ при наличии такой необходимости вправе разработать свои требования к указанным этапам конкурсной процедуры. Так, например, можно определить, что на первом этапе будет оцениваться лишь спецификация товаров или услуг, которые должны стать результатом проекта, а также иные основные характеристики проекта. По итогам первого этапа иногда разрешается провести переговоры с участниками конкурсной процедуры с тем, чтобы обсудить детали проекта. Причем по итогам такого обсуждения участникам конкурсной процедуры может быть предоставлена возможность для участия в следующем этапе конкурса детализировать или изменить свои спецификации исходя из результатов переговоров. Однако следует с особой осторожностью допускать проведение подобного рода переговоров в связи с тем, что в ходе них могут быть применены способы давления и иного воздействия как на конкурсантов, так и на членов комиссии по отбору частного партнера для проекта ПЧП, о чем будет более подробно рассмотрено далее в настоящем разделе Комментария.

Статья 6. Критерии оценки конкурсной документации

Критерии оценки конкурсной документации имеют большое значение при отборе лучшего из кандидатов, подавших заявки на участие в конкурсе на заключение соглашения о ПЧП.

При разработке указанных критериев особое внимание следует уделить долгосрочным перспективам работы над проектом и, следовательно, возможности потенциального частного партнера осуществлять работу над проектом непрерывно в течение длительного времени, необходимого для успешной реализации и завершения проекта. При оценке наиболее успешного кандидата на заключение соглашения о ПЧП необходимо учитывать достоинства и недостатки конкретного потенциального частного партнера как с точки зрения приоритетности одних критериев перед другими, так и с точки зрения способности кандидата отвечать максимально возможному количеству из поименованных критериев в равной степени.

Модельный закон в пункте 5 статьи 26 содержит ряд критериев оценки конкурсной документации: технико-экономические показатели объекта ПЧП; сроки создания и (или) улучшения объекта ПЧП; гарантии качества объекта ПЧП, предоставляемые партнером; объем финансирования, перечень имущества или имущественных прав, подлежащих предоставлению публичным партнером в целях исполнения соглашения; объем средств частного партнера, подлежащих привлечению для исполнения соглашения; обеспечение исполнения партнерами своих обязательств по соглашению; предельные цены (тарифы) на производимые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги, надбавки к таким ценам (тарифам) при осуществлении деятельности, предусмотренной соглашением о ПЧП; риски, принимаемые на себя партнерами; иные критерии, предусмотренные конкурсной документацией.

Рассмотрим более подробно некоторые из перечисленных критериев.

Технико-экономические показатели

Технико-экономические показатели объекта ПЧП, закрепленные в качестве критерия оценки потенциальных частных партнеров в подпункте 1 пункта 5 статьи 26 Модельного закона, имеют большое значение при оценке конкурсной документации в связи с тем, что они позволяют упростить сопоставительную оценку предложений, сделать процедуру отбора наилучшего кандидата более прозрачной и, следовательно, сократить вероятность принятия субъективных или произвольных решений. Технико-экономические показатели должны подлежать качественной и количественной оценке и быть объективными. К технико-экономическим показателям можно отнести как требования соответствия определенным спецификациям и стандартам, в том числе экологическим (например, улучшение качества воды или качества очистки стоков и доведение их до установленных параметров, снижение потребления энергетических или других ресурсов, обеспечение транспортного потока на заданном уровне), так и достижение иных финансовых и коммерческих показателей в результате реализации проекта.

Сроки создания и (или) улучшения объекта ПЧП

Критерий оценки сроков создания и (или) улучшения объекта ПЧП, закрепленный в подпункте 2 пункта 5 статьи 26 Модельного закона, имеет большое значение, так как позволяет оценить в том числе и момент, с которого объект будет, например, введен в эксплуатацию или же момент, с которого можно будет получать доходы от построенного и введенного в эксплуатацию объекта. Кроме того, способность выполнить работу по проекту в сжатые сроки – это одна из объективных составляющих профессионализма потенциального частного партнера.

Гарантии качества объекта ПЧП, предоставляемые партнером

Критерий оценки качества услуг, закрепленный в качестве критерия оценки потенциальных частных партнеров в подпункте 3 пункта 5 статьи 26 Модельного закона, имеет большое значение, так как устанавливает гарантии обеспечения предоставления соответствующей услуги, отвечающей ожиданиям публичного партнера.

Объем финансирования, перечень имущества или имущественных прав, подлежащих предоставлению публичным партнером в целях исполнения соглашения

При выборе потенциального частного партнера для осуществления проекта ПЧП имеет большое значение объем финансовой и имущественной поддержки, если таковая ожидается, со стороны публичного партнера, поскольку она может быть связана с наложением непосредственной или условной финансовой ответственности на публичного партнера. Пункт 2 статьи 11 Модельного закона указывает на то, что «размер, порядок и условия принятия публичным партнером на себя расходов и предоставления публичным партнером частному партнеру государственных или муниципальных гарантий должны быть указаны в решении о реализации проекта публично-частного партнерства и (или) в конкурсной документации».

Объем средств частного партнера, подлежащих привлечению для исполнения соглашения

Объем средств частного партнера, подлежащих привлечению для исполнения соглашения, пожалуй, должен быть одним из ключевых критериев оценки привлекательности кандидатуры конкретного потенциального частного партнера в связи с тем, что указанный критерий свидетельствует об объективной возможности частного партнера запустить, осуществить работу и, главное, успешно завершить проект ПЧП. Вместе с тем, в отличие от приватизации, когда чем больше средств для реализации проекта предлагает участник конкурса, тем это лучше для государства, в случае ПЧП наблюдается иная картина: чем меньше финансовых средств будет привлечено для достижения установленных публичной властью технико-экономических показателей по результатам реализации проекта, тем дешевле будет этот проект для населения и других потребителей. И, соответственно, тем привлекательнее для публичной власти будет

предложение соответствующего участника конкурса. Ведь все вложения частного партнера должны быть возвращены либо за счет тарифов, либо за счет государственного (местного) бюджета, либо за счет этих двух источников в совокупности.

В Модельном законе перечислены также и квалификационные требования к участникам конкурса, которые могут содержаться в конкурсной документации. В пункте 7 статьи 26 Модельного закона к ним относятся требования к квалификации, профессиональным и деловым качествам участников конкурса, включая требование об отсутствии у участника конкурса задолженности по арендной плате, налоговым и иным обязательным платежам.

Список критериев оценки конкурсной документации открытый, следовательно, государства – участники вправе самостоятельно расширять и дополнять указанный перечень исходя из собственных потребностей.

Так, например, государства-участники могут заимствовать из международной практики и включать в конкурсную документацию такие критерии оценки конкурсных предложений, как потенциальные возможности для социально-экономического развития, операционная осуществимость, стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты и иных сборов в течение срока осуществления проекта ПЧП, затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание объекта, обоснованность предлагаемых механизмов финансирования, степень согласия потенциального частного партнера с предлагаемыми договорными условиями. Они перечислены в пунктах 74–75 Руководства ЮНСИТРАЛ.

Кроме того, критерием оценки потенциальных частных партнеров может быть их предыдущий опыт работы над аналогичными проектами (с учетом их масштаба и особенностей). Так, например, квалификация сотрудников, которых потенциальный частный партнер планирует привлечь к осуществлению проекта, в том числе их стаж, опыт работы и образование, является одним из самых распространенных критериев, которые устанавливаются в качестве обязательного требования к конкурсантам.

Важным критерием оценки потенциального частного партнера является вопрос наличия у потенциального частного партнера технико-эксплуатационного оборудования, необходимого для создания и эксплуатации объекта ПЧП.

В законодательствах ряда стран в качестве одного из квалификационных требований или в качестве условия для участия в процедурах отбора устанавливаются критерии, в соответствии с которыми потенциальные частные партнеры обязуются нанимать местную рабочую силу, использовать национальные товары. Причем в случае несоответствия участника критериям конкурсной документации, условия ее иногда могут формально допускать потенциального частного партнера к участию в конкурсе, но при этом не позволяют ему стать победителем конкурса. Несмотря на возможную привлекательность таких критериев, государствам – участникам СНГ следует применять их с осторожностью в связи с тем, что подобные критерии могут оказаться противоречащими

международным обязательствам, принятым на себя государством, в частности, международным договорам о сотрудничестве и т. п. Кроме того, наличие иностранной конкуренции нередко оказывает благотворное влияние на проекты, так как стимулирует экономию, эффективность и уровень качества предоставляемых услуг.

В практике осуществления проектов ПЧП иногда отмечают необходимость отделения финансовых показателей от нефинансовых, включая такой способ оценки конкурсных предложений, когда финансовые и нефинансовые показатели подаются участниками в отдельных конвертах. Однако указанный способ часто критикуют в связи с тем, что он не позволяет конкурсной комиссии оценить конкурсное предложение, поданное участником, в комплексе. Оценка технических показателей проекта ПЧП в отрыве от финансовых показателей проекта ПЧП может повлиять на объективность решения конкурсной комиссии и лишает возможности сопоставлять все достоинства и недостатки конкурсантов. Например, такую систему оценки предложений не поддерживает Всемирный банк¹⁹.

Статья 7. Переговоры в ходе конкурсной процедуры

Необходимо обратить внимание на то, что проведение переговоров в ходе конкурсной процедуры в соответствии с положениями Модельного закона не предусматривается.

По общему правилу, переговоры в соответствии со статьей 26 Модельного закона предусматриваются лишь с победителем конкурса в целях обсуждения условий соглашения в части, не затрагивающей условий, определенных конкурсной документацией и конкурсным предложением победителя конкурса.

Исключение из этого общего правила установлено лишь в пункте 6 статьи 26 Модельного закона в отношении особо сложных проектов ПЧП, в отношении которых публичный партнер объективно не способен самостоятельно определить наиболее эффективные технические, юридические и финансовые формы реализации проекта. Указанное исключение установлено в целях определения наиболее экономически выгодной формы осуществления проекта.

Запрет на проведение переговоров между публичным партнером и потенциальным частным партнером до момента объявления результатов конкурса имеет большое значение, так как результатом таких переговоров может стать оказание давления на потенциального частного партнера с тем, чтобы он предложил более низкую цену или предоставил более благоприятное предложение по сравнению с его конкурентами.

Указанный запрет на проведение переговоров между публичным партнером и потенциальным частным партнером до момента объявления результатов конкурса соответствует общепринятой международной практике. Такой запрет закреплен, например, в статье 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг.

В связи с тем, что существует серьезный риск злоупотребления со сторо-

¹⁹ Пункт 80 раздела С главы III Руководства ЮНСИТРАЛ.

ны публичного партнера в ходе переговоров с потенциальными частными партнерами во время проведения конкурсной процедуры, государствам – участникам СНГ следует с осторожностью отнестись к расширению перечня указанных исключений и, возможно, следует более детально прописать в национальных законах, которые будут приняты на основании Модельного закона, какие именно проекты ПЧП следует относить к особо сложным. Кроме того, в связи с тем, что в пункте 6 статьи 26 Модельного закона не установлены критерии отнесения проектов ПЧП к особо сложным, это может вызвать разногласия и споры при имплементации этой нормы на практике.

Статья 8. Право на изменение или отзыв конкурсного предложения участником конкурса

Право на изменение или отзыв конкурсного предложения участником конкурса в одностороннем порядке в любое время до истечения срока представления в конкурсную комиссию конкурсных предложений закреплено в пункте 11 статьи 26 Модельного закона. Причем участник конкурса не вправе подавать два или более конкурсных предложений в рамках одного и того же этапа подачи конкурсных предложений.

Закрепленное в Модельном законе право на изменение конкурсного предложения участником конкурса в одностороннем порядке в любое время до истечения срока представления в конкурсную комиссию конкурсных предложений имеет большое значение в связи с тем, что позволяет конкурсанту доработать поданную документацию и, соответственно, получить дополнительные шансы на победу в конкурсе на осуществление проекта ПЧП.

Необходимо отметить, что указанное право требует более детальной конкретизации в законодательстве государств – участников СНГ для того, чтобы такое право было защищено.

Так, например, иногда в конкурсной документации отдельно устанавливается, что в случае изменения конкурсного предложения конкурсная комиссия не вскрывает конверт с исходным конкурсным предложением, а вскрывает лишь конверт с актуальным запросом предложений. Закон РФ о концессионных соглашениях, в частности, устанавливает, что конкурсная комиссия обязана рассмотреть новую заявку или не вскрывать конверт с конкурсным предложением в случае отзыва заявки, если новая заявка или уведомление об отзыве ранее поданной заявки поступило в конкурсную комиссию не позднее окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе

Право на отзыв конкурсного предложения участником конкурса в одностороннем порядке в любое время до истечения срока представления в конкурсную комиссию конкурсных предложений требует также более детальной конкретизации в законодательстве государств – участников СНГ в связи с тем, что оно имеет непосредственное отношение к вопросам защиты от раскрытия информации третьим лицам, что может нанести серьезный ущерб конкурсантам. Конкурсанты при подаче конкурсных предложений раскрывают о своей компании как финансово-хозяйственную информацию, так и, нередко, ноу-хау, достижения и иную информацию лишь в целях участия в конкретном конкурсе.

В случае если конкурсант вдруг на каком-то этапе сочтет нецелесообразным дальнейшее участие в конкурсе, предоставленная информация должна остаться неразглашенной. А в случае когда отзыв имел место до истечения срока представления в конкурсную комиссию конкурсных предложений, указанная информация должна остаться неразглашенной в том числе и перед членами конкурсной комиссии в целях дополнительной защиты конкурсантов. Указанные меры крайне необходимы для того, чтобы содержащееся в Модельном законе право на отзыв конкурсного предложения было защищено надлежащим образом.

Глава 8. ПРЯМЫЕ ПЕРЕГОВОРЫ

В международной практике существует неоднозначное отношение к проведению переговоров с потенциальными исполнителями работ по осуществлению проектов.

В частности, Руководство ЮНСИТРАЛ проводит сравнение необходимости проведения таких переговоров при государственных закупках и проектах ПЧП. По итогам указанного сравнения в Руководстве сделан вывод, что проведение переговоров при государственных закупках не рекомендуется, в отличие от проведения переговоров при подготовке к проектам ПЧП.

Так, законы и правила разных стран, регулирующие процедуры торгов при проведении закупок, нередко запрещают проведение переговоров между организацией-заказчиком и подрядчиками относительно представленных ими предложений, о чем, в частности, идет речь в Руководстве ЮНСИТРАЛ. Связано это с тем, что переговоры с потенциальными подрядчиками могут быть использованы как метод давления на них, чтобы, например, конкретный подрядчик предложил более низкую цену или представил более благоприятное предложение.

В отличие от государственных закупок, в проектах ПЧП с учетом их сложности и продолжительности осуществления существует крайне малая вероятность того, что публичному и частному партнеру удастся согласовать все условия без переговоров и внесения дополнительных корректировок, позволяющих сделать процедуру взаимного сотрудничества более эффективной в интересах реализации проекта. При этом необходимо сохранить и прозрачность таких переговоров.

Руководство ЮНСИТРАЛ также разъясняет, что процедура переговоров в ряде случаев более выгодна, так как она более гибкая по сравнению с конкурсной процедурой. В то же время, как правило, законодательство государств предусматривает, что гибкость проведения прямых переговоров не предусматривает гибкость в обращении к данной форме выбора частного партнера²⁰.

В связи с наличием ряда положительных черт, присущих использованию процедуры прямых переговоров для отбора частного партнера, возможность проведения прямых переговоров предусматривается и в статье 27 Модельного закона «Переговоры о заключении соглашения о ПЧП без проведения конкур-

²⁰ Пункт 86 раздела D главы III Руководства ЮНСИТРАЛ.

са».

Данная статья разъясняет основания проведения переговоров о заключении соглашения о ПЧП, устанавливает обязанность публиковать решение о проведении переговоров о заключении соглашения о ПЧП, основные требования к проведению таких переговоров.

Как уже было отмечено выше в главе 6 настоящего Комментария, отбор частного партнера, по общему правилу, осуществляется в ходе конкурсной процедуры за исключением ряда случаев, установленных в Модельном законе, а также законодательством государств – участников СНГ при условии, что заключение соглашения о ПЧП без проведения конкурса в наибольшей степени отвечает публичному интересу. К таким исключениям, при которых соглашение о ПЧП заключается без проведения конкурсной процедуры, Модельный закон в статье 25 относит случаи возникновения потребности публичного субъекта в определенных товарах, работах, услугах в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой силы или иных чрезвычайных обстоятельств, обуславливающих невозможность проведения конкурса; случаи реализации краткосрочного (не превышающего пяти лет) проекта ПЧП стоимостью не более суммы, определенной законодательством государства-участника; случаи реализации проекта ПЧП, связанного с обеспечением обороноспособности и безопасности государства-участника; случаи, если объект ПЧП или земельный участок, на котором будет размещен объект ПЧП, находится во владении, пользовании или собственности частного партнера, либо необходимым условием для реализации соглашения о ПЧП являются права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации частного лица.

В связи с тем, что государства – участники СНГ при имплементации положений Модельного закона могут предусмотреть иные исключения, при которых допустимо заключение соглашения о ПЧП посредством прямых переговоров, они могут использовать международный опыт применения процедуры прямых переговоров.

Международная практика отбора частного партнера путем прямых переговоров при реализации проектов ПЧП часто распространяется на случаи, когда приглашение к участию в конкурсе было опубликовано, однако никаких заявок или предложений представлено не было или же все предложения были отклонены, и когда, по мнению публичного партнера, новая подобная публикация вряд ли будет более успешной. Прямые переговоры могут быть допустимы также и в случаях, когда заведомо известно, что необходимый спектр услуг может быть осуществлен только одним частным партнером, или же в случаях особо срочной необходимости в предоставлении соответствующих услуг.

В ряде стран законодательство о ПЧП распространяет на прямые переговоры особые процедуры их осуществления с тем, чтобы сделать их максимально справедливыми и объективными.

Существуют и иные способы обеспечения условий для того, чтобы процедура прямых переговоров отвечала признакам справедливости, здоровой конкуренции и беспристрастности. В этих целях ряд требований накладывается на публичного партнера. Кроме того, устанавливаются и специальные требова-

ния к отбору потенциального частного партнера.

К требованиям, накладываемым на публичного партнера в целях повышения прозрачности отбора частного партнера для проектов ПЧП во время прямых переговоров, относятся, в частности, требования в отношении раскрытия публичным партнером информации о ходе процедуры отбора частного партнера, как например составления и официального опубликования отчета о процедурах отбора и уведомления о выборе частного партнера. В ряде случаев устанавливается обязанность публичного партнера осуществить публикацию в открытых и общедоступных источниках о планируемой процедуре переговоров. В ряде стран публичный партнер обязан заручиться разрешением вышестоящего органа на проведение отбора путем прямых переговоров. Это разрешение может быть получено на основании заявки с обоснованием причин, почему публичный партнер считает процедуру отбора частного партнера путем прямых переговоров для конкретного проекта более приемлемой, чем конкурсная процедура отбора.

К требованиям по отбору частного партнера относятся, например, определенные критерии для определения уровня компетентности потенциальных частных партнеров. Кроме того, законодательство ряда стран устанавливает необходимое минимальное количество потенциальных частных партнеров, которые должны принять участие в переговорах.

В процессе имплементации статьи 27 Модельного закона государствам – участникам СНГ необходимо помнить о том, что процедура прямых переговоров в отличие от конкурсной процедуры отбора частного партнера имеет ряд недостатков. В частности, к отрицательным чертам прямых переговоров, например, Руководство ЮНСИТРАЛ относит недостаточную прозрачность переговоров по сравнению с конкурсной процедурой отбора частного партнера, наличие рисков различных злоупотреблений и коррупции²¹.

В связи с тем, что процедура отбора частного партнера путем прямых переговоров имеет ряд недостатков, можно сделать вывод, что, в целом, ограничения, установленные в пункте 2 статьи 25 Модельного закона в отношении случаев применения процедуры прямых переговоров, имеют большое значение и государствам – участникам СНГ следует отнестись с большой осторожностью к расширению установленного в Модельном законе перечня ограничений, даже несмотря на то что Модельный закон отдельно разъясняет, что расширение указанного списка исключений находится в компетенции законодательства государств-участников.

Помимо вышеизложенного, государствам-участникам следует обратить внимание на подпункт 4 пункта 2 статьи 25 Модельного закона «Процедуры отбора частных партнеров», в соответствии с которым соглашение о ПЧП может заключаться, «если никто, кроме определенного лица, в силу принадлежности ему исключительных прав... земельного участка, другого объекта недвижимости и иного имущества, являющегося непременным условием реализации проекта публично-частного партнерства, не может выполнить соответствующие

²¹ Пункт 88 раздела D главы III Руководства ЮНСИТРАЛ.

работы, оказать услуги или выполнить иные действия, необходимые для реализации проекта публично-частного партнерства». Существует риск злоупотреблений положением указанного подпункта Модельного закона в связи с тем, что критерии конкурса для приобретения земельного участка во владение, пользование или собственность, как правило, менее жесткие, нежели критерии конкурса для заключения соглашения о ПЧП. Связано это с тем, что реализация проектов ПЧП не является основной целью регулирования земельного законодательства, для этого и разрабатывается специальное законодательство о ПЧП. Исходя из сказанного, особое внимание следует уделить такой формулировке критериев, которая бы обеспечивала максимально возможную конкуренцию (например, чтобы на конкурс могли выйти несколько собственников подходящих земельных участков, а не только один).

Кроме того, во многих государствах – участниках СНГ существует возможность выкупа публичной властью земельных участков (объектов недвижимости) в связи с общественной необходимостью. При наличии таких законодательных норм использование процедуры прямых переговоров для случая, если земельный участок, на котором будет размещен объект ПЧП, находится во владении, пользовании или собственности потенциального частного партнера, лишено смысла. Например, статьей 41 Конституцией Украины определено, что принудительное отчуждение объектов права частной собственности может быть осуществлено в исключительных случаях по мотивам общественной необходимости в порядке и в случаях, установленных законом, при условии предварительной и полной компенсации их стоимости. Порядок и случаи отчуждения земельных участков для общественных потребностей определены в Законе Украины «Об отчуждении земельных участков, размещенных на них других объектов недвижимости, находящихся в частной собственности, для общественных нужд или в связи с общественной необходимостью».

Необходимо также обратить внимание на пункт 3 статьи 27 Модельного закона, который устанавливает, что орган, уполномоченный на организацию проведения переговоров, должен обеспечить проведение переговоров с максимально возможным количеством потенциальных партнеров. Указанный пункт не устанавливает максимальное или минимальное количество участников переговоров. Слишком большое число участников процедуры переговоров может привести к тому, что некоторые потенциальные частные партнеры, которые могли бы предложить наиболее выгодные условия сотрудничества, окажутся недостаточно уверены в своих перспективах в отношении проекта ПЧП и откажутся от участия в переговорах, посчитав, что их шансы на получение права заключить соглашение ПЧП слишком низки. И наоборот, если в переговорах принимает участие недостаточное количество потенциальных частных партнеров, это может негативно сказаться на конкуренции и не позволить публичному партнеру заключить соглашение на оптимальных условиях, что в свою очередь может серьезно снизить эффективность проекта ПЧП. При необходимости государства – участники СНГ могли бы установить соответствующие ограничения максимального или минимального количества участников переговоров с тем, чтобы повысить привлекательность проектов ПЧП.

Так, в зарубежном опыте подготовки проектов ПЧП часто встречаются примеры, когда устанавливаются подобные ограничения максимального или минимального количества участников переговоров. В частности, статья 11b Положения Парламента Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии № 17 от 9 января 2006 года «О государственных контрактах» устанавливает минимальное число (три) участников переговоров о заключении соглашения ПЧП без проведения конкурса. Помимо этого, в статьях 11 и 12 указанного Положения предусмотрено право публичного органа установить максимальное число участников конкурса при условии, что это число окажется «достаточным для обеспечения реальной конкуренции» в ходе переговоров.

В связи с этим национальным законодателям, которые будут осуществлять имплементацию Модельного закона, можно посоветовать предусмотреть минимальный порог в два или три участника, а также предоставить права устанавливать некий разумный и не ограничивающий конкуренцию максимальный порог.

Государствам-участникам стоит обратить внимание на то, что прямые переговоры должны отвечать принципам прозрачности, беспристрастности и справедливости с тем, чтобы они имели положительные результаты для осуществления проекта. В ряде случаев процедура прямых переговоров может потребовать привлечения высококвалифицированного персонала, обладающего опытом в согласовании сложных условий проектов ПЧП, а также создания специальных групп по проведению переговоров с четким разграничением полномочий участников. Необходимость соблюдения указанных принципов отмечается, в частности, в пункте 88 раздела D главы III Руководства ЮНСИТРАЛ.

Раздел IV. СОГЛАШЕНИЕ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

Глава 9. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Статья 1. Соглашение о публично-частном партнерстве и его функции

Соглашение о ПЧП (далее – СПЧП) – это основополагающий для реализации проекта ПЧП документ. Функциями СПЧП являются:

- описание содержания проекта ПЧП и его назначения;
- регламентация прав и обязанностей частного и публичного партнеров в проекте ПЧП;
- закрепление положений о распределении рисков в проекте ПЧП;
- установление особенностей реализации проекта ПЧП;
- другие.

СПЧП может быть единым документом, а может состоять из нескольких договоров между частным партнером и публичным партнером (партнерами) (например, центральным и местным (федеральным) органом публичной власти), каждый из которых регламентирует отдельные вопросы реализации про-

екта ПЧП²².

Статья 2. Подходы к регулированию соглашения о публично-частном партнерстве и правовая природа

В зарубежной практике выделяется три подхода к законодательному закреплению положений о содержании СПЧП:

- в некоторых государствах на уровне закона закрепляются лишь общие положения о заключении СПЧП между частным и публичным партнером;
- законы других государств содержат развернутый список императивных требований к содержанию СПЧП (например, закрытый перечень существенных условий, которые необходимо закреплять в СПЧП, закрытый перечень объектов СПЧП);
- комбинированный подход заключается в перечислении ряда положений, которые рекомендуется закреплять в СПЧП, без детальной расшифровки их содержания²³.

Подход, используемый в Модельном законе, можно скорее назвать императивным. В нем перечислен ряд требований к СПЧП:

- требование возмездности СПЧП (пункт 6 статья 12);
- императивные предписания по поводу публикации СПЧП (пункт 9 статья 12);
- требование соблюдения существенных условий СПЧП (существенными являются только условия СПЧП, перечисленные в пункте 1 статьи 15 Модельного закона);
- требования к заключению, изменению и прекращению СПЧП (статья 16);
- другие требования.

Также в мировой практике существуют различия в подходах к правовому режиму СПЧП. В некоторых правовых системах СПЧП является административным договором, т. е. соглашением, подчиненным публично-правовым нормам²⁴. В Модельном законе, напротив, в определении СПЧП устанавливается гражданско-правовой характер этого договора (статья 2). Принципиальное отличие такого режима от административно-правового регулирования СПЧП заключается в равноправном характере взаимоотношений публичного и частного партнеров, что закреплено как один из принципов ПЧП в статье 4 Модельного закона и подтверждено в пункте 1 статьи 21. Равенство сторон является важнейшим и общепризнанным принципом гражданского права. Так, например, в пункте 1 статьи 124 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено: «Российская Федерация, субъекты Российской Федерации: республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа, а также городские, сельские поселения и другие муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юри-

²² Пункт 1 раздела А главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ.

²³ Пункт 1 раздела А главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ.

²⁴ Пункт 24 раздела В главы VII Руководства ЮНСИТРАЛ.

дическими лицами». Однако, безусловно, СПЧП не является типичным гражданско-правовым договором, что предусматривается в пункте 3 статьи 11 Модельного закона, закрепляющем смешанный характер СПЧП. Действительно, в рамках ПЧП договорные отношения частного и публичного партнера могут включать элементы таких гражданско-правовых договоров, как договор купли-продажи, договор поставки товаров для государственных или муниципальных нужд, договор аренды, договор подряда, договор займа и т. д. Возможность заключать смешанные договоры предусмотрена национальным законодательством государств – участников СНГ, например, пунктом 3 статьи 421 Гражданского Кодекса Российской Федерации.

Глава 10. ПОДГОТОВКА И ЗАКЛЮЧЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

Статья 1. Подготовка соглашения о публично-частном партнерстве

Подготовка СПЧП, как и подготовка собственно проекта ПЧП, осуществляется согласно пункту 1 статьи 7 Модельного закона «уполномоченным публичным органом в порядке, установленном правовыми актами государства и в пределах предоставленных публичному органу бюджетных полномочий». Причем согласно пункту 2 статьи 7 Модельного закона такая подготовка должна осуществляться «на основе предварительных финансово-экономических расчетов, обеспечивающих выявление рациональности и эффективности проекта ПЧП и его оптимальной формы в целях реализации проекта». Таким образом, финансово-экономические расчеты должны доказать, во-первых, целесообразность реализации того или иного проекта на основе ПЧП (а не в форме государственного заказа либо приватизации государственного имущества), а во-вторых, оптимальность той или иной модели ПЧП для реализации конкретного проекта. После выяснения целесообразности реализации проекта на основе той или иной модели ПЧП основной задачей компетентного органа при подготовке СПЧП будет являться разработка его условий: существенных условий СПЧП, а также иных условий СПЧП.

При подготовке СПЧП важно детально проработать все его разделы, ориентируясь при этом на единую цель соглашения. Как правило, процесс подготовки СПЧП состоит из нескольких этапов.

Первым шагом может быть подготовка документа, содержащего основные коммерческие условия. Когда основные условия согласованы и одобрены, необходимо уделить внимание аспектам, которые могут потребовать привлечения специалистов. Так, например, управление рисками подразумевает необходимость проведения мониторинга рынка и желательно с привлечением консультантов.

При подготовке СПЧП важно учитывать риски, которые могут возникнуть в ходе реализации проекта. В зарубежных руководствах по ПЧП рассматриваются следующие риски ПЧП:

- риски на стадии планирования, например:
 - а) риск ошибок в планировании проекта;

- б) риск отказа в разрешении на реализацию проекта;
- в) риск возникновения необходимости изменения конкурсной документации вследствие изменения законодательства, смены руководства органов публичной власти, изменением условий реализации проекта и т. п.;
 - риски на стадии строительства, например:
 - а) риск некачественного выполнения строительных работ;
 - б) риск дефектов грунта основания, неутилизированных отходов и токсичных веществ;
 - в) риск превышения сроков и (или) стоимости строительства;
 - г) риск банкротства частного партнера на стадии строительства;
 - риски на стадии эксплуатации, например:
 - а) риск вандализма;
 - б) риск изменения законов, технических норм и стандартов;
 - в) риск рейдерского захвата;
 - г) риск банкротства частного партнера на стадии эксплуатации;
 - д) риск падения спроса и невостребованности объекта;
 - финансовые риски, например:
 - а) риск повышения налога на добавленную стоимость;
 - б) риск инфляции;
 - иные риски, которые могут возникнуть в будущем²⁵.

Статья 2. Заключение соглашения о публично-частном партнерстве

Согласно пункту 1 статьи 16 Модельного закона, заключение СПЧП осуществляется по итогам отбора частного партнера в соответствии с положениями главы 4 Модельного закона²⁶.

Необходимо отметить, что для проектов ПЧП характерна длительная фаза переговоров, предшествующих подписанию СПЧП. Национальное законодательство может предписывать выполнение определенных формальных требований, затягивающих вступление в силу СПЧП. Такими требованиями в разных государствах являются требование одобрения СПЧП местным советом (в случае муниципальной собственности), вышестоящим органом исполнительной власти либо высшим законодательным органом государства, а в некоторых случаях для вступления в силу СПЧП может потребоваться внесение изменений в национальное законодательство²⁷.

Согласно Руководству ЮНСИТРАЛ к затягиванию заключения СПЧП может привести следующие факторы:

- недостаточный опыт сторон в реализации ПЧП;
- затрудненное взаимодействие исполнительных органов власти различного уровня;
- недостаточная уверенность частного партнера в государственной поддержке проекта ПЧП;

²⁵ PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private Partnerschaften. Zweite, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage. VVB, 2009. S. 77.

²⁶ Подробнее о конкурсной процедуре см. соответствующий раздел настоящего Комментария.

²⁷ Пункт 9 раздела А главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ. С. 105.

– сложности в предоставлении кредиторам обеспечения исполнения обязательств²⁸.

В связи с вышеперечисленным необходимо обеспечить проведение последовательной и единообразной государственной политики в сфере ПЧП и оказывать экспертную поддержку государственным органам и учреждениям, выступающим на стороне публичного партнера в проектах ПЧП. Это может достигаться путем издания компетентными органами методических рекомендаций по реализации проектов ПЧП, а также разработки имеющих рекомендательный характер модельных (типовых) СПЧП в различных сферах.

Глава 11. СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ, ИНЫЕ УСЛОВИЯ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ. ТИПОВЫЕ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

Статья 1. Существенные условия соглашения о публично-частном партнерстве

Перечень существенных условий СПЧП содержится в пункте 1 статьи 15 Модельного закона и включает:

1) предмет соглашения: объем, содержание и другие требования, предъявляемые к работам и услугам, связанным с проектом публично-частного партнерства, а также иные условия, относящиеся к предмету договора в зависимости от видов договоров, элементы которых содержатся в соглашении о публично-частном партнерстве;

Например, при заключении СПЧП по модели BLT («build – lease – transfer», т. е. модель «строительство – аренда – передача в собственность»), это будут условия, типичные для договоров аренды и купли-продажи (так как такое СПЧП будет содержать элементы, типичные для этих договоров: на протяжении срока соглашения частный партнер будет сдавать объект ПЧП в аренду публичному партнеру, а по окончании действия соглашения по модели BLT, как правило, частный партнер продает объект ПЧП публичному партнеру).

2) сроки и порядок выполнения работ (оказания услуг), связанных с проектом ПЧП, а также цели использования (эксплуатации) объекта ПЧП;

Говоря о сроках реализации проектов ПЧП, важно учитывать, что одной из принципиальных характеристик ПЧП, отличающих его от других форм взаимодействия публичного и частного секторов, является его долгосрочный характер. Также следует отметить, что зачастую обязанности частного партнера в рамках реализации проекта ПЧП включают как выполнение работ, так и оказание услуг (например, при концессионной модели ПЧП частный партнер сначала выполняет строительные работы, а затем обеспечивает предоставление потребителям платных либо бесплатных услуг по пользованию сооруженным и (или) реконструированным объектом). Поэтому в СПЧП необходимо четко закрепить сроки и порядок как выполнения работ, так и оказания услуг. Как правило,

²⁸ Пункт 10 раздела А главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ.

меньшая часть срока СПЧП (в начале срока) отведена строительству либо реконструкции объекта, а большая часть срока соглашения (вся оставшаяся часть после строительства (реконструкции)) отведена на эксплуатацию объекта ПЧП. Что касается целей использования объекта ПЧП, то необходимо учитывать, что ПЧП реализуется в отношении объектов, находящихся в сфере публичного интереса и контроля (согласно пункту 1 статьи 2 Модельного закона), и, таким образом, цели использования объекта ПЧП в любом случае связаны с реализацией тех или иных публичных функций (будь то создание транспортной инфраструктуры, обеспечение национальной безопасности или предоставление населению образовательных или медицинских услуг).

3) сроки и порядок передачи права собственности, прав владения и пользования объектом ПЧП, а также, если применимо, прав на земельные участки и иных имущественных прав, необходимых для реализации проекта ПЧП;

Отдельно от сроков и порядка выполнения работ и (или) оказания услуг в СПЧП должны быть установлены срок и порядок передачи имущественных прав на объект ПЧП. При разных моделях ПЧП имущественно-правовой статус объекта ПЧП может различаться кардинальным образом. Так, объект ПЧП может в течение всего срока СПЧП находиться в собственности публичного партнера, при этом частный партнер будет иметь на него лишь право владения и (или) пользования. В случае применения иной модели ПЧП объект соглашения может в течение всего срока СПЧП находиться в собственности частного партнера, который может передать право собственности на объект по истечении срока СПЧП (в СПЧП может быть закреплена как обязанность частного партнера осуществить такую передачу, так и его право отказаться от такой передачи).

В ряде государств – участников СНГ законодательством установлен прямой запрет на нахождение объекта ПЧП в собственности частного партнера. Так, например, в действующей редакции Закона Украины от 1 июля 2010 г. № 2404-VI «О государственно-частном партнерстве» определено, что объектами ГЧП являются объекты, находящиеся в государственной или коммунальной собственности (пункт 1 статьи 7)²⁹.

Наличие ограничений относительно собственности объектов ГЧП увеличивает риски частного партнера и, как следствие, в лучшем случае приводит к росту стоимости проекта для публичной власти, в худшем – к отсутствию интереса к реализации данного проекта со стороны частного бизнеса. Государствам

²⁹ Вместе с тем изменениями в этот Закон, которые вступают в силу 24 мая 2016 года, предусмотрено, что объекты ГЧП, созданные или приобретенные частным партнером на исполнение договора ГЧП, могут принадлежать ему на праве собственности и использоваться им или государственным партнером в порядке и на условиях, предусмотренных договором. При этом подобные объекты подлежат передаче государственному партнеру в порядке и в сроки, предусмотренные договором, но не позднее даты прекращения такого договора. Кроме того, в соответствии с новой редакцией закона о ГЧП объекты, созданные или приобретенные в рамках договора ГЧП и находящиеся в собственности частного партнера, в случае если это предусмотрено договором, не могут быть переданы в залог, лизинг, аренду или другое пользование или владение. Подобные ограничения относительно таких объектов подлежат обязательной регистрации в определенном законом порядке. Новой редакцией закона о ГЧП также предусмотрена возможность возникновения совместной частичной собственности государственного и частного партнера на объекты, созданные или приобретенные в рамках выполнения договора о ГЧП.

– участникам СНГ следует обратить внимание на целесообразность пересмотра данного ограничения по отношению к новым объектам, которые могут быть построены в рамках ПЧП, в особенности для тех сфер, риски вхождения в которые для частных партнеров чрезвычайно высоки. Закрепление в законодательстве подобной нормы позволит повысить интерес частного бизнеса к участию в проектах ПЧП, а также снизить стоимость их реализации для государства.

4) описание, в том числе технико-экономические показатели и состав объекта публично-частного партнерства и иного передаваемого по соглашению имущества, цели и срок их использования (эксплуатации), а также, если применимо, условия, сроки и порядок их возврата предоставившей стороне, требования к качеству передаваемых и возвращаемых объектов публично-частного партнерства и иного имущества;

Согласно статье 13 Модельного закона ПЧП может применяться в отношении объектов публично-частного партнерства в любых сферах.

Также из положения статьи 13 Модельного закона косвенно следует, что в один проект ПЧП могут быть объединены различные виды объектов ПЧП (например, электростанция и ведущая к ней автомобильная дорога), поскольку в указанном положении используется множественное число («объекты»). Однако такое объединение может быть признано недопустимым согласно положениям национального законодательства государств – участников СНГ. Например, российское концессионное законодательство до 1 мая 2015 года, когда вступили в силу соответствующие поправки в Закон РФ о концессионных соглашениях, не предоставляло возможность заключения СПЧП (концессионного соглашения) в отношении нескольких объектов одновременно. Такое ограничение в ряде случаев может служить препятствием для реализации проектов ПЧП в отношении объектов, которые формально могут относиться к разным видам объектов, но фактически используются в едином производственном цикле. Например, некоторые объекты социальной инфраструктуры являются необходимым элементом в системе эксплуатации опасных производственных объектов. Объекты теплоснабжения – элементом объектов социальной инфраструктуры (школ, детских садов, больниц) в случае, если проектом ПЧП предполагается их термомодернизация и обслуживание.

К иному имуществу по смыслу рассматриваемого подпункта Модельного закона могут относиться дополнительные по отношению к основному объекты (или земельные участки, имеющие определенное целевое назначение), которые будут служить для частного партнера в качестве так называемого компенсаторного бизнеса. Такой подход даст возможность значительно повысить привлекательность проекта для частного бизнеса, при этом обеспечив доступность услуг, предоставляемых жителям территории с использованием основного объекта, для строительства (модернизации) которого и планировался проект ПЧП.

Что касается условий, сроков и порядка возврата объекта ПЧП предоставившей стороне, то они определяются используемой в том или ином проекте моделью ПЧП.

5) условия и сроки перехода бремени содержания имущества, передаваемого по соглашению, а также рисков случайной гибели или повреждения ука-

занного имущества, порядок распределения между сторонами иных рисков, предусмотренных соглашением о публично-частном партнерстве;

Согласно статье 2 Модельного закона распределение рисков является неотъемлемым признаком, без которого проект нельзя признать проектом ПЧП в смысле Модельного закона. То же самое можно сказать о бремени содержания объекта ПЧП: сама сущность ПЧП заключается в передаче государством бремени содержания тех или иных объектов в частные руки.

б) способы, размеры и срок обеспечения исполнения частным и публичным партнерами обязательств, предусмотренных предметом соглашения, а также обязательств по передаче имущества по соглашению;

Подробнее об этом условии смотри раздел VI настоящего Комментария.

7) срок действия соглашения и (или) порядок его определения;

В государствах – участниках СНГ СПЧП, как правило, заключаются на срок 15–30 лет, но в мировой практике этот срок может быть и большим. Например, концессионное соглашение о строительстве и эксплуатации автодороги SH 130 в штате Техас (США), было заключено на 50 лет³⁰, а эксплуатация и обслуживание автодороги Pocahontas 895 в штате Виргиния (США), осуществляется на основе СПЧП, заключенного на 99 лет³¹. В Украине срок действия СПЧП составляет от 5 до 50 лет³².

8) формы, размер, сроки, условия или порядок выплаты вознаграждения: платы за доступность объекта, платы частного партнера публичному партнеру и (или) иных платежей, включая распределение доходов в связи с осуществлением проекта публично-частного партнерства;

Это положение обусловлено принципом возмездности СПЧП, закрепленным в пункте 6 статьи 12 Модельного закона. Плата за доступность – это вознаграждение, выплачиваемое частному партнеру за счет средств соответствующего бюджета после ввода сооруженного или реконструированного объекта СПЧП в эксплуатацию. Она предусматривается в случаях, когда частный партнер не получает доходы от эксплуатации объекта ПЧП или доходы от ПЧП не покрывают значительную часть затрат частного партнера на реализацию проекта ПЧП.

Плата публичному партнеру предусматривает совершение выплат частным партнером в бюджет соответствующего уровня, т. е. это механизм, прямо противоположный плате за доступность. Согласно пятому абзацу пункта 6 статьи 12 Модельного закона плата частного партнера публичному партнеру может представлять собой единовременно либо периодически выплачиваемые платежи (например, широко известные «концессионная плата» или «арендный платеж»); долю продукции или доходов, полученных частным партнером в результате эксплуатации объекта СПЧП; а также передачу публичному партнеру в собственность имущества, находящегося в собственности частного партнера.

СПЧП может не предусматривать ни платы за доступность, ни платы публичному партнеру, что должно быть отдельно оговорено в соглашении. Од-

³⁰ URL: http://www.fhwa.dot.gov/ipd/project_profiles/tx_sh130.htm.

³¹ URL: http://www.pocahontas895.com/about_pocahontas_895/public_private_partnership.html.

³² Статья 1 Закона Украины от 1 июля 2010 г. № 2404-VI «О государственно-частном партнерстве».

нако в таком случае в СПЧП рекомендуется установить порядок распределения доходов в связи с осуществлением проекта ПЧП, что обусловлено указанным выше принципом возмездности СПЧП.

9) иные существенные условия, предусмотренные настоящим Законом и законодательством государства;

Модельный закон не содержит каких-либо условий, которые можно было бы считать «иными существенными условиями» СПЧП. Однако в ряде государств – участников СНГ принято национальное законодательство, посвященное ПЧП в целом (например, Закон Украины «О государственно-частном партнерстве») или его отдельным формам (например, Закон РФ о концессионных соглашениях). Причем некоторые из таких национальных законов устанавливают иные существенные условия СПЧП, например условие о «порядке возмещения расходов сторон в случае досрочного расторжения концессионного соглашения», закрепленное в подпункте 6.3 части 1 статьи 10 Закона РФ о концессионных соглашениях.

Статья 3. Иные условия СПЧП

Остальные условия СПЧП, не упомянутые в вышеприведенном перечне и не закрепленные в национальном законодательстве государств – участников СНГ в качестве существенных, являются так называемыми «иными условиями СПЧП». В пункте 2 статьи 15 Модельного закона приведен перечень таких условий, который является открытым. В числе иных условий СПЧП упомянуты:

1) обязательства сторон по подготовке территории, необходимой для создания и (или) улучшения объекта публично-частного партнерства и (или) для осуществления деятельности, предусмотренной соглашением;

Важным для реализации проектов ПЧП является вопрос, кто и за чей счет будет осуществлять подключение объекта ПЧП к инженерным и иным коммуникациям.

2) технико-экономические показатели и характеристики проектирования, создания (реконструкции, иного улучшения) и (или) эксплуатации объекта публично-частного партнерства;

Как правило, такие показатели и характеристики включаются в СПЧП во избежание споров между сторонами о соответствии объекта ПЧП тем или иным требованиям.

3) обязательства частного партнера по реализации производимых товаров, выполнению работ, оказанию услуг на внутреннем рынке в течение срока, установленного СПЧП;

Особенно важными такие обязательства являются в случае, если объект ПЧП является объектом, перебой в деятельности которого крайне негативно скажутся на конечном потребителе.

4) обязательства частного партнера по реализации производимых товаров, выполнению работ, оказанию услуг по регулируемым ценам (тарифам), порядок согласования таких цен (тарифов) для частного партнера;

Это относится, в частности, к проектам ПЧП в сфере ЖКХ, медицины,

платных автомобильных дорог и т. д.

5) обязательства частного партнера по предоставлению потребителям установленных законодательством и нормативными правовыми актами органа местного самоуправления льгот, в том числе льгот по оплате товаров, работ, услуг;

Такие условия важны, как правило, для проектов ПЧП в сфере социальной инфраструктуры. Льготы могут предоставляться, в частности, таким льготным категориям населения, как пенсионеры, члены многодетных семей, ветераны войн и боевых действий и т. д.

б) целевые показатели качества и объема производства товаров, выполнения работ, оказания услуг при осуществлении деятельности, предусмотренной соглашением;

В случае нарушения таких целевых показателей возможно наступление санкций для частного партнера вплоть до расторжения СПЧП в судебном порядке или замены частного партнера.

7) обязательства сторон по осуществлению страхования риска случайной гибели и (или) случайного повреждения объекта соглашения, иного передаваемого по соглашению имущества;

При закреплении в СПЧП таких обязательств необходимо указывать, кто несет расходы на страхование объекта ПЧП и кто является бенефициаром такого страхования (это могут быть как одни и те же, так и разные лица).

8) обязательства публичного партнера по предоставлению частному партнеру государственных или муниципальных гарантий, порядок и условия предоставления таких гарантий;

Государственные и муниципальные гарантии являются важным средством публичной поддержки проектов ПЧП, подробнее рассматриваемым в разделе 6 настоящего Комментария.

9) условия согласования с публичным партнером прекращения (приостановления) эксплуатации частным партнером объекта публично-частного партнерства, за исключением случаев, когда такое прекращение (приостановление) вызвано действием обстоятельств непреодолимой силы, а также иных случаев, предусмотренных законодательством и соглашением сторон, если иное не установлено законодательством;

«Иными случаями, предусмотренными соглашением сторон» могут являться, например, такие особые обстоятельства, как нарушения со стороны публичного партнера, резкие изменения валютных курсов и т. д.

10) условия согласования с публичным партнером организаций, привлекаемых частным партнером для осуществления проектирования, строительства либо иного создания, улучшения и использования (эксплуатации) объекта соглашения, и существенных условий договоров с данными организациями;

Согласование таких организаций, как правило, происходит в уведомительном порядке (частный партнер направляет публичному партнеру уведомление о привлечении третьего лица и, если в течение определенного в соглашении срока публичный партнер не выступает с возражениями, разрешение на привлечение третьего лица считается полученным).

11) возможность передачи частным партнером объекта публично-частного партнерства в залог, иного его обременения либо отчуждения под отлагательным условием, а также возможность уступки прав, в том числе при наступлении определенных в соглашении обстоятельств, без необходимости заключения дополнительного соглашения;

Такие условия важны для привлечения финансирующей организации к проектам ПЧП.

12) порядок дачи согласия частному партнеру на передачу прав и обязанностей по соглашению, в том числе в порядке уступки права требования и (или) перевода долга, а также на передачу объекта публично-частного партнерства в залог или иное его обременение в целях обеспечения исполнения обязательств по соглашению, условия, при которых публичный партнер дает согласие на передачу прав и обязанностей по соглашению, включая вопросы принятия на себя новым частным партнером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового частного партнера необходимых технических и финансовых возможностей;

Такая передача может осуществляться в порядке, предусмотриваемом в прямом соглашении, заключаемом между публичным партнером, частным партнером и финансирующей организацией.

13) гарантийные обязательства частного партнера в отношении результата выполненных по соглашению работ и переданного по СПЧП имущества;

14) порядок осуществления публичным партнером контроля за исполнением соглашения;

В связи с тем, что публичный партнер в силу СПЧП берет на себя определенные риски (в том числе финансовые) и ввиду высокой значимости функций, выполняемых объектами ПЧП, публичному партнеру необходимо контролировать соблюдение частным партнером своих обязательств во избежание убытков бюджета и перебоев в функционировании объекта ПЧП.

15) права и обязанности иных лиц, участвующих в соглашении, в том числе по осуществлению контроля за выполнением сторонами условий соглашения, даче согласия на выполнение определенных действий, в частности по согласованию привлечения третьих лиц к реализации проекта публично-частного партнерства и отстранения третьих лиц от реализации проекта, сбору и распределению денежных средств в рамках соглашения, осуществлению иных платежей в объеме и в порядке в соответствии с соглашением;

Таковыми третьими лицами могут быть публичные органы, если необходимость их привлечения установлена в законодательстве государства – участника СНГ либо финансирующие организации.

16) право публичного партнера, а также, если этой предусмотрено прямым соглашением с финансирующей организацией, право финансирующей организации на временное отстранение частного партнера либо иных лиц от реализации проекта публично-частного партнерства, в частности от эксплуатации объекта публично-частного партнерства, с установлением порядка временной замены частного партнера или иного лица в случае существенного

нарушения частным партнером условий соглашения, в том числе по вине третьих лиц, нарушения условий реализации проекта публично-частного партнерства третьими лицами, не исправленного в течение предоставленного публичным партнером разумного срока, который может быть установлен соглашением о публично-частном партнерстве или иным соглашением между публичным и частным партнерами, а также при наступлении иных обстоятельств, указанных в соглашении, в частности, для предотвращения, снижения или устранения риска или последствий чрезвычайных ситуаций, обеспечения здоровья, безопасности, сохранности имущества и иных прав и законных интересов физических и юридических лиц, охраны окружающей среды;

Подробнее см. главу 18 настоящего Комментария.

17) гарантии и заверения сторон относительно обстоятельств, имеющих значение для реализации проекта публично-частного партнерства;

Как правило, со стороны частного партнера это гарантии его финансовой устойчивости, а со стороны публичного партнера – гарантии его невмешательства в деятельность частного (за исключением контроля за исполнением СПЧП).

18) размеры, условия, порядок и сроки выплаты неустойки за нарушение сторонами обязательств по соглашению о публично-частном партнерстве и порядок несения иных последствий нарушения этих обязательств;

Такая неустойка обычно определяется в соответствии с гражданским законодательством государства – участника СНГ.

19) порядок внесения изменений в соглашение;

Изменения в СПЧП могут быть внесены по соглашению сторон либо по требованию одной из сторон (либо – в редких случаях – в одностороннем, либо в судебном порядке).

20) исключительные случаи одностороннего изменения условий соглашения и (или) одностороннего отказа от его исполнения, а также порядок определения размера компенсации частному партнеру, подлежащей выплате публичным партнером в случаях досрочного расторжения соглашения о публично-частном партнерстве;

Подробнее см. главу 12 настоящего Комментария.

21) условие о мерах поддержки, предоставляемых публичным партнером частному партнеру, в том числе о содействии в получении лицензий, разрешений и согласований, о предоставлении сервитутов, об установлении льготных ставок арендной платы за пользование имуществом, находящимся в государственной и (или) муниципальной собственности;

Подробнее см. раздел 6 настоящего Комментария.

22) условие о порядке разрешения споров, вытекающих из соглашения или связанных с ним, в том числе с применением механизма медиации с привлечением сторонами независимого эксперта, а также о выборе суда, в том числе государственного суда, третейского суда или международного коммерческого арбитража, к подсудности или компетенции которого будет относиться разрешение таких споров;

Данный подпункт скорее опережает, чем фиксирует сложившиеся право-

вые реалии, так как на практике споры из проектов ПЧП в государствах – участниках СНГ разрешаются в государственных судах, а не в международном арбитраже и тем более не в третейском суде.

23) иные условия, согласованные сторонами соглашения о публично-частном партнерстве;

Несмотря на то, что вышеперечисленные условия не являются существенными условиями и поэтому не подлежат включению в СПЧП в обязательном порядке, большинство из них согласно сложившейся деловой практике отражаются в любом заключаемом СПЧП. Это подтверждается закреплением не только существенных, но и иных условий в модельных (типовых) СПЧП государств – участников СНГ. В случае отсутствия установления в тексте СПЧП какого-либо из вышеперечисленных условий и наличия сомнения касательно соотношения прав и обязанностей участников СПЧП применительно к такому условию следует обратиться к национальным правовым нормам (например, обязательственно-правовым нормам гражданского кодекса государства-участника) либо к нормам правового обычая (обычая делового оборота).

Статья 4. Модельные (типовые) СПЧП

На модельных (типовых) СПЧП, принятых в государствах – участниках СНГ, следует остановиться подробнее. Наиболее богатый опыт в данной сфере у Российской Федерации, в которой на федеральном уровне приняты многочисленные типовые концессионные соглашения, в том числе:

– типовое концессионное соглашение в отношении автомобильных дорог и инженерных сооружений транспортной инфраструктуры, в том числе мостов, путепроводов, тоннелей, стоянок автотранспортных средств, пунктов пропуска автотранспортных средств, пунктов взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных средств³³;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов образования³⁴;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов трубопроводного транспорта³⁵;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов по производству, передаче и распределению электрической и тепловой энергии³⁶;

– типовое концессионное соглашение в отношении аэродромов, зданий и (или) сооружений, предназначенных для взлета, посадки, руления и стоянки воздушных судов, а также объектов производственной и инженерной инфраструктур аэропортов³⁷;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов железнодорожного транспорта³⁸;

– типовое концессионное соглашение в отношении морских и речных

³³ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 27 мая 2006 года № 319.

³⁴ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 11 ноября 2006 года № 671.

³⁵ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 11 ноября 2006 года № 672.

³⁶ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 11 ноября 2006 года № 673.

³⁷ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2006 года № 739.

³⁸ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2006 года № 744.

портов, гидротехнических сооружений портов, объектов производственной и инженерной инфраструктур портов³⁹;

– типовое концессионное соглашение в отношении морских и речных судов, судов смешанного (река-море) плавания, судов, осуществляющих ледокольную проводку, гидрографическую, научно-исследовательскую деятельность, паромных переправ, плавучих и сухих доков⁴⁰;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов культуры, спорта, организации отдыха граждан и туризма и иных объектов социально-культурного назначения⁴¹;

– типовое концессионное соглашение в отношении объектов здравоохранения, в том числе объектов, предназначенных для санаторно-курортного лечения⁴².

До недавнего времени любое концессионное соглашение в отношении вышеуказанных объектов в Российской Федерации должно было заключаться в соответствии с типовыми соглашениями, утвержденными соответствующим постановлением Правительства. Таким образом, содержание типовых соглашений носило обязательный характер, кроме случаев с автодорожными объектами (а до изменений в Закон РФ о концессионных соглашениях 2012 года – и в этих случаях тоже). Строго говоря, стороны концессионного соглашения могли добавлять в него только не противоречащие законодательству Российской Федерации положения, не урегулированные типовыми соглашениями, что отражено в постановлениях Правительства, которыми были приняты вышеуказанные типовые соглашения. Однако на практике большинство концессионных соглашений заключались не по утвержденным формам, а специально разрабатывались под конкретный проект и имели мало общего с типовым концессионным соглашением как по форме, так и по содержанию. Учитывая сложившуюся практику, требование об обязательности типовой формы концессионного соглашения было сначала отменено в Российской Федерации в отношении объектов автодорожного транспорта (поскольку именно эта сфера долгое время являлась драйвером развития ПЧП в России), а потом и в отношении всех остальных объектов ПЧП (в соответствии с последними поправками в части 2 статьи 13 Закона РФ о концессионных соглашениях типовые соглашения получили наименование «примерные соглашения» и утратили обязательную силу с 1 февраля 2015 года).

В соответствии с лучшей международной практикой типовые формы СПЧП либо должны носить сугубо рекомендательный характер, либо не должны приниматься вообще. Учитывая, что большинство проектов ПЧП носят инновационный характер, наличие типовых соглашений СПЧП, обязательных к применению, негативно отражается на подготовке проектов ПЧП, снижает их привлекательность для частного бизнеса, не позволяет в полной мере учесть общественные интересы. В то же время, наличие модельных (примерных) со-

³⁹ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2006 года № 745.

⁴⁰ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2006 года № 746.

⁴¹ Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 9 февраля 2007 года № 90.

⁴² Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 14 февраля 2009 года № 138.

глашений, имеющих рекомендательный характер, будет полезно публичной власти для активизации использования механизмов ПЧП в модернизации инфраструктуры, в особенности по отношению к небольшим по масштабам проектам с участием местных операторов. Особенно важно это для государств – участников СНГ, не имеющих достаточного опыта в сфере ПЧП.

Глава 11. ПОСЛЕДСТВИЯ НАРУШЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

Статья 1. Общие положения

В статье 4 Модельного закона среди принципов ПЧП указаны, помимо прочего, «иные принципы, предусмотренные применимым законодательством государства и международными договорами». Одним из таких принципов является принцип «*раста sunt servanda*» («договоры должны соблюдаться»), повсеместно закрепленный как на уровне национального законодательства, так и в международных договорах. Нарушение какой-либо из сторон СПЧП его положений (что является, несмотря на всевозрастающую эффективность инструментов ПЧП, нередким явлением) может повлечь за собой наступление предусмотренных им санкций.

В статье 15 Модельного закона указана возможность зафиксировать в СПЧП такое его условие, как «право публичного партнера... на временное отстранение частного партнера либо иных лиц от реализации проекта публично-частного партнерства... в случае *существенного* (здесь и далее курсив наш – прим. авт.) нарушения частным партнером условий соглашения, в том числе по вине третьих лиц...» Таким образом, в ряде случаев степень вины частного партнера при нарушении положений СПЧП может не иметь значения.

Следует заметить, что вышеприведенное условие не является существенным условием СПЧП, т. е. не подлежит обязательному включению в текст СПЧП. Причем отсутствие закрепления возможности наложения санкций на партнера, не исполнившего обязательства по СПЧП, не означает отказ от права любой стороны обратиться в суд с требованием такого расторжения. В статье 16 Модельного закона отмечается, что СПЧП может быть расторгнуто судом по требованию как публичного, так и частного партнера, если противоположной стороной допущено существенное нарушение условий соглашения.

В пункте 2 статьи 22 Модельного закона закрепляется право публичного партнера на «отстранение частного партнера... от эксплуатации объекта публично-частного партнерства... в случае существенного нарушения частным партнером условий соглашения о публично-частном партнерстве...» Представляется, что данное положение предоставляет публичной стороне право одностороннего отстранения частного партнера от эксплуатации объекта ПЧП без обращения в суд. Однако для расторжения СПЧП согласно статье 16 Модельного закона необходимо решение суда.

Исходя из текста рассматриваемых выше статей, к наиболее серьезным санкциям ведет именно существенное нарушение положений СПЧП, причем совершенное как публичным, так и частным партнером. Однако в Модельном

законе есть положения о санкциях за любые нарушения условий СПЧП, в частности в статье 23, в соответствии с которой обе стороны СПЧП несут имущественную ответственность за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательств по СПЧП. Отдельно отмечается равноправие в данном аспекте частного и публичного партнера с акцентом на защиту интересов более слабой стороны – частного партнера: «Ограничение ответственности публичного партнера... не допускается». Согласно пункту 2 статьи 23 Модельного закона, в случае «неисполнения или ненадлежащего исполнения публичным партнером обязательств по соглашению о публично-частном партнерстве» частный партнер имеет право на изменение условий СПЧП.

Стоит отметить, что указанная статья не содержит положений, конкретизирующих объем имущественной ответственности сторон. В частности, целесообразным было бы включение в нее нормы о том, что частный партнер вправе требовать возмещения причиненных убытков, включая упущенную выгоду в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения публичным партнером обязательств по СПЧП. Это могло бы существенно повысить привлекательность участия в проектах ПЧП для частного партнера и упростить для него привлечение стороннего финансирования.

Статья 2. Определение существенного нарушения соглашения о публично-частном партнерстве

Представляется, что недостатком Модельного закона является отсутствие в нем определения существенного нарушения СПЧП. В случае зависимости судебных органов от органов исполнительной власти отсутствие такого определения потенциально может привести к тому, что суды будут весьма узко трактовать это понятие, если нарушение допущено публичным партнером, и широко, если нарушение допущено частным партнером. Однако в ряде государств определение существенного нарушения СПЧП закреплено на уровне национального законодательства. Примером для такого определения могут стать положения частей 2 и 2.1 статьи 15 Закона РФ о концессионных соглашениях, в которых отдельно даются дефиниции существенного нарушения СПЧП (а именно – концессионного соглашения), допущенные публичной и частной сторонами.

Существенное нарушение СПЧП частной стороной (концессионером) согласно части 2 статьи 15 вышеупомянутого закона определяется как:

- нарушение сроков создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения по вине концессионера;
- использование (эксплуатация) объекта концессионного соглашения в целях, не установленных концессионным соглашением, нарушение порядка использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;
- приводящее к причинению значительного ущерба концеденту неисполнение концессионером обязательств по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
- прекращение или приостановление концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, без согласия концедента;

– неисполнение или ненадлежащее исполнение концессионером установленных концессионным соглашением обязательств по предоставлению гражданам и другим потребителям публичных товаров, работ, услуг.

К существенным нарушениям СПЧП публичной стороной (концедентом) согласно части 2.1 статьи 15 Закона РФ о концессионных соглашениях причисляются:

– невыполнение в установленный срок обязанности по передаче частному партнеру объекта концессионного соглашения;

– передача концессионеру объекта концессионного соглашения, не соответствующего условиям концессионного соглашения, в случае, если такое несоответствие выявлено в течение одного года с момента подписания сторонами концессионного соглашения акта приема-передачи объекта концессионного соглашения, не могло быть выявлено при его передаче концессионеру и возникло по вине концедента;

– невыполнение принятых на себя концедентом обязательств по его расходам на создание и (или) реконструкцию... и использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения или выплате платы концедента по концессионному соглашению.

Статья 3. Международная практика

Представляется, что при применении норм о последствиях нарушения положений СПЧП ориентиром должно служить Руководство ЮНСИТРАЛ, а именно подраздел 6 раздела J главы IV, посвященный методическим рекомендациям по вопросам нарушения условий СПЧП.

В Руководстве ЮНСИТРАЛ приводится следующая классификация средств правовой защиты, к которым публичный партнер может прибегнуть в случае нарушения СПЧП частным партнером:

- лишение государственных гарантий;
- взыскание договорных неустоек;
- взыскание заранее оцененных убытков;
- вмешательство в проект;
- замена концессионера;
- прекращение СПЧП.

Руководство ЮНСИТРАЛ рекомендует предусматривать возможность наложения таких санкций лишь в случае существенного нарушения условий СПЧП, что отражено в вышеперечисленных статьях Модельного закона. Также оно предписывает желательность юридического закрепления возможности предоставления частному партнеру срока, в который он должен устранить нарушение условий СПЧП. Несоблюдение этого срока частным партнером ведет к немедленному наложению на него санкций.

Особо отмечается сложившаяся повсеместно ситуация ущемленного положения частного партнера, обладающего меньшими ресурсами правовой защиты в сравнении с публичной стороной. Это связано с так называемым юрисдикционным иммунитетом государств, т. е. закрепленными в национальном законодательстве и судебной практике ограничениями на право подачи иска про-

тив суверенного государства. В зависимости от статуса публичного партнера (является ли он государственным органом, учреждением либо государственной компанией (корпорацией)) на него может распространяться аналогичный иммунитет, затрудняющий возможность частного партнера прибегнуть к принудительным мерам в случае невыполнения публичной стороной своих обязательств⁴³. Это может случиться несмотря на то, что в пункте 3 статьи 23 Модельного закона указана недопустимость ограничения ответственности публичного партнера (наиболее вероятно, что в случае коллизии предпочтение будет отдано императивным нормам национального законодательства о юрисдикционном иммунитете государства). Это обуславливает необходимость предоставления частному партнеру механизмов защиты его прав на случай нарушения публичным партнером своих обязательств по СПЧП. К таким средствам правовой защиты частного партнера относятся:

- государственные гарантии;
- гарантии, предоставляемые третьими лицами (например, Многосторонним инвестиционным гарантийным агентством – МИГА ООН)⁴⁴;
- закрепленное в СПЧП право частного партнера на изменение СПЧП в целях обеспечения своих имущественных интересов либо его расторжение в случае неисполнения публичной стороной обязательств по СПЧП (см. пункты 2 и 6 статьи 16, пункт 8 статьи 21 Модельного закона).

Глава 13. ДОСРОЧНОЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ, КОМПЕНСАЦИЯ ПРИ ДОСРОЧНОМ ПРЕКРАЩЕНИИ СОГЛАШЕНИЯ О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

Статья 1. Общие положения

Досрочное прекращение СПЧП может привести к перебоям в предоставлении публичной услуги в рамках проекта ПЧП и даже к прекращению предоставления такой услуги, поэтому досрочное прекращение СПЧП должно рассматриваться исключительно в качестве крайнего средства, к которому рекомендуется прибегать лишь при недостаточности иных мер.

Согласно пункту 3 статьи 16 Модельного закона СПЧП может быть досрочно расторгнуто по требованию как публичного, так и частного партнера, причем исключительно на основании решения суда (за исключением случаев, когда одностороннее расторжение СПЧП предусмотрено в самом соглашении (пункт 6 статьи 16 Модельного закона)). Причем в пункте 8 статьи 16 особо оговаривается, что требование об изменении или о расторжении СПЧП может быть заявлено стороной в суд «только после получения отказа другой стороны изменить или расторгнуть данное соглашение либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный соглашением, а при его отсутствии – в срок, предусмотренный законодательством государства», что полностью соответствует рекомендациям ЮНСИТРАЛ, предписывающим прибегать

⁴³ Пункт 142 раздела J главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁴⁴ Пункт 142 раздела J главы IV Руководства ЮНСИТРАЛ.

к судебному разбирательству лишь в качестве последней меры⁴⁵. Суд может расторгнуть СПЧП исключительно на установленных законом основаниях, которые рассматриваются ниже. Их можно подразделить на основания расторжения СПЧП по требованию публичного партнера, частного партнера либо по требованию любой стороны.

Статья 2. Расторжение соглашения о публично-частном партнерстве по требованию публичного партнера

В соответствии с пунктом 5 статьи 16 Модельного закона СПЧП может быть расторгнуто судом по требованию публичного партнера в следующих случаях:

– в силу причин, связанных с публичными интересами, при условии выплаты компенсации частному партнеру и иным лицам в соответствии с Модельным законом, иным законодательством государства – участника СНГ и СПЧП;

– в иных случаях, предусмотренных законодательством государств – участников СНГ или СПЧП.

К иным случаям можно отнести перечисленные в пункте 3 статьи 16 Модельного закона случаи, при которых СПЧП может быть «изменено или расторгнуто по требованию одной из сторон решением суда» (ср. с формулировкой пункта 5 статьи 16, в котором перечисляются случаи, когда СПЧП может быть расторгнуто исключительно судом, но не изменено им).

Статья 3. Расторжение соглашения о публично-частном партнерстве по требованию любой из сторон

В пункте 3 статьи 16 Модельного закона приводятся следующие случаи:

– существенное нарушение СПЧП одной из сторон и его неустранение в разумный срок, «если другая сторона при этом в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении соглашения»;

– существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении СПЧП до такой степени, «что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, соглашение вообще не было бы заключено или было бы заключено на значительно отличающихся условиях»;

– иные случаи, предусмотренные национальным законодательством государств – участников СНГ или СПЧП. Например, в части 4 статьи 15 Закона Российской Федерации о концессионных соглашениях приводится такое основание для расторжения СПЧП (а именно концессионного соглашения), как «несоответствие реорганизованного или возникшего в результате реорганизации юридического лица – концессионера требованиям к участникам конкурса, установленным настоящим Федеральным законом и конкурсной документацией».

Неоднозначным вопросом является соотношение пункта 3 и пункта 5 статьи 16 Модельного закона, т. е. случаев, при которых СПЧП может быть «изме-

⁴⁵ Пункт 9 раздела D главы V Руководства ЮНСИТРАЛ.

нено или расторгнуто по требованию одной из сторон решением суда», и случаев, при которых СПЧП может быть «расторгнуто судом по требованию публичного партнера». Представляется, что в случае наступления условий из пункта 3 статьи 16 сторонам предпочтительнее прибегать к такому средству, как изменение СПЧП, и лишь в крайних случаях требовать его расторжения. Аналогичной должна быть позиция судебных органов: ведь приоритетным в проекте ПЧП является бесперебойное оказание конечному потребителю (населению) той или иной публичной услуги, что будет затруднено в случае расторжения СПЧП.

Статья 4. Расторжение соглашения о публично-частном партнерстве по требованию частного партнера

По требованию частного партнера СПЧП может быть расторгнуто судом в случаях, перечисленных в пункте 4 статьи 16 Модельного закона:

– в случае задержки в завершении или приостановления проекта ПЧП в результате обстоятельств, за которые ни одна из сторон не отвечает;

– в случае приостановления проекта ПЧП в результате действий публичного партнера или публичных органов государства либо органов местного самоуправления;

– в случае принятия решения или совершения действий публичным партнером, публичным органом государства либо органом местного самоуправления, препятствующих исполнению частным партнером своих обязательств по СПЧП, включая необоснованное вмешательство в хозяйственную деятельность частного партнера;

– в случае существенного нарушения публичным партнером или публичным органом государства своих обязательств, связанных с соглашением.

Касательно данного положения необходимо сделать оговорку. Как уже указывалось выше, определение «существенное нарушение СПЧП» в Модельном законе отсутствует, что означает достаточную свободу судебного органа в толковании данного пункта, особенно в государствах, в которых на уровне национального законодательства не установлено определение существенного нарушения СПЧП либо его отдельных видов (как это сделано в Российской Федерации). Таким образом, в ряде государств частный партнер может столкнуться с ситуацией, в которой суд не признает существенным то или иное нарушение, совершенное публичным партнером;

– в случае если затраты на исполнение частным партнером СПЧП существенно возросли или стоимость, которую он получает от такого исполнения, существенно сократилась в результате действий или бездействия публичного партнера или публичных органов государства – участника СНГ, если частный партнер не смог бы возместить эти издержки без изменения СПЧП;

– в случае установления несоответствия фактических данных данным, указанным в конкурсной документации, или иным данным, предоставленным публичным партнером частному партнеру при заключении СПЧП, равно как в случае обнаружения в предоставленной таким образом информации иных ошибок или неточностей, препятствующих исполнению частным партнером обяза-

тельств по СПЧП;

– в случае обнаружения в отношении предоставленного частному партнеру в связи с реализацией проекта ПЧП земельного участка или другого недвижимого или движимого имущества обременения или существенных недостатков, которые не были и не должны были быть известны частному партнеру при заключении СПЧП;

– в иных случаях, предусмотренных Модельным законом, законодательством государства – участника СНГ или СПЧП.

Очевидно, в данном подпункте речь идет о рассмотренных выше положениях пункта 3 статьи 15 Модельного закона – случаях, при которых СПЧП может быть «изменено или расторгнуто по требованию одной из сторон решением суда».

Статья 5. Компенсация при досрочном расторжении соглашения о публично-частном партнерстве

При досрочном расторжении СПЧП может быть выплачена компенсация. Как правило, это возникает в случаях расторжения СПЧП либо по инициативе публичного партнера из соображений публичного интереса, либо расторжения СПЧП по инициативе частного партнера при существенном нарушении условий СПЧП публичным партнером. Обязанность публичного партнера выплатить компенсацию в случае существенного нарушения им условий СПЧП закреплена в пункте 9 статьи 16 Модельного закона, а также следует из принципа имущественной ответственности сторон за нарушение своих обязательств по СПЧП (статья 23). Необходимость компенсации в случае расторжения СПЧП по причинам, связанным с публичными интересами четко закреплена в подпункте 1 пункта 5 статьи 16 Модельного закона, что полностью соответствует международной практике. Как отмечают исследователи, «неконкретизированное и безоговорочное право концессионера (как и вообще любого публичного партнера в ПЧП, – прим. авт.) на расторжение концессионного соглашения по причинам публичного интереса может представлять собой недопустимый риск для частного сектора при отсутствии предоставления ему достаточных гарантий»⁴⁶. Помимо частного партнера, компенсацию в таких случаях на основании подпункта 1 пункта 5 статьи 16 вправе требовать также финансирующие и (или) иные заинтересованные лица, прямо или косвенно участвующие в проекте ПЧП.

Пункт 10 статьи 16 указывает, что размер компенсации при досрочном расторжении СПЧП может быть установлен в самом соглашении. В случае отсутствия указания размера такой компенсации в СПЧП ее размер определяется публичным партнером по согласованию с противоположной стороной, а в случае недостижения согласия устанавливается судом «с учетом соответствующих положений заключенных соглашений и исходя из принципов публично-частного партнерства, принимая во внимание необходимость справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполне-

⁴⁶ Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules. Seungwoo Son. UNCITRAL, June 2012. P. 30.

нием этого соглашения, а также с учетом доходов, полученных или разумно ожидаемых соответствующей стороной».

Согласно Руководству ЮНСИТРАЛ размер компенсации в случае досрочного расторжения СПЧП по причинам, связанным с публичными интересами, по общему правилу, соответствует компенсации, выплачиваемой в случае существенного нарушения условий СПЧП публичной стороне⁴⁷. Таким образом, степень вины публичного партнера в данном случае не имеет значения: частный партнер и финансирующие организации должны в полной мере получить возмещение понесенных ими убытков, а также упущенной выгоды. Такая практика повышает привлекательность проектов ПЧП.

Раздел V. КОРПОРАТИВНАЯ ФОРМА ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Глава 14. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О КОРПОРАТИВНОЙ ФОРМЕ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Статья 1. Общая характеристика компании публично-частного партнерства

Глава V Модельного закона посвящена такой форме ПЧП, как участие публичного и частного партнера в компании ПЧП (так называемое корпоративное или институциональное ПЧП). Основным отличием данной формы ПЧП от договорной является участие публичного партнера в специально создаваемой проектной компании. В соответствии со статьей 2 Модельного закона компания ПЧП – «созданная для реализации проекта публично-частного партнерства коммерческая организация корпоративного типа с участием частного и публичного партнеров». В международной практике такую компанию обычно называют SPV или SPE – (special purpose vehicle⁴⁸ или special purpose entity⁴⁹). Модельный закон не устанавливает обязательное требование заключения соглашения о ПЧП между публичным партнером и компанией ПЧП, учитывая тем самым разнообразие подходов к реализации корпоративной формы ПЧП. Тем не менее из толкования пункта 2 статьи 6 можно сделать вывод, что нормы главы V Модельного закона распространяются лишь на случаи заключения между публичным партнером и проектной компанией такого соглашения. При этом к такому соглашению будут применяться нормы Модельного закона о договорной форме ПЧП, а к проектной компании – нормы о частном партнере, за исключением случаев, когда это противоречит природе корпоративной формы ПЧП или ущемляет права частного партнера – учредителя компании.

Статья 2. Особенности компании публично-частного партнерства

Модельным законом не установлено, что проектная компания должна создаваться в какой-либо специальной организационно-правовой форме. Стороны

⁴⁷ Пункт 27 раздела D главы V Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁴⁸ Англ.: специализированное проектное общество.

⁴⁹ Англ.: специальная проектная компания.

имеют право выбрать любую организационно-правовую форму, предусмотренную действующим законодательством страны. При отсутствии специально предусмотренной законодательством организационно-правовой формы критериями ее выбора часто становятся простота регистрации, управления и наименьшее количество императивных норм в регулировании.

Проектная компания создается исключительно с целью реализации проекта ПЧП и поэтому:

- обладает специальной правоспособностью. Специальная правоспособность означает, что деятельность компании ограничивается указанными в ее учредительных документах определенными видами. В случае с компанией ПЧП это непосредственно реализация проекта, а также деятельность, способствующая его реализации. Специальная правоспособность проектной компании может происходить из учредительных документов или законодательства, например, если в нем предусмотрена специальная организационно-правовая форма для проектных компаний. В частности, в Российской Федерации такими организационно-правовыми формами являются специализированное общество и специализированное общество проектного финансирования;

- подлежит ликвидации после реализации проекта. Это объясняется целью создания такой компании: компании ПЧП создаются исключительно для реализации какого-либо проекта ПЧП. Следовательно, после выполнения этой функции исчезает необходимость в существовании соответствующей компании ПЧП.

Модельный закон закрепляет ряд требований, связанных с деятельностью компании ПЧП:

- указание в наименовании такой компании слов «публично-частное партнерство». Данная норма существует для защиты третьих лиц, чтобы при совершении сделок такие лица понимали, что имеют дело с проектной компанией;

- ежегодный обязательный аудит бухгалтерской (финансовой) отчетности.

Создание проектной компании для реализации проекта ПЧП обладает рядом преимуществ, основными из которых являются:

- обособление имущества компании, что приводит к снижению финансовых рисков как инвесторов и публичного партнера, так и частного партнера, а также может служить защитой проектной компании от банкротства частного партнера;

- ограниченная ответственность участников компании. Участники такой компании не несут ответственность по ее долгам за исключением случаев, предусмотренных национальным законодательством;

- специальная правоспособность компании, что снижает риски нецелевого использования средств;

- повышение кредитного рейтинга проектной компании, что может облегчить поиск заемных средств.

Статья 3. Доли участия сторон в компании публично-частного партнерства

Модельным законом установлено, что в законодательстве государств – участников СНГ могут быть закреплены максимальные и минимальные доли участия публичного партнера в проектной компании. При этом в соответствии с международной практикой доля частного партнера чаще всего превышает 50%, а доля публичного партнера составляет менее 50%, а иногда даже менее 25%.

Размер доли участия публичного партнера обычно зависит от его желания контролировать ход реализации проекта и от договоренностей с частным партнером. Наличие дополнительного контроля за проектом у публичного партнера через корпоративные инструменты является одним из достоинств использования корпоративной формы ПЧП. Несомненным преимуществом такого участия также является возможность получения публичным партнером опыта реализации крупных проектов ПЧП. Тем не менее, Модельным законом устанавливается жесткое ограничение в отношении того, что проектная компания не должна находиться под контролем публичного партнера. Необходимо отметить, что под контролем понимается не только наличие преобладающего участия в уставном капитале публичного партнера или контролируемых им лиц, а также наличие у контролирующего лица:

- договора, права или иного основания определять действия и решения данного юридического лица;
- права назначать единоличный исполнительный орган;
- права назначать более 50% состава коллегиального исполнительного органа;
- безусловной возможности избирать более 50% состава совета директоров или иного коллегиального органа управления данного юридического лица.

Такое понимание контроля сходно со сложившейся международной практикой и объясняется необходимостью ограничить возможности публичного партнера контролировать деятельность проектной компании. Чрезмерный контроль публичного партнера над проектом может привести к менее эффективному управлению и другим негативным последствиям, так как чаще всего именно частный партнер обладает необходимыми умениями и опытом для реализации проекта.

Статья 4. Особенности процедуры отбора частного партнера

Статья 25 Модельного закона устанавливает, что отбор частного партнера для реализации проекта в корпоративной форме ПЧП должен происходить в таком же порядке, что и обычная процедура отбора, то есть, по общему правилу, должен проводиться конкурс.

Сложившаяся международная практика, что можно увидеть на примере Зеленой книги о публично-частном партнерстве Европейского союза⁵⁰, показывает, что проектная компания создается уже по результатам конкурса или же публичный партнер передает долю уже существующей компании лицу, выиг-

⁵⁰ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. 30 April 2004.

равшему конкурсу. (Аналогичный подход нашел отражение в положении статьи 18 Закона Республики Молдова «О частно-государственном партнерстве», в соответствии с которым ПЧП в форме хозяйственного общества также может быть создано путем продажи посредством конкурса государственным партнером своей доли в уставном капитале хозяйственного общества).

В целях облегчения открытости и прозрачности процедуры в конкурсной документации должны быть указаны основные условия создания компании ПЧП. Публичный партнер не должен быть участником частного партнера до проведения конкурса, так как такая ситуация может привести к нарушению законодательства о защите конкуренции.

Глава 15. ОСОБЕННОСТИ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ В КОМПАНИИ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Модельным законом установлена диспозитивная норма о регламентации отношений между участниками ПЧП. Такие отношения могут быть урегулированы соглашением о создании и деятельности компании ПЧП, акционерным соглашением или иным соглашением между публичным и частным партнером. Такие соглашения могут включать в себя самые различные вопросы, например, порядок управления компанией, образования органов управления, отчуждения акций или долей участия, голосования по определенным вопросам, установления запрета отчуждать акции или доли до наступления определенного момента. Для успешной реализации проекта важно, чтобы эти документы основывались на общих принципах и не противоречили друг другу, учредительным документам и законодательству государства – участника СНГ.

Важной спецификой корпоративных отношений в компании ПЧП являются ограничения на отчуждение и обременение доли участия в этой компании. Модельный закон устанавливает, что обременение или отчуждение доли частного партнера может происходить только с согласия публичного партнера. Однако такое согласие не требуется в случае обременения доли для обеспечения финансирования проекта. Данное исключение объясняется часто встречающейся практикой, согласно которой финансирующая организация берет в залог доли участия проектной компании для обеспечения выданного этой компанией кредита. Отчуждение или обременение доли публичного партнера происходит с согласия других участников компании. Решение о залоге или обременении объекта ПЧП или связанного с ним имущества принимается большинством голосов на общем собрании или, в случае передачи полномочий, большинством голосов совета директоров. Соглашением между участниками компании ПЧП и (или) прямым соглашением может быть предусмотрено требование о получении согласия финансирующей организации на отчуждение и обременение доли участия, объекта ПЧП или связанного с ним имущества. Другие возможные способы выхода и прекращения участия в компании ПЧП должны быть закреплены в уставе такой компании.

Необходимо отметить, что Модельным законом установлен закрытый пе-

речень случаев, когда необходимо получение согласия публичного партнера, включающий:

- публичное размещение акций компании ПЧП;
- увеличение уставного капитала компании ПЧП или внесение изменений в ее устав, за исключением изменений, обязательное внесение которых предусмотрено законодательством государства или соглашением между участниками компании ПЧП;
- выпуск компанией ПЧП облигаций и иных ценных бумаг;
- реорганизация и ликвидация компании ПЧП;
- совершение иных действий, в отношении которых соглашением между участниками компании ПЧП или ее уставом предусмотрено получение согласия публичного партнера.

Порядок получения такого согласия должен быть определен в уставе компании или в соглашении между участниками.

Данные требования к получению согласия объясняются специальной правоспособностью проектной компании. Как уже отмечалось ранее, компания ПЧП создается исключительно с целью реализации проекта. Потенциальное изменение контроля над компанией, например в случаях публичного размещения акций или увеличения уставного капитала, внесение изменений в учредительные документы, что может в том числе изменить цель и предмет деятельности компании, реорганизация и ликвидация компании требуют согласия обеих сторон соглашения. В отсутствие подобных ограничений, учитывая, что в связи с императивным указанием Модельного закона контролем над компанией обладает частный партнер, у него была бы потенциальная возможность использовать обычные корпоративные процедуры для самостоятельного решения критичных для проекта вопросов не в интересах публичного партнера и проекта в целом.

В случае возникновения споров, вытекающих из корпоративных отношений участников компании ПЧП или из соглашений между ними, стороны могут обратиться в государственный суд или использовать альтернативные способы разрешения споров, в частности, арбитражное разбирательство либо медиацию, с учетом императивных норм национальных законодательств.

Раздел VI. МЕРЫ ПОДДЕРЖКИ ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Глава 16. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Статья 1. Общие положения

Проекты ПЧП являются одним из наиболее эффективных механизмов привлечения частных инвестиций в инфраструктурный сектор. Однако зачастую такие проекты не могут быть реализованы инвестором без поддержки публичного партнера в силу длительного срока их реализации, существенной стоимости и продолжительного периода окупаемости, значительными рисками

финансового, технического и иного характера. В ряде случаев проект может быть вообще не окупаем без финансовой поддержки со стороны государства. В связи с этим вопрос о государственной поддержке проектов ПЧП является одним из ключевых в практике ПЧП.

Возможность предоставления государственной поддержки может стать фактором, существенно повышающим привлекательность проекта ПЧП, а в ряде случаев – основным условием привлечения инвестора к его реализации. При этом публичный партнер оказывает различного рода поддержку, для того чтобы повысить привлекательность проекта как для инвестора, вкладывающего собственные и привлеченные средства в его реализацию, так и для финансирующих организаций, предоставляющих инвестору заемное финансирование. Виды и условия предоставления такой поддержки во многом определяют структуру проекта ПЧП, распределение рисков между сторонами и, соответственно, содержание финансовой и юридической структуры реализации проекта.

Европейская экономическая комиссия Организации Объединенных Наций в своем Практическом руководстве по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства отмечает, что «государственный сектор должен обеспечивать поддержку проекта, сокращая риски и в достаточной мере способствуя сохранению необходимого уровня инвестиций, поступающих со стороны предприятий частного сектора⁵¹». По мнению ЮНСИТРАЛ⁵², мероприятия по государственной поддержке «как правило, образуют неотъемлемую часть правительственных программ по привлечению частных инвестиций в проекты в области инфраструктуры», что демонстрирует значимость такой поддержки для успешной реализации проектов и развития ПЧП в целом.

Предоставление государственной поддержки проектам ПЧП, как правило, обусловлено стремлением публичной власти привлечь частный бизнес для развития публичной инфраструктуры в условиях ограниченных бюджетных возможностей, неэффективности частного рынка соответствующих услуг или недостаточного развития конкуренции в определенных секторах экономики, в том числе в случае невозможности покрыть за счет тарифов на услуги, оказываемые с использованием строящегося (модернизируемого) объекта, вложения частного партнера в проект ПЧП, а также в условиях отсутствия опыта реализации проектов ПЧП или недостаточной привлекательности инвестиционного климата. При этом в условиях развивающихся экономик страны испытывают все большие потребности в ускоренном развитии инфраструктуры, что требует привлечения большого объема частного финансирования.

В связи с ограниченными возможностями таких стран по предоставлению государственной поддержки проектам ПЧП объемы и виды такой поддержки целесообразно увязывать с конкретными нуждами секторов инфраструктуры, концентрируя имеющиеся возможности на наиболее приоритетных для развития стран и территорий направлениях.

⁵¹ Практическое руководство по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства. С.46.

⁵² Пункт 30 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

Модельным законом в пункте 2 статьи 11 предусмотрено, что предполагаемый (прогнозируемый) объем бюджетного финансирования, размер, порядок и условия предоставления частному партнеру государственных или муниципальных гарантий, а также иные обязательства публичного партнера должны быть указаны в решении о реализации проекта ПЧП и в конкурсной документации. Наличие в этих документах информации о том, какая государственная поддержка будет оказана реализации проекта, позволит значительно повысить привлекательность проекта ПЧП для частного бизнеса, обеспечит высокую конкуренцию между потенциальными частными партнерами.

Это норма чрезвычайно важна для имплементации положений Модельного закона в национальное законодательство государств – участников СНГ. Вместе с тем важность оглашения условий оказания государственной поддержки в конкурсной документации не всегда понимается публичной властью государств-участников. Например, в соответствии с утвержденным постановлением Кабинета Министров Украины от 11 марта 2011 г. № 279 Порядком предоставления государственной поддержки осуществлению государственно-частного партнерства для инициирования процедуры предоставления государственной поддержки соответствующего проекта, его инициатор (государственный или частный партнер) должен предоставить Министерству экономического развития и торговли соответствующее заявление и пакет засвидетельствованных в установленном порядке документов, среди которых – копия договора государственно-частного партнерства и отчет о его выполнении за последний отчетный период. Понятно, что такая государственная поддержка лишена смысла. Если частный и публичный партнер уже подписали и исполняют СПЧП, то о какой дополнительной государственной поддержке может идти речь?

Важной для включения в национальные законодательства также является норма пункта 4 статьи 12 Модельного закона, которая устанавливает, что «отсутствие или недостаточность средств в соответствующем бюджете и иного имущества в распоряжении публичного партнера не является основанием для изменения или прекращения обязательств публичного партнера, предусмотренных соглашением о публично-частном партнерстве, а также для освобождения от ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение», в особенности с учетом того факта, что в законодательстве большинства государств – участников СНГ предусматривается право публичного партнера отказаться от своих обязательств по государственным закупкам в случае отсутствия необходимых средств в текущем бюджете.

Статья 2. Формы государственной поддержки проектов публично-частного партнерства

Модельный закон предусматривает наличие государственной поддержки проектов ПЧП, в частности определяет виды финансовой поддержки (финансового участия) публичного партнера в проектах ПЧП.

Государственную поддержку проектов ПЧП трактуют в широком и узком смысле.

В широком смысле под государственной поддержкой проектов ПЧП по-

нимают любые институциональные, организационные, информационные, нормативные и иные мероприятия со стороны органов публичной власти (государственной или местной) или иных организаций, уполномоченными ими, которые позволяют улучшить условия реализации проекта ПЧП частным партнером, обеспечив его окупаемость. К таким мероприятиям могут относиться: предоставление налоговых каникул; гарантий возмещения убытков в случае недостаточного спроса; гарантий возмещения проектных рисков в случае бóльших, нежели ожидаемых изменений, инфляции, курса национальной валюты, процентных ставок по привлечению кредитов, цен на энергоресурсы; обеспечение эксклюзивного права на оказание услуг; гарантирование госзаказа на определенные товары (услуги); разрешение осуществлять перекрестное субсидирование в рамках реализации проекта; прямая бюджетная поддержка, предоставление беспроцентных государственных кредитов или государственных (местных) гарантий и т. п.

В узком смысле под государственной поддержкой проектов ПЧП понимают финансовую поддержку конкретных проектов, тем или иным образом обеспеченную средствами публичных бюджетов (либо за счет их расходной части, либо за счет снижения доходной части государственного (местного) бюджетов). Предоставляя финансовую поддержку проекту ПЧП, публичная сторона фактически принимает на себя определенные риски по проекту, тем самым снижая проектные риски частного партнера. Фактически именно риски и востребованность обществом проекта ПЧП прямо или косвенно влияют на объем финансового участия публичного партнера в проекте⁵³. По сути, финансовая поддержка проектов ПЧП – это объем финансового участия публичного партнера в реализации проекта ПЧП.

Согласно международной практике определение объема, условий и механизмов предоставления финансовой поддержки реализации проектов ПЧП базируется на приоритетности и востребованности объекта инфраструктуры, строящегося (модернизирующегося) в рамках этого проекта, оценке необходимых размеров такой поддержки и условий ее предоставления, возможностей публичного партнера ее обеспечить, а также на наличии способов обеспечения эффективности использования бюджетной поддержки (целевое использование, прозрачность, своевременность и соразмерность этапам реализации проекта).

Выбор формы (механизмов) финансовой поддержки зависит от ряда факторов, определяемых по результатам предварительной технической, финансовой и юридической проработки проекта ПЧП. К таким факторам, в частности, могут быть отнесены налоговые особенности реализации проекта, вопросы землепользования и недвижимости. Не менее важными являются сфера и экономические условия реализации проекта, территория расположения объекта, стоимость проекта, нормативно-правовая база и связанные с ней ограничения, политическая ситуация, инвестиционный климат, опыт реализации аналогичных проектов.

⁵³ Такой подход в целом поддерживается многими известными специалистами в сфере ПЧП, в том числе иностранными. См. например: Delmon and Mandri-Perrott. A Practical Guide to Private Participation in Infrastructure: Using Government Resources as Effective PPP Stimulus. World Bank. 2010.

Разработка предложений по бюджетной поддержке проекта ПЧП (определение ее объема, форм и условий предоставления) – чрезвычайно сложная задача. Поэтому при подготовке проектов ПЧП, реализация которых требует поддержки со стороны публичного партнера, рекомендуется обращаться к услугам профессиональных консультантов соответствующего профиля, имеющих обширный опыт работы по аналогичным и схожим проектам. Особенно это важно для государств – участников СНГ, которые не обладают достаточным опытом реализации проектов ПЧП или схожих инвестиционных проектов, предполагающих финансовое участие публичной власти.

Нельзя недооценивать роль банков развития и международных финансовых организаций в эффективном структурировании проектов ПЧП и определении оптимальной финансовой модели их реализации. Для создания благоприятных условий по участию этих институтов в качестве финансирующей организации и (или) инвестора проекта ПЧП, целесообразным является привлекать их для консультаций в процессе подготовки проекта.

Международный опыт позволяет выделить такие основные виды финансовой поддержки проектов ПЧП, как прямое государственное (местное) финансирование или софинансирование, финансирование за счет различных внебюджетных фондов и государственных (местных) корпораций, бюджетные гарантии, внебюджетные гарантии или договорные обязательства, налоговые, таможенные и иные льготы, компенсации различного рода, особые инструменты финансирования (кредитные инструменты, государственные займы (ссуды) и др.).

Государствам – участникам СНГ необходимо обратить внимание на то, что закрепление в законодательстве возможности предоставления частным партнерам налоговых и таможенных льгот должно согласовываться с требованиями единообразного нормативного регулирования в рамках развития Таможенного союза Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации (для государств – членов Таможенного союза или государств, планирующих к нему присоединиться), нормами Всемирной торговой организации (для членов этой организации), а также с требованиями других международных соглашений, заключенных государствами-участниками.

Руководство ЮНСИТРАЛ в пункте 40 раздела С главы II также выделяет в качестве одной из форм государственной поддержки проектов ПЧП участие публичной власти в акционерном капитале. Как прямое, так и косвенное участие в акционерном капитале проектной компании государства или органа местного самоуправления может обеспечить благоприятный эффект на ход реализации проекта ПЧП, например в случае когда другие источники акционерного капитала, скажем инвестиционные фонды, по определенным причинам не могут участвовать в проекте ПЧП.

Согласно Модельному закону финансовая поддержка может осуществляться посредством предоставления государственных и муниципальных гарантий, принятия на себя публичным партнером части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта публично-частного партнерства, его использование (эксплуатацию), платы за доступность объекта.

В соответствии с Модельным законом частному партнеру могут предоставляться также и иные формы государственной поддержки. Так, частному партнеру с учетом положений соглашения о ПЧП могут предоставляться: отсрочка исполнения обязательств; субсидии (субвенции) дотации; компенсации, а также иные выплаты, направленные на возмещение расходов и (или) иных убытков частного партнера, в связи с ухудшением положения частного партнера или существенным изменением обстоятельств исполнения договора; льготы в отношении расчетов с публичным партнером, в том числе в виде рассрочки, отсрочки, полного или частичного освобождения частного партнера от уплаты соответствующих платежей; иные меры поддержки, как предусмотренные, так и не предусмотренные СПЧП и (или) иными соглашениями с публичным партнером.

Так, например, одним из видов не прямой государственной поддержки проекта может быть закрепленное в законе или договоре «разрешение проектной компании диверсифицировать свои инвестиции посредством выдачи ей дополнительных концессий на предоставление вспомогательных услуг или осуществление других видов деятельности»⁵⁴ или «разрешение проектной компании перекрестно субсидировать менее прибыльные виды деятельности за счет доходов, полученных от более прибыльных операций. Этого можно достичь путем объединения в рамках одной и той же концессии как доходных, так и менее доходных видов и областей деятельности либо путем предоставления проектной компании права коммерческой эксплуатации отдельного и более прибыльного вспомогательного объекта»⁵⁵. Фактически, данные нормы руководства ЮНСИТРАЛ позволяют разработать и внести в национальное законодательство, регулирующее деятельность в сфере ПЧП, механизмы привлечения для реализации проектов модернизации общественной инфраструктуры так называемого компенсаторного бизнеса.

Финансовая поддержка со стороны публичного партнера может осуществляться и через налоговые льготы. Подобный вид поддержки проектов ПЧП осуществляется, например, в Российской Федерации, в которой на уровне закона субъекта Российской Федерации могут устанавливаться пониженные ставки по налогу на прибыль и основания для их использования.

ЮНСИТРАЛ также обращает внимание на то, что «финансовые и экономические затраты, связанные с освобождением от налогов, предоставленным правительством, могут и не быть очевидными, что обуславливает их меньшую прозрачность по сравнению с другими формами правительственной поддержки. По этим причинам, странам, рассматривающим вопрос о принятии программ поддержки проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, возможно, потребуется разработать специальные методы для оценки бюджетных затрат на принятие таких мер поддержки, как освобождение от налогообложения, кредиты и кредитные гарантии, предоставляемые публичными органами; такие методы должны учитывать предполагаемую текущую

⁵⁴ Пункт 58 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁵⁵ Пункт 43 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

стоимость будущих затрат или утраченных поступлений»⁵⁶.

Государственное финансирование может осуществляться также через специализированные бюджетные фонды для государств – участников СНГ, бюджетным законодательством которых предусмотрено наличие таких фондов.

Например, в Российской Федерации таким фондом является Фонд национального благосостояния, который в соответствии с пунктом 3 статьи 96.10 Бюджетного кодекса Российской Федерации № 145-ФЗ от 31 июля 1998 г. в редакции от 28 декабря 2013 г. с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 1 января 2014 г. (далее – Бюджетный кодекс РФ) формируется за счет дополнительных нефтегазовых доходов федерального бюджета в случае, если накопленный объем средств Резервного фонда достигает 7% прогнозируемого на соответствующий финансовый год объема ВВП, а также за счет доходов от управления средствами указанным фондом.

Кроме того, одним из важнейших инструментов поддержки проектов ПЧП в России до недавнего времени являлся Инвестиционный фонд Российской Федерации (далее – Инвестфонд)⁵⁷. Инвестфонд играл большую роль в реализации проектов ПЧП, даже несмотря на то, что механизм предоставления им средств содержит ряд существенных недостатков, ограничивающих возможность его использования субъектами Российской Федерации. С момента создания Инвестфонда его средства использовались во многих инфраструктурных проектах (как федеральных, так и региональных) общим объемом более 300 млрд руб., что свидетельствует о достаточно высоком интересе инвесторов к этой форме государственной поддержки ПЧП. Однако недавно в России было решено перевести эту форму государственной поддержки с федерального на региональный уровень, таким образом инициировав создание механизма государственной поддержки проектов ПЧП из средств региональных инвестиционных фондов. О востребованности этого механизма пока рано говорить в связи с тем, что его формирование находится на ранней стадии и лишь немногие субъекты Российской Федерации успели создать подобные фонды.

Модельный закон предусматривает и такие методы поддержки проектов ПЧП, как установление органами тарифного регулирования цен (тарифов) исходя из определенных СПЧП параметров; невмешательство в деятельность частных партнеров, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательством; установление недискриминационного режима по отношению к частным партнерам, обеспечение равенства их прав; реализация прав частного партнера на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) публичных органов государства, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов; защита прав и законных интересов частных партнеров в соответствии с международными договорами и законодательством государства.

Учитывая высокую важность тарифного регулирования при реализации проектов ПЧП, государствам – участникам СНГ необходимо проанализировать

⁵⁶ Пункт 58 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁵⁷ В настоящее время данный инструмент не используется в связи с достижением предельного размера средств, предусмотренных в Инвестиционном фонде на софинансирование проектов ПЧП.

свое законодательство в этой сфере. Для тех государств-участников, в которых внедрена или внедряется модель государственного регулирования рынков естественных монополий, рекомендуется дополнительно обратить внимание на полномочия соответствующих органов тарифного регулирования и механизмы формирования тарифов на долгосрочную перспективу.

К предусмотренным в Модельном законе формам государственной поддержки проектов ПЧП в широком смысле этого слова относятся также: содействие в получении лицензий, разрешений и согласований, в предоставлении сервитутов, установление льготных ставок арендной платы за пользование имуществом, находящимся в государственной и (или) муниципальной собственности.

Перечень мер государственной поддержки, перечисленных в Модельном законе, открытый. Таким образом, государства-участники вправе также установить и иные меры поддержки, как предусмотренные, так и не предусмотренные соглашением о ПЧП или иными соглашениями с публичным партнером.

Государствам-участникам целесообразно также рассмотреть возможность уточнения и расширения форм государственной поддержки проектов ПЧП, перечисленных в Модельном законе, с учетом рекомендаций настоящего Комментария, в том числе предусмотреть специальный порядок бюджетирования финансовых обязательств публичной стороны по соглашениям о ПЧП и внести соответствующие изменения в национальное бюджетное законодательство, если такой порядок в настоящее время ими не предусмотрен.

Статья 3. Прямое финансирование проектов публично-частного партнерства. Субсидии как форма государственной поддержки проектов публично-частного партнерства

В государствах – участниках СНГ государственная финансовая поддержка проектов ПЧП осуществляется в том числе посредством прямого бюджетного финансирования. Бюджетное законодательство государств-участников предусматривает такие формы прямого бюджетного финансирования как субсидии (субвенции), бюджетные инвестиции (субвенции на выполнение инвестиционных проектов), инвестиционные гранты, финансирование через бюджетные программы в рамках программно-целевого метода бюджетирования, финансирование через бюджет развития.

Предоставление прямой финансовой поддержки проектным компаниям при реализации проекта ПЧП обусловлено желанием государства обеспечить оказание услуг с использованием инфраструктурного объекта, строящегося (модернизируемого) по СПЧП, по более низкой стоимости.

Субсидии (или в некоторых государствах-участниках, например Украине, субвенции), как правило, предоставляются на безвозмездной и безвозвратной основе в целях возмещения затрат или недополученных доходов в связи с производством (реализацией) товаров, выполнением работ, оказанием услуг. При этом, например, в Российской Федерации нормативные правовые акты субъекта Российской Федерации, регулирующие предоставление субсидий, должны определять цели, условия и порядок предоставления субсидий, критерии отбора

получателей субсидий, а также порядок возврата субсидий в случае нарушения условий, установленных при их предоставлении (статья 78 Бюджетного кодекса РФ).

В Украине наиболее распространенным способом осуществления капитальных инвестиций в объекты государственной и коммунальной форм собственности является использование субвенций на выполнение инвестиционных проектов, одной из основных целей предоставления которых является создание, прирост или обновление основных фондов коммунальной собственности. Бюджетным кодексом Украины определены принципы и основания для предоставления инвестиционных субвенций на выполнение инвестиционных проектов (статья 105 Бюджетного кодекса Украины). Эти субвенции вполне могут быть использованы в качестве прямой бюджетной поддержки проектов ПЧП на местном уровне.

Законодательством Республики Казахстан предусмотрена возможность предоставления грантов для софинансирования концессионных проектов и компенсации определенного объема инвестиционных затрат концессионера.

Как видим, в разных государствах-участниках используются различные подходы к предоставлению бюджетных трансфертов (субсидий, субвенций, грантов), направленных на создание (обновление) инфраструктурных объектов. В зависимости от норм национального законодательства такие трансферты перечисляются в форме прямых целевых платежей как единовременных, так и регулярных. Предоставление таких субсидий, с одной стороны, может существенно повысить привлекательность проектов ПЧП, с другой – стать препятствием для свободной конкуренции. Заметим, что в некоторых случаях отдельные бюджетные трансферты могут быть запрещены в соответствии с обязательствами страны по международным соглашениям.

В связи с этим государствам-участникам при усовершенствовании национального законодательства в рамках имплементации положений Модельного закона необходимо проанализировать принятые на себя обязательства по международным договорам и соглашениям и оценить, насколько допустимо и приемлемо применение тех или иных форм бюджетного субсидирования проектов ПЧП.

Статья 4. Прямое финансирование проектов публично-частного партнерства. Бюджетные инвестиции как форма государственной поддержки проектов публично-частного партнерства

Бюджетные инвестиции в объекты капитального строительства государственной собственности осуществляются в форме капитальных вложений в основные средства государственных учреждений и государственных унитарных предприятий. Как правило, бюджетные инвестиции предусматриваются бюджетными программами в рамках реализации долгосрочных целевых программ. Например, в Российской Федерации, в соответствии с пунктом 5 статьи 79 Бюджетного кодекса РФ бюджетные инвестиции могут осуществляться в соответствии с концессионными соглашениями. Статья 80 Бюджетного кодекса РФ, регулирующая порядок предоставления бюджетных инвестиций юридическим

лицам, не являющимся государственными учреждениями или государственными унитарными предприятиями, предусматривает участие в уставном капитале таких юридических лиц. Предоставление бюджетных инвестиций оформляется соглашением.

Раздел 8 Бюджетного кодекса Республики Казахстан регулирует предоставление бюджетных инвестиций посредством участия государства в уставном капитале юридических лиц.

В Украине институциональные формы ПЧП не предусмотрены законодательством, а закон о государственно-частном партнерстве прямо исключает из ПЧП государственные и коммунальные предприятия. В соответствии с Бюджетным кодексом Украины возможно предоставление инвестиционных субвенций на реализацию инвестиционных проектов лишь на объектах, находящихся в собственности территориальных общин, о чем говорилось выше. Кроме того, можно также предусмотреть финансирование объектов, находящихся в государственной или коммунальной собственности, в рамках бюджетных программ, если подобные мероприятия предусмотрены государственными целевыми программами. Вместе с тем бюджетное законодательство не содержит норм, которые бы гарантировали включение в текущий (принимаемый ежегодно) государственный бюджет бюджетных программ для исполнения государственных целевых программ даже в том случае, если такие программы утверждены законами. Еще одним распространенным механизмом бюджетного инвестирования в создание (обновление) объектов коммунальной формы собственности в Украине является включение соответствующих статей расходов в бюджеты развития местных бюджетов. Источники наполнения бюджетов развития местных бюджетов, направления и порядок использования поступивших туда средств определены в Бюджетном кодексе Украины.

Модельный закон особо не акцентирует внимание на том, какой порядок прямого финансирования имеет смысл использовать в качестве бюджетной поддержки проектов ПЧП, в том числе не затрагивает вопросы выбора бюджетных механизмов такой поддержки (субсидии, субвенции, бюджетные инвестиции или иные способы прямого финансирования). Тем не менее в Модельном законе содержится положение о том, что в решении о реализации проекта ПЧП в числе прочих основных финансово-экономических характеристик проекта должен содержаться предварительно оцененный объем бюджетного финансирования. Важно также закрепить в национальном законодательстве бюджетные механизмы такого прямого финансирования проектов ПЧП, которые возможно применять в долгосрочной перспективе.

Статья 5. Государственные гарантии как одна из форм государственной поддержки проектов публично-частного партнерства

Одним из важнейших инструментов государственной поддержки, используемых при реализации проектов ПЧП, являются государственные (муниципальные) гарантии.

Согласно Руководству ЮНСИТРАЛ «кредитные гарантии предназначены для защиты кредиторов (и в некоторых случаях инвесторов, также предостав-

ляющих средства на осуществление проекта) от неисполнения проектной компанией своих обязательств»⁵⁸. При этом Руководство ЮНСИТРАЛ отмечает, что «полные кредитные гарантии правительства, равнозначные полной защите кредиторов от риска неисполнения своих обязательств проектной компанией, не являются общей чертой проектов в области инфраструктуры, осуществляемых при помощи механизма проектного финансирования»⁵⁹.

Статья 19 Модельного закона «Обеспечение исполнения обязательств из соглашения о публично-частном партнерстве» также предусматривает возможность обеспечения исполнения обязательств публичного партнера государственной или муниципальной гарантией.

Институт государственных гарантий закреплен в законодательстве большинства государств – участников СНГ. Например, в российском законодательстве закреплено право концедента предоставлять концессионеру государственные гарантии. При этом размер, порядок и условия предоставления концедентом концессионеру государственных гарантий должны быть указаны в решении о заключении концессионного соглашения, в конкурсной документации и в концессионном соглашении. В частности, концессионное соглашение может содержать, в числе прочего не противоречащие законодательству Российской Федерации условия об обязательствах концедента по предоставлению концессионеру государственных гарантий, размер принимаемых концедентом на себя расходов, а также размер, порядок и условия предоставления концедентом концессионеру государственных гарантий⁶⁰. Однако в Российской Федерации механизм предоставления государственных гарантий был сформирован без учета специфики долгосрочных проектов⁶¹.

В соответствии с российским законодательством в отношении проектов ПЧП гарантия должна быть выдана на весь срок реализации проекта, который может составлять 25 и более лет. Формально максимальный срок гарантии не может превышать 30 лет. Тем не менее обязательства государства по гарантии могут быть исполнены только в том случае, если законом о бюджете на очередной финансовый год будет предусмотрена соответствующая расходная статья в отношении исполнения обязательств по выданной гарантии.

Возможность предоставления государственных (муниципальных) гарантий как формы государственной поддержки проектов ПЧП также предоставля-

⁵⁸ Пункт 38 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁵⁹ Пункт 39 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁶⁰ Закон РФ о концессионных соглашениях.

⁶¹ В связи с этим важно отметить поправки, установленные Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 181-ФЗ, в соответствии с которыми в статью 78 Бюджетного кодекса РФ внесены изменения, подтверждающие возможность предоставлять субсидии концессионерам по концессионному соглашению на срок, превышающий срок утвержденных лимитов бюджетных обязательств. В соответствии с пунктом 6 статьи 78 Бюджетного кодекса РФ субсидии могут предоставляться в соответствии с условиями и сроками, предусмотренными концессионными соглашениями, заключенными в порядке, определенном Законом РФ о концессионных соглашениях (по решению соответствующего высшего органа исполнительной власти). Важность данных изменений трудно переоценить, поскольку с их принятием для инвесторов устраняется проблема отсутствия правовых гарантий исполнения публичной стороной своих финансовых обязательств за пределами сроков бюджетного планирования. В дополнение нужно сказать, что аналогичные изменения были внесены и в статью 72 Бюджетного кодекса, регулирующую порядок предоставления бюджетных ассигнований в рамках реализации государственных (муниципальных) контрактов.

ется Бюджетным кодексом Украины. Вместе с тем, подобно законодательству Российской Федерации, бюджетные гарантии предоставляются лишь в том случае, если на очередной финансовый год предусмотрена соответствующая расходная статья. Следует отметить, что порядок получения государственных (муниципальных) гарантий при реализации проектов ПЧП и концессионных соглашений прямо не прописан в украинском законодательстве. Более того, согласно новым изменениям в Бюджетный кодекс Украины, вступившим в силу с 2015 года, государство, предоставляя гарантии, фактически перекладывает все свои риски на предприятия (организации), которые получают такие гарантии. Так, независимо от причин, по которым заемщик не может выполнить свои обязательства, он навсегда «останется должен» государству: должен будет возместить все выплаты, сделанные государством вследствие наступления гарантийного случая; срок давности для этой задолженности не существует; Министерство финансов имеет право списывать задолженность, возникшую вследствие возникновения гарантийного случая, непосредственно со счетов заемщика. Неудивительно, что примеров предоставления государственных и муниципальных гарантий для проектов ПЧП в Украине до сих пор не появилось. Кроме того, согласно статье 17 Бюджетного кодекса Украины государственные (муниципальные) гарантии не предоставляются в случае, если источником возврата средств возвращения кредитов (заимствований) являются средства государственного (местного) бюджета. Подобная норма не позволяет рассчитывать на получение государственных (муниципальных) гарантий для проектов ПЧП, основанных на плате за доступность.

Предоставление государственных гарантий для проектов ПЧП также предусмотрено законодательством Республики Казахстан. Кроме этого, там присутствует инструмент поручительства государства по инфраструктурным облигациям.

Государственная гарантия может предусматривать субсидиарную или солидарную ответственность гаранта. Например, во многих региональных законах Российской Федерации, регулирующих правила предоставления государственных гарантий, устанавливается исключительно субсидиарная ответственность гаранта.

Необходимо иметь в виду, что субсидиарная ответственность имеет существенные недостатки для реализации проектов ПЧП. Финансирующие организации предпочитают не принимать на себя риски, связанные с таким механизмом ответственности, поскольку в случае нарушения обязательств заемщиком кредитор должен будет сначала осуществить все процедуры по взысканию задолженности с должника и лишь после его отказа исполнить свои обязательства (или в случае отсутствия ответа кредитору в разумные сроки) будет вправе обратиться к гаранту с требованием исполнения обязательств по гарантии.

В случае же солидарной ответственности гаранта кредитор вправе обратиться с требованием об исполнении обязательств в полном объеме напрямую к гаранту, если заемщик не исполнил свои обязательства. Например, практика российских региональных инвестиционных проектов, предусматривающих банковское финансирование, идет именно по этому пути.

В целях повышения привлекательности проекта для финансирующих организаций на практике в кредитное соглашение, обязательства заемщика по которому обеспечиваются государственной гарантией, могут быть включены следующие условия: если 1) по состоянию на определенный день в декабре соответствующего года обязательства по гарантии не были в полном объеме включены в проект бюджета на следующий финансовый год, одобренного решением законодательного органа гаранта во втором чтении, и 2) по состоянию на определенный день в декабре соответствующего года обязательства по гарантии не были включены в полном объеме в бюджет на следующий финансовый год, утвержденный решением гаранта, то это становится случаем неисполнения обязательства заемщика по кредитному договору. Соответствующие обязательства гаранта также устанавливаются в соглашении о предоставлении гарантии. В итоге у кредитора появляется право потребовать от гаранта исполнения обязательств по гарантии, которая включена в состав расходов на текущий финансовый год.

Еще одним фактором, увеличивающим риски кредиторов и, соответственно, проекта в целом, является предоставление государственной гарантии с правом требования гаранта к принципалу о возмещении сумм, уплаченных гарантом бенефициару по государственной гарантии (право регресса). Например, в соответствии с законодательством Российской Федерации, а именно пунктом 1 статьи 115.2 Бюджетного кодекса РФ, если гарантия, которая предусматривает право гаранта возмещать все потраченные суммы у заемщика, устанавливает право регрессного требования гаранта, то заемщик обязан предоставить гаранту (за исключением случаев, когда принципалом является Российская Федерация, субъект Российской Федерации) обеспечение, причем таким обеспечением могут быть только банковские гарантии, поручительства, государственные или муниципальные гарантии, залог имущества в размере не менее 100% предоставляемого кредита. При этом указывается, что обеспечение исполнения обязательств должно иметь высокую степень ликвидности.

Следует отметить, что указанные положения российского законодательства представляются в недостаточной степени учитывающими коммерческие реалии для многих финансирующих организаций, в том числе международных финансовых институтов. При наличии у принципала требуемого для получения государственной гарантии обеспечения у него не возникает необходимость получения государственной гарантии, поскольку такое обеспечение во многих случаях само по себе является достаточным для кредитора, финансирующего проект. Кроме того, при реализации данного механизма возникают риски различных нарушений со стороны принципала при предоставлении обеспечения гаранту, что потенциально может повлечь недействительность выданной государственной гарантии. С учетом указанных рисков кредиторы и инвесторы предпочитают заключать соглашения о предоставлении гарантии, предусматривающие выпуск государственной гарантии без права регресса.

Статья 6. Виды государственных гарантий

В международной практике государственные гарантии разделяют на га-

рантии по кредиту и гарантии рефинансирования.

Гарантиями по кредиту обычно называют такие гарантии, по которым государство обязуется осуществлять выплаты по кредиту в случае, если проектная компания не может их осуществлять самостоятельно. Гарантии по кредиту могут быть обеспечивать досрочные взыскания и выплаты по частям, быть частичными или полными.

По гарантиям, обеспечивающим досрочные взыскания, кредиторы имеют право потребовать единовременной и немедленной выплаты всей суммы в случае неисполнения проектной компанией своих обязательств по платежам. При обеспечивающих выплаты по частям гарантиям государство осуществляет выплаты по частям в соответствии с условиями и графиком, предусмотренным в кредитном договоре.

По частичным гарантиям государство осуществляет выплаты лишь по кредитному договору одного из кредиторов или части всего долга проектной компании. Полная гарантия охватывает всех кредиторов и (или) весь кредит.

Выплачиваемые государством деньги могут считаться как долгом проектной компании, так и невозмещаемыми грантами. В основном это определяется тем, что стало причиной возникновения ситуации, при которой гарантии вступают в силу, и на кого возложена ответственность по предотвращению возникновения подобной ситуации.

В случае когда речь идет о долге, то он может быть первой очереди, равной срочности с другими долговыми обязательствами или субординированным по отношению к другим займам.

Гарантии рефинансирования используются в случае, когда заемщики не могут предоставить финансирование по разумной цене на период, сравнимый с характером денежных потоков проекта ПЧП или в течение действия соглашения о ПЧП. Такие гарантии позволяют устранить опасение, что финансовый кризис, а также новое правовое регулирование банковской деятельности увеличат стоимость долгосрочного коммерческого финансирования и сократят их объемы. При помощи таких гарантий государство обязуется выплатить долг кредиторам, если проектная компания не в состоянии его оплатить самостоятельно в установленные кредитным договором сроки. Если проектная компания выплачивает часть долга, то государство обязуется доплатить разницу.

Особо серьезными государственными гарантиями являются гарантии от определенных действий исполнительных или законодательных органов государств, в том числе от произвола со стороны указанных ветвей власти и подконтрольных им органов. Гарантии от определенных действий со стороны исполнительных или законодательных органов государств относятся к действиям иных органов власти, не относящихся к публичному партнеру по проекту ПЧП. В Руководстве ЮНСИТРАЛ, в частности, такого рода гарантии названы «гарантиями от политических рисков».

Большое значение имеют также и гарантии от неблагоприятного изменения законодательства.

В законодательствах зарубежных стран встречаются также валютные гарантии, гарантии от экспроприации, конфискации собственности, национализа-

ции.

Валютные гарантии предусматривают гарантии перевода денежных средств в другие страны, гарантии наличия необходимой иностранной валюты и гарантии конвертируемости прибыли в иностранную валюту. Валютные гарантии имеют большое значение не только для иностранных частных партнеров, но и для местных частных партнеров, так как могут защитить прибыль частного партнера при возникновении нестабильной ситуации в стране, а также обеспечить наиболее простую форму взаимодействия с иностранными субподрядчиками и контрагентами, которых возможно потребуется привлечь при осуществлении проекта ПЧП.

Гарантии от экспроприации, конфискации собственности, национализации имеют особое значение в зарубежных странах, где издавна сложилось негативное отношение к любым формам государственного вмешательства в коммерческие проекты. В том числе большое значение указанные гарантии имеют и для привлечения иностранных инвесторов в проекты ПЧП. Как правило, подобного рода гарантии регулируются именно законодательством государств, так как затрагивают вопросы взаимодействия и возможного конфликта интересов частного субъекта и государства.

Отдельным видом гарантий является защита от конкуренции, которая используется относительно редко и лишь по отдельным проектам, специфика которых реально того требует. Суть данной формы государственной поддержки проектов ПЧП заключается в том, что частному партнеру предоставляются заверения в том, что в течение определенного срока не будут разрабатываться какие-либо конкурирующие проекты в области инфраструктуры, а правительственные органы и организации не будут конкурировать с частным партнером прямо или косвенно через другого частного партнера. Так, в частности, нередко в законодательства вносятся специальные положения о том, что правительство обязуется не оказывать поддержку или иным образом поощрять проекты, способные привести к конкуренции с проектами ПЧП, соглашения по которым уже были заключены. Основное условие такого рода поддержки – грамотное правовое структурирование, обеспечивающее соответствие применения данной меры национальному законодательству о защите конкуренции (антимонопольному законодательству).

Нормы по защите от конкуренции как форма государственной поддержки проектов ПЧП имеют большое значение, так как позволяют повысить привлекательность проектов ПЧП. Такого рода нормы могут повысить уровень доверия со стороны потенциальных частных партнеров к планируемым проектам ПЧП, так как стимулируют одновременно публичного и частного партнера начать диалог друг с другом как в случае падения спроса на результаты проекта и уменьшения его доходности, так и в случае неожиданного повышения спроса на результаты проекта и связанную с этим необходимость либо вносить изменения в договор, либо заключать новый (в случае если уже нет возможности справиться с превысившим ожидаемые лимиты спросом). Кроме того такого рода нормы также могут понадобиться в случае необходимости существенно модернизировать проект, если это даст возможность справиться с неожиданно

возросшим спросом на его результаты. Следует принимать во внимание, что «в некоторых случаях законодательство устанавливает обязательства правительства не изменять условия исключительных прав в ущерб проектной компании без ее согласия»⁶².

С целью повышения эффективности государственной поддержки ЮНСИТРАЛ рекомендует вводить в гарантийные обязательства положения, «ограничивающие объем рисков, принимаемых на себя правительством в связи с кредитными гарантиями. Правила, регулирующие предоставление кредитных гарантий, могут устанавливать максимальный предел, который может быть выражен в виде фиксированной суммы или, если нужна большая гибкость, в виде определенной процентной доли общих инвестиций в какой-либо конкретный проект»⁶³.

В законодательстве многих государств – участников СНГ предоставление подобных сложно структурируемых условных гарантий, чрезвычайно важных в случае реализации проектов ПЧП, не предусмотрено бюджетным законодательством, и, соответственно, практики их использования не существует. Поэтому государствам-участникам необходимо проанализировать потенциальную необходимость в закреплении подобных норм в бюджетном законодательстве. Например, для защиты проектов от конкуренции следует предусмотреть положение о том, что в случае нанесения ущерба в результате изменений государственной политики частный партнер вправе рассчитывать на соответствующую и разумную компенсацию. Также важно закрепить механизм осуществления такой компенсации, в противном случае соответствующая норма законодательства будет иметь сугубо декларативный характер.

Глава 17. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ЧАСТНЫМ ПАРТНЕРОМ В РАМКАХ ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Модельный закон разъясняет принципы исполнения обязательств, в том числе страхование риска ответственности частного партнера, независимых гарантий и банковских вкладов, объемы и сроки обеспечения исполнения обязательств сторонами ПЧП.

Следует обратить внимание на пункт 4 статьи 19 Модельного закона «Обеспечение исполнения обязательств по соглашению о публично-частном партнерстве», а именно – на указание о возможности выбора «иных способов, не запрещенных законодательством» по обеспечению исполнения обязательств публичным партнером государства – участника СНГ.

В указанном пункте, как, впрочем, и в остальных положениях Модельного закона, не установлена возможность создания публичным партнером специальных фондов для обеспечения исполнения обязательств публичного партнера по соглашению о ПЧП, аккумулирующих денежные средства публичного партнера, обеспечивающие и гарантирующие выполнение публичным партнером

⁶² Пункт 55 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

⁶³ Пункт 39 раздела С главы II Руководства ЮНСИТРАЛ.

обязательств по СПЧП, но такая возможность может понадобиться при осуществлении проектов ПЧП на практике и стать хорошей гарантией защиты интересов частного партнера и повышения привлекательности проектов.

Обеспечение исполнения обязательств частным партнером в рамках проектов ПЧП – достаточно распространенная практика, используемая во многих странах. Например, в Италии используются стандартные пакеты обеспечения, при которых банковское финансирование предусматривается как в полном объеме, так и частично. При этом пакет обеспечения включает в себя активы, доходы от эксплуатации объекта, а также личные гарантии, предоставленные акционерам.

Кроме того, в соответствии с рядом положений Модельного закона частный партнер имеет право на изменение условий СПЧП в целях обеспечения своих имущественных интересов.

Модельный закон также разъясняет основные полномочия высшего органа исполнительной власти государства – участника СНГ или иного публично-правового образования в отношении проектов ПЧП, а также иных уполномоченных органов и организаций и их формы участия, если они выступают от имени публично-правового образования в СПЧП на стороне публичного партнера. При этом, Модельный закон в пункте 4 статьи 7 определяет, что правовыми актами государств-участников должны быть установлены требования к профессиональной квалификации сотрудников публичного органа, ответственных за подготовку ПЧП. Последствия принятия решений по проектам ПЧП могут быть очень серьезными для государств (территориальных общин) (как позитивные, так и негативные) и проявиться они могут не сразу, а в длительной перспективе. Именно этим должно быть обусловлено внимание государства к профессиональному уровню лиц, принимающих решения в этой сфере.

Кроме того, Модельный закон разъясняет и принципы контроля за подготовкой и реализацией проектов ПЧП, а также за целевым и эффективным использованием средств бюджета в рамках проектов ПЧП со стороны высшего органа исполнительной власти государства – участника СНГ, его муниципального или иного публично-правового образования и (или) органа исполнительной власти, уполномоченного на реализацию политики в сфере ПЧП.

Отметим, что в Модельном законе не указано, что контроль подготовки и реализации проектов ПЧП осуществляется именно в соответствии с условиями СПЧП, что несет риск злоупотребления положениями указанной статьи.

Глава 18. ПРАВА НА ВМЕШАТЕЛЬСТВО В ПРОЕКТ, ПРЯМЫЕ СОГЛАШЕНИЯ

Права на вмешательство в проект, а также возможность заключения прямых соглашений имеет большое значение для проектов ПЧП в связи с тем, что они обеспечивают возможность продолжения работы над проектом в случае, если частный партнер оказывается не способен продолжить работу над проектом самостоятельно при возникновении у него как временных, так и постоянных

ных затруднений.

Модельный закон детально не раскрывает процедуру вступления публичного партнера в прямое управление объектом или частью объекта при замене частного партнера в случаях, установленных в СПЧП, в том числе при нарушении частным партнером требований к эксплуатации объекта. Однако, учитывая, что право вступления публичного партнера в прямое управление объектом или частью объекта при замене частного партнера в Модельном законе предусмотрено, государства – участники СНГ могут заимствовать опыт детализации аналогичных норм других стран.

Так, например, интересные разъяснения по данному вопросу содержатся в положении об оказании взаимной помощи в ходе реализации проекта ПЧП в статье 27 Тома 3 Национального путеводителя по ПЧП Австралии⁶⁴. В частности, исходя из указанного положения, правительство Австралии вправе принимать на себя и осуществлять полномочия вместо частного лица или организации в критических ситуациях, таких как угроза причинения вреда окружающей среде, нанесения серьезного материального ущерба конструкциям, при возникновении форс-мажорных обстоятельств, в случае невозможности дальнейшего выполнения своих обязательств по проекту второй стороной, в случаях когда этого требует законодательство, и др. При этом частное лицо или организация в подобных критических ситуациях обязаны оказывать помощь публичному образованию в реализации проекта. В случаях когда правительство не желает самостоятельно осуществлять действия за вторую сторону СПЧП, оно вправе призвать частное лицо или организацию к обязательному выполнению действий, необходимых для ликвидации последствий, предотвращения причиненного вреда окружающей среде и т. п.

Учитывая крайнюю необходимость регулирования прав на вмешательство в проект, Модельный закон разъясняет принципы перемены лиц в обязательстве из соглашения о ПЧП, принципы замены частного партнера, раскрывает последствия реорганизации частного партнера или его замены.

Государствам – участникам СНГ стоит обратить внимание на тот факт, что Модельный закон, в частности статья 20 «Перемена лиц в обязательстве по соглашению о публично-частном партнерстве», не содержит детального разъяснения всех последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения частным партнером его обязательств по СПЧП. С тем чтобы избежать возможных злоупотреблений в связи с трактовкой данной нормы закона о СПЧП, необходимо установить дополнительные положения в национальных законах о ПЧП, которые будут приняты на основании настоящего Модельного закона. Например, было бы целесообразно установить, что если замена частного партнера происходит в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения частным партнером его обязательств по СПЧП, то такая замена не освобождает частного партнера от возмещения публичному партнеру и (или) финансирующему лицу убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств частного партнера.

⁶⁴ National PPP Guidelines. Volume 3: Commercial Principles for Social Infrastructure. December 2008. Published by Infrastructure Australia.

Необходимо отметить, что, например, законодательство Италии о ПЧП⁶⁵ предусматривает возможность вмешательства в проект, причем в отношении как концессионного соглашения, так и любого соглашения, заключенного в рамках работы над проектом. Тем не менее в Италии данный институт не имеет широкого применения на практике.

Большое значение для реализации проектов ПЧП имеет и возможность переуступки прав по СПЧП. Так, при использовании переуступки прав по СПЧП права частного партнера на получение денежных средств от пользователей объекта СПЧП можно передать кредитору, предоставляя таким образом необходимые денежные поступления в счет денежного обязательства. Совокупность таких поступлений, как правило, позволяет удовлетворить денежные требования кредитора при условии общей эффективности проекта.

Процедура переуступки прав может осуществляться посредством так называемого «прямого соглашения», суть которого заключается в том, чтобы предоставить кредитору частного партнера возможность «вступить» в проект в случае, если последний ненадлежащим образом исполняет свои обязательства. Прямое соглашение (от англ. – direct agreement) представляет собой способ обеспечения обязательств, предусматривающий заключение соглашения непосредственно между кредитором и публичной стороной. В соответствии с условиями прямого соглашения в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) своих обязательств частным партнером лицо, с которым публичный партнер заключил прямое соглашение, принимает на себя все права и обязанности по СПЧП. Таким образом, после реализации своих так называемых прав «step-in», кредитор уже бывшего частного партнера получает возможность компенсировать свои расходы на кредит бывшему частному партнеру за счет поступлений от эксплуатации объекта СПЧП или публичного партнера. Преимуществом данного способа является возможность избежать расторжения СПЧП, влекущего в свою очередь прекращение осуществления проекта, и расходов на компенсационные выплаты кредитору.

Замена частной стороны может осуществляться по требованию кредитора без проведения конкурса в случае неисполнения им своих обязательств перед кредитором.

Прямое соглашение предусмотрено положениями Модельного закона. В соответствии с ним прямое соглашение – это соглашение публичного партнера, частного партнера и финансирующего лица и (или) иного лица, привлеченного частным партнером в целях реализации проекта публично-частного партнерства, определяющее условия их взаимодействия в связи с осуществлением проекта публично-частного партнерства.

Модельный закон не содержит иных норм, особо регулирующих порядок применения или содержания такого прямого соглашения, в связи с чем государствам – участникам СНГ рекомендуется в своих национальных законода-

⁶⁵ Законодательство Италии о ПЧП состоит из «Кодекса публичных контрактов», изменений и дополнений к указанному Кодексу (the Italian Code of Public Contracts). Кроме того, законодательство Италии учитывает положения директив и распоряжений Евросоюза по вопросам концессионных соглашений, проектов ПЧП и государственных контрактов.

тельствах подробно раскрыть требования к прямым соглашениям и порядок их применения на практике.

Глава 19. ГАРАНТИИ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ СТОРОН ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Работа над любым проектом ПЧП неизбежно связана с возникновением различных рисков. Каждый из таких рисков должен быть заранее продуман при подготовке проекта ПЧП и распределен на соответствующую сторону, а стороны должны быть уверены в том, что их права и законные интересы защищены надлежащим образом. Такого рода уверенность достигается путем предоставления соответствующих гарантий контрагенту.

Статья 1. Гарантии прав и законных интересов частного партнера

В отношении гарантий прав и законных интересов частного партнера Модельный закон разъясняет основные требования к их соблюдению, в том числе гарантии защиты его прав в соответствии с международными договорами, неприменение мер дискриминационного характера, невмешательство публичного партнера в деятельность частных партнеров, возмещение убытков частному партнеру, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) публичных органов государства – участника СНГ, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов.

Необходимо обратить внимание на то, что Модельный закон содержит лишь основные гарантии и права частного партнера. Государствам-участникам рекомендуется детализировать указанные положения в своих национальных законодательных актах.

Так, например, следует отметить, что Модельный закон не предусматривает права на односторонний отказ от СПЧП в случае существенного изменения обстоятельств. Наличие возможности одностороннего отказа могло бы существенно повысить привлекательность проектов для потенциальных инвесторов, обеспечить надлежащую защиту их интересов в случае наступления определенных неблагоприятных для частного партнера обстоятельств и в итоге способствовать эффективному распределению рисков между сторонами.

В Модельном законе содержится только положение о том, что частный партнер имеет право на изменение условий соглашения о ПЧП в целях обеспечения своих имущественных интересов, существовавших на день подписания СПЧП в соответствии с пунктом 8 статьи 21 Модельного закона «Гарантии прав и законных интересов частного партнера».

За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по СПЧП стороны несут ответственность. Модельный закон не разъясняет права частного партнера требовать возмещения причиненных убытков, включая упущенную выгоду в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения публичным партнером обязательств по СПЧП. Статья 23 Модельного закона «Ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по соглашению о публично-частном партнерстве» разъясняет наличие имуще-

ственной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств, а также запрещает устанавливать ограничение ответственности публичного партнера за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по СПЧП.

В случае если государства – участники СНГ сталкиваются с затруднениями в поиске претендентов на заключение СПЧП, подобная норма могла бы существенно повысить привлекательность участия в проекте ПЧП для частного партнера и упростить для него привлечение стороннего финансирования, в связи с чем рекомендуется закрепить ее в национальных законах о ПЧП, которые будут разрабатываться на основании Модельного закона.

В целом защитой прав и законных интересов частного партнера являются гарантии исполнения со стороны публичного партнера своих обязательств.

В международной практике осуществления проектов ПЧП встречаются разные виды гарантий защиты прав и законных интересов частного партнера. К таким видам гарантий можно отнести гарантии приобретения товаров и услуг, гарантии поставок, так называемые общие гарантии.

Публичный партнер, например, может гарантировать оплату товаров и услуг, предоставляемых частным партнером. Такие гарантии имеют особое значение в тех случаях, когда единственным потенциальным потребителем товаров и услуг, производимых в ходе проекта ПЧП, является публичный партнер. Государствам – участникам СНГ необходимо предусмотреть такие гарантии в тех случаях, когда государство будет основным потребителем таких товаров (работ, услуг).

Гарантии поставок могут предоставляться в целях защиты частного партнера от неисполнения обязательств публичным партнером по поставке определенного рода товаров и услуг, которые частный партнер не может получить иным образом в целях осуществления проекта ПЧП.

К общим гарантиям Руководство ЮНСИТРАЛ, например, в пункте 46 раздела С главы II относит гарантии, призванные защищать частного партнера от любого рода неисполнения обязательств публичным партнером в отличие от неисполнения конкретных обязательств, прямо предусмотренных СПЧП или законодательством. В целом такого рода гарантии крайне редко применяются на практике в связи с излишней их абстрактностью и связанной с этим возможностью злоупотребления правом со стороны частного партнера. Руководство ЮНСИТРАЛ в указанном пункте разъясняет, что такие гарантии встречаются, в частности, в случаях, когда обязательства публичного партнера не являются соразмерными его кредитоспособности, например, в крупных проектах ПЧП, инициированных муниципалитетами или иными автономными субъектами. Однако в этом же пункте Руководства ЮНСИТРАЛ отдельно разъясняется, что подобного рода гарантии не могут заменить соответствующие договорные средства защиты в случае неисполнения обязательств публичным партнером.

В целом в отношении средств обеспечения исполнения обязательств по гарантиям необходимо отметить, что прежде всего, при разработке национальных законодательств государствам – участникам СНГ рекомендуется уделять внимание мерам, которые дополнительно стимулируют публичного партнера к

добросовестному соблюдению обязательств по СПЧП и которые позволяют прогнозировать и исключать возможные случаи невыполнения обязательств, улучшать климат взаимодействия публичного и частного партнера таким образом, чтобы стороны сами были заинтересованы в тщательном исполнении всех принятых на себя обязательств. Указанные меры позволят, с одной стороны, сократить объем ответственности публичного партнера, а с другой – стимулировать публичного партнера к соблюдению принятых на себя обязательств.

Статья 2. Гарантии прав и законных интересов публичного партнера

В отношении гарантий прав и законных интересов публичного партнера Модельный закон предусматривает права публичного партнера осуществлять контроль за ходом реализации проекта ПЧП, контроль соблюдения условий соглашения о ПЧП, за соблюдением сроков реализации проекта, за соответствием технического обслуживания и использования (эксплуатации) объекта целям ПЧП.

Кроме того Модельный закон предусматривает в качестве гарантий прав и законных интересов публичного партнера также права публичного партнера на беспрепятственный доступ к объекту ПЧП.

Соответствующее положение, содержащееся в статье 22 Модельного закона «Гарантии прав и законных интересов публичного партнера» обладает достаточной диспозитивностью, так как допускает установление иных гарантий, прав и законных интересов публичного партнера законодательством государства – участника СНГ, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, СПЧП. Кроме того, Модельный закон также предусматривает возможность включить в соглашение о ПЧП порядок осуществления контроля за исполнением его условий публичным партнером и иными лицами, участвующими в СПЧП.

Вышеуказанные права имеют большое значение для реализации проектов ПЧП, о чем неоднократно отмечалось в законодательных актах различных стран.

Так, например, в Руководстве по стандартизации соглашений о ПЧП министерство финансов Великобритании отметило необходимость детального описания способов контроля, которые могут быть выражены в проведении проверки основных объектов недвижимости по окончании строительства или реконструкции, проведении приемочных испытаний и т. п. В частности, указывается, что соглашение должно содержать положения о выбранной форме контроля, графике и продолжительности проведения контрольных мероприятий, последствиях негативного результата контроля, уведомлении о проведении контроля, об указании, за чей счет проводится контроль, о порядке доступа представителей публичного партнера для проведения контрольных мероприятий, а также о составлении документации по итогам проведенных контрольных мероприятий. Стороны могут предусмотреть в СПЧП право публичного партнера проводить контрольные мероприятия в отношении субподрядчиков частного партнера. В то же время указывается и на недопустимость проведения публичным партнером отдельных видов контроля, в том числе в отношении со-

трудников частного партнера и его субподрядчиков.

Контроль за ходом реализации проекта ПЧП может осуществляться как одним государственным органом, так и несколькими. Так, например, в Украине такой вид контроля возложен на несколько государственных и муниципальных органов.

Государствам – участникам СНГ, учитывая международный опыт осуществления контроля за проектами ПЧП, можно рекомендовать детально раскрыть в своих национальных законодательных актах, которые будут приниматься на основе Модельного закона, порядок осуществления такого контроля со стороны публичного партнера. СПЧП должно содержать перечень мероприятий, которые публичный партнер планирует провести в ходе осуществления контроля за реализацией проекта, и обеспечить защиту публичного партнера от задержек при оказании услуг частным партнером посредством использования механизма заранее оцененных убытков.

Модельный закон предусматривает множественность лиц на стороне публичного партнера, однако под вопросом остается порядок распределения прав на объект между лицами, выступающими на стороне публичного партнера после ввода объекта в эксплуатацию.

Государствам-участникам необходимо обратить внимание на указанные положения и детализировать их в своих национальных законах о ПЧП, которые будут разрабатываться на основании Модельного закона.

Так, например, российское концессионное законодательство в данном отношении содержит неоднозначное регулирование, из которого неясно, может ли концессионер при прекращении соглашения передать объект не концеденту, а лицу на стороне концедента или же по поручению концедента. Теоретически существует возможность согласования таких условий между лицами на стороне публичного партнера, однако рекомендуем, чтобы данные условия были известны также частному партнеру.

Раздел VII. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Глава 20. РОЛЬ ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ САМОУПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Статья 1. Международные стандарты

Безусловно, для полноценного развития ПЧП в государствах – участниках СНГ необходимо, чтобы соответствующие усилия предпринимались не только на законодательном, но и на правоприменительном уровне. В частности, трудно переоценить роль исполнительных органов государственной власти в сфере ПЧП.

Этот тезис отражен во всемирно признанных стандартах в сфере ПЧП. Так, в соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ, для развития ПЧП необходимо определить:

– органы государственной власти, компетентные выступать в качестве за-

казчиков по инфраструктурным проектам;

- должностных лиц, наделенных полномочиями по принятию обязательств от имени публичного партнера на разных этапах реализации проектов ПЧП, а также полномочиями на подписание договоров по проектам (включая СПЧП);

- объем полномочий региональных органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере развития ПЧП в рамках их сферы компетенций;

- порядок координации между различными органами в ходе реализации проектов ПЧП⁶⁶.

Таким образом, государствам-участникам необходимо на законодательном уровне определить органы государственной власти, органы местного самоуправления и соответствующих должностных лиц, которые компетентны:

- принимать решения о реализации проектов ПЧП;

- разрабатывать типовые (примерные, модельные) СПЧП;

- осуществлять общее взаимодействие и налаживать коммуникации с потенциальными инвесторами и финансирующими организациями, заинтересованными в рынке ПЧП государства-участника;

- проводить встречи и переговоры с заинтересованными инвесторами и финансирующими организациями в рамках конкретных проектов ПЧП;

- рассматривать предложения о заключении СПЧП, поданные в порядке частной инициативы;

- координировать подготовку проектов ПЧП, в том числе их структурирование, а также разработку всей необходимой документации (включая конкурсную документацию, проектную документацию и т. д.);

- организовывать проведение конкурсных процедур и рассмотрение конкурсных заявок и предложений участников конкурса;

- заключать СПЧП и иные договоры по проектам ПЧП, осуществлять те или иные полномочия публичного партнера по проектам ПЧП (включая контроль за исполнением СПЧП).

Законы о ПЧП о концессиях, а также иные нормативные правовые акты большинства государств – участников СНГ (подробнее см. Приложения 1 и 2) не содержат указаний на конкретные органы государственной власти, а лишь ограничиваются отсылками к общим положениям законодательства государств-участников в отношении полномочий органов государственной власти и местного самоуправления. Несмотря на то что такой подход имеет право на существование, Типовое положение ЮНСИТРАЛ «Полномочия заключать концессионные соглашения» рекомендует государствам закреплять исчерпывающий либо примерный список органов, обладающих полномочиями по заключению концессионных соглашений (СПЧП) на всех уровнях государственного устройства (федеральном, региональном, местном). Указанный подход представляется более практичным, поскольку, в частности, избавляет участников рынка (в том числе потенциальных инвесторов) от необходимости выяснять, в какой орган

⁶⁶ См. пункты 23–29 раздела D главы I Руководства ЮНСИТРАЛ.

обращаться с частной инициативой о реализации того или иного проекта ПЧП либо с запросами на разъяснения законодательства о ПЧП (в том числе применимо к конкретным проектам), а также предотвращает злоупотребления со стороны публичных органов (таким образом предотвращаются случаи, когда СПЧП заключаются органами либо подписываются должностными лицами, не имеющими на то специальных полномочий). Более того, на практике различные министерства и ведомства зачастую не могут самостоятельно урегулировать, кто из них уполномочен осуществлять подготовку и реализацию проекта ПЧП, в случае когда их полномочия дублируются (в частности, на практике возникал вопрос о том, кто должен выступать уполномоченным органом по проекту в сфере фото- и видеофиксации нарушений правил дорожного движения в регионе одного из государств – участников СНГ: региональное министерство внутренних дел либо ведомства в его составе, ответственные за безопасность дорожного движения, либо региональное министерство транспорта, либо непосредственно правительство региона?). Аналогичный вопрос актуален, когда на роль уполномоченного органа или организации одновременно претендуют то или иное министерство или ведомство и какое-либо бюджетное (унитарное) предприятие. Также данный вопрос актуален в связи с тем, что зачастую возникает пересечение полномочий органов государственной власти и (или) местного самоуправления на разных уровнях: в частности, в случае когда та или иная сфера, в которой предполагается реализовать проект ПЧП, относится к совместной компетенции федерации и субъекта (региона) либо региона и муниципалитета.

Статья 2. Положения Модельного закона

Модельный закон включает статью 30, посвященную полномочиям органов исполнительной власти в сфере ПЧП. В частности, он включает соответствующие полномочия высших органов исполнительной власти государства или иных публично-правовых образований (т. е. высших органов исполнительной власти на региональном или муниципальном уровнях). Указанные органы Модельный закон наделяет полномочиями, которые можно разделить на несколько основных групп:

- полномочия в нормативно-регуляторной сфере (принятие нормативных правовых актов о порядке подготовки и реализации проектов ПЧП, утверждение долгосрочных целевых программ, определение публичных органов, уполномоченных на заключение СПЧП, утверждение методик оценки эффективности проектов ПЧП, примерных форм СПЧП и т. д.);

- полномочия в организационно-координационной сфере (организация обучения должностных лиц);

- полномочия в контрольной сфере (контроль за исполнением СПЧП).

Также статья 30 Модельного закона содержит перечень полномочий органов исполнительной власти, уполномоченных на реализацию политики в сфере ПЧП, который дополняет и расширяет перечень полномочий высших органов исполнительной власти, при этом во многом оба перечня совпадают (в частности, оба перечня содержат полномочия по принятию различных норма-

тивных правовых актов, полномочия по контролю и т. д.). Представляется, что более подробно вопрос соотношения соответствующих полномочий должен быть решен на уровне национального законодательства государств – участников СНГ (в том числе путем принятия правительствами государств-участников соответствующих подзаконных нормативных правовых актов).

Статья 3. Специализированные органы государственной власти в сфере публично-частного партнерства

Следует отметить, что в настоящее время стала распространенной идея о необходимости создания специализированных органов государственной власти в сфере ПЧП либо специализированных подразделений с компетенциями в сфере ПЧП в составе различных исполнительных органов государственной власти⁶⁷. В частности, в Великобритании в 1990-е годы в составе ключевых министерств (здравоохранения, транспорта и т. д.) были созданы соответствующие подразделения, ответственные за подготовку и реализацию проектов ПЧП. В ряде зарубежных государств (например, Египте⁶⁸ и Чехии⁶⁹) созданы отдельные специализированные структуры, уполномоченные осуществлять законотворческую деятельность и политику в сфере ПЧП, которые подчинены министерству финансов. Во Франции соответствующий орган подчинен министерству экономики⁷⁰.

Вероятно, необходимость развития ПЧП в государствах – участниках СНГ повлечет создание аналогичных органов либо структурных подразделений органов государственной власти (в тех государствах-участниках, где это еще не сделано (подробнее см. Приложение 2)).

Глава 21. РОЛЬ ИНСТИТУТОВ РАЗВИТИЯ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

В контексте механизмов поддержки проектов ПЧП необходимо отметить роль институтов развития ПЧП, которые не являются органами публичной власти, однако играют важную роль для продвижения механизмов ПЧП. Им посвящена статья 32 Модельного закона.

Как правило, институты развития ПЧП создаются для оказания содействия развитию ПЧП в части информационной поддержки проектов ПЧП, взаимодействия с потенциальными инвесторами и финансирующими организациями, консультативной поддержки органов публичной власти, проведению экспертной оценки проектов ПЧП и т. д. (что отражено в статье 32 Модельного закона). Наиболее известным институтом развития ПЧП на международном уровне является Европейский экспертный центр ПЧП (ЕРЕС), организационно подчиненный Европейскому инвестиционному банку и Европейской комиссии.

Модельный закон допускает создание институтов развития ПЧП как на

⁶⁷ Здесь и далее см. Руководство ЮНСИТРАЛ, Пункт 23 раздела D главы I и далее.

⁶⁸ http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg/Content/Home/Pages/Home_en.aspx.

⁶⁹ <http://www.mfcr.cz/en/themes/public-private-partnership/basic-information>.

⁷⁰ http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/synopsis_mappp_ang.pdf.

национальном, так и на региональном и муниципальных уровнях. При этом, если это предусмотрено законодательством государств – участников СНГ, такие институты развития могут создаваться не только публичными органами, но и общественными организациями либо гражданами.

ОБЗОР ПРАКТИКИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

1. Законодательная база государственно-частного партнерства в Российской Федерации

1.1. Федеральный уровень

1) Основой федерального законодательства для проектов ПЧП являются нормы Закона РФ о концессионных соглашениях, а также нормы Закона РФ о ГЧП (в России принято употреблять аббревиатуру «ГЧП» вместо «ПЧП», поэтому далее в тексте настоящего приложения мы будем придерживаться термина «ГЧП», при упоминании моделей и проектов ПЧП в Российской Федерации).

2) До 1 января 2016 года (когда вступили в силу большинство положений Закона РФ о ГЧП) на уровне федерального законодательства в России была прямо закреплена только одна модель ПЧП – концессия (ВТО/РТО). В рамках концессии собственность на объект соглашения возникает у концедента, а не у концессионера (частного партнера), при этом концессионеру (частному партнеру) передается право владения и пользования объектом. В связи с этим передача объекта соглашения в залог в пользу кредиторов или иных лиц не допускается, что обычно рассматривается как один из недостатков концессии при сравнении ее с моделями, основанными на передаче частному партнеру права собственности на объект.

1.2. Региональный уровень

1) Неконцессионные модели ГЧП в России, как правило, основаны на региональном законодательстве в области ГЧП, которое на настоящий момент принято в большинстве субъектов Российской Федерации. В некоторых субъектах Российской Федерации законы о ГЧП являются в целом декларативными и не содержат положений, регулирующих конкретные вопросы осуществления ГЧП. К таковым можно отнести, в частности, Закон Амурской области от 6 сентября 2010 года № 379-ОЗ «О государственно-частном партнерстве в Амурской области», Закон Владимирской области от 9 февраля 2012 года № 1-ОЗ «О государственно-частном партнерстве во Владимирской области», Закон Ставропольского края от 12 октября 2009 года № 67-кз «О государственно-частном партнерстве в Ставропольском крае» и др. В других субъектах – например в Санкт-Петербурге⁷¹, Новосибирской области⁷², Свердловской области⁷³, Ярославской области⁷⁴ и т. д. – принятые законы о ГЧП отличаются высокая

⁷¹ Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах».

⁷² Закон Новосибирской области от 29 марта 2012 г. № 200-ОЗ «Об участии Новосибирской области в государственно-частном партнерстве».

⁷³ Закон Свердловской области от 23 мая 2011 г. № 28-ОЗ «Об участии Свердловской области в государственно-частном партнерстве».

⁷⁴ Закон Ярославской области от 01 декабря 2010 г. № 50-з «Об участии Ярославской области в проектах государственно-частного партнерства».

степень проработанности и учет требований инвестиционной привлекательности ГЧП.

2) В ряде случаев региональное законодательство предусматривает более гибкое регулирование проектов ГЧП по сравнению с федеральным концессионным законодательством, в частности по вопросам распределения рисков, конкурсной процедуры и возможности передачи построенного объекта в залог кредиторам и иным лицам. Региональные законы предусматривают более широкий перечень возможных форм ГЧП. Например, Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах» помимо концессионных соглашений (модель ВТО/RTO) допускает реализацию проекта ГЧП на основе модели BOOT/ROOT, BOO/ROO и иных моделей, которые могут быть предусмотрены законами Санкт-Петербурга и актами Правительства Санкт-Петербурга. Вместе с тем в силу законодательного запрета на передачу в частную собственность отдельных видов объектов инфраструктуры (например, объектов системы водоснабжения и водоотведения) реализация проектов ГЧП в отношении данных объектов инфраструктуры возможна только по концессионной модели согласно федеральному законодательству.

1.3. Отдельные риски реализации проектов публично-частного партнерства, вызванные недостаточной развитостью законодательства о публично-частном партнерстве

1) Некоторые проекты ПЧП предусматривают регулярные выплаты в пользу частного партнера, что предполагает необходимость выделения средств из бюджетов бюджетной системы Российской Федерации. Российское бюджетное законодательство не в полной мере учитывает долгосрочный характер проектов ПЧП. Также существует ряд правовых проблем, связанных с бюджетированием компенсации при прекращении соглашения о ПЧП «концессионного» соглашения.

2) Из-за правовой неопределенности до сих пор сохраняется риск перекалфикации соглашений о ПЧП, заключенных в соответствии с региональным законодательством, в концессионные соглашения или договоры поставки для государственных нужд. После принятия Закона РФ о ГЧП данный риск был смягчен, однако не устранен, так как многие региональные соглашения о ПЧП, заключенные до вступления указанного закона в силу, не в полной мере соответствуют определению ГЧП, закрепленному в нем.

3) Концессионное законодательство, законодательство о защите конкуренции, а также имеющаяся судебная практика, создают некоторую правовую неопределенность в вопросе о возможности объединения в один проект разных видов инфраструктурных объектов либо инфраструктурных объектов одного вида, но технологически не связанных между собой. Такое нечеткое регулирование в ряде случаев может стать препятствием для реализации проектов ГЧП в отношении объектов, которые формально могут относиться к разным видам, но фактически используются в едином производственном цикле (например, некоторые объекты социальной инфраструктуры являются необходимым элементом в системе эксплуатации опасных производственных объектов).

4) В российском законодательстве существует проблема несовместимости норм о торгах, установленных в региональном законодательстве о ГЧП и в специальном отраслевом законодательстве. Например, в законодательстве отсутствуют нормы, которые предусматривали бы, что в случае предоставления земельного участка для проекта ГЧП на основании регионального законодательства о ГЧП проведение торгов в соответствии с земельным законодательством не требуется. В связи с этим существует теоретический риск, что предоставление земельного участка частному партнеру без проведения специального конкурса в соответствии с земельным законодательством будет признано недействительным. Однако в случае реализации проектов на основании нового Закона РФ о ГЧП данный риск нивелируется.

5) На данный момент неясно, какой будет практика применения Закона РФ о ГЧП и имеются риски, связанные с отсутствием у участников рынка и публичных органов опыта работы с ним.

2. Тенденции и перспективы регулирования государственно-частного партнерства в Российской Федерации

2.1. Практика реализации проектов государственно-частного партнерства в Российской Федерации

1) Сегодня механизм ГЧП активно применяется в России для реализации различных проектов как на федеральном, так и на региональном уровне. Механизмы ГЧП наиболее востребованы в следующих сферах:

– автодорожная инфраструктура. Проекты в данной сфере активно реализуются как на федеральном (например, проект строительства и эксплуатации на платной основе скоростной автомобильной дороги М11 Москва – Санкт-Петербург), так и на региональном (например, проект строительства и эксплуатации на платной основе автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр» (ЗСД) в Санкт-Петербурге) уровне.

– коммунальное хозяйство. Проекты реализуются в основном на региональном уровне (например, планируемый проект передачи в концессию системы водоснабжения Санкт-Петербурга).

– аэропортовая сфера. Проекты реализуются в основном на региональном уровне (например, реконструкция и эксплуатация аэропорта Пулково).

– социальная инфраструктура. Проекты реализуются в основном на региональном уровне (например, реконструкция и эксплуатация городской больницы № 63 в Москве).

Примеры некоторых крупных проектов ГЧП приведены ниже.

2) В ходе подготовки первых концессионных проектов (скоростная автомобильная магистраль Москва – Санкт-Петербург на участке км 15 – км 58) и проектов ГЧП (Пулково, ЗСД) были разработаны тексты концессионных соглашений и соглашений о ГЧП, которые активно используются при заключении новых сделок, таких как автодорожные концессионные проекты ГК «Автодор» и Федерального дорожного агентства, региональные проекты ГЧП и др. Вероятно, на их базе со временем будет создана рекомендованная форма концессионного соглашения или соглашения о ГЧП. Также следует отметить, что до последнего времени обязательный характер имели типовые соглашения о ГЧП,

однако с 1 февраля 2015 года в Законе РФ о концессионных соглашениях они стали называться «примерными соглашениями» и утратили обязательный характер (часть 2 статьи 13 Закона РФ о концессионных соглашениях).

3) Публичные партнеры в настоящее время обладают уже достаточным опытом в реализации проектов ГЧП, к тому же зачастую оказываются более подготовленными к реализации проекта ГЧП. Это, с одной стороны, ведет к более сложным переговорам по поводу текста концессионного соглашения (соглашения о ГЧП) однако, с другой стороны, влечет бóльшую предсказуемость сделки и подготовку более сбалансированного текста концессионного соглашения (соглашения о ГЧП).

2.2. Развитие федерального гражданского законодательства

1) Российское гражданское законодательство находится в активной стадии реформирования. На сегодняшний день принят ряд федеральных законов о внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса РФ, дальнейшие поправки находятся на стадии подготовки. Изменяемые положения Гражданского кодекса являются общими и касаются не только проектов ГЧП. Среди поправок, имеющих отношение к проектам ГЧП, можно упомянуть следующие:

– введение безотзывной доверенности. В проектах ГЧП доверенности могут обеспечивать контроль над действиями стороны при спорах с третьими лицами, в результате которых у спорящей стороны может возникнуть право регресса к другой стороне, обеспечение передачи прав концессионера по концессионному соглашению (соглашению о ГЧП) и другим договорам по проекту и т. п.;

– введение такого вида объектов гражданского права как единый недвижимый комплекс. Под единым недвижимым комплексом понимается совокупность объединенных общим назначением неразрывно связанных физически или технологически вещей, в том числе линейных объектов (железные дороги, линии электропередачи, трубопроводы и другие), либо расположенных на одном земельном участке, если в ЕГРП указанные вещи зарегистрированы как единая недвижимая вещь. Введение данной нормы облегчает передачу частному партнеру отдельных видов объектов, например системы водоснабжения, дорог, железных дорог, обширных производственных комплексов и т. п.

– приняты положения о юридически значимых сообщениях, устанавливающих момент, с которого лицо, которому направлено какое-либо юридически значимое сообщение, считается связанным этим сообщением. Реализация проекта ГЧП традиционно сопровождается значительным числом уведомлений, направляемых сторонами концессионного соглашения (соглашения о ГЧП) друг другу. При этом введенные положения являются диспозитивными.

2) В настоящее время активно обсуждается вопрос о внесении в законодательство изменений, вводящих основные правовые инструменты проектного финансирования и механизмы, способствующие развитию регулирования в сфере ГЧП. В частности, к ним относятся:

– регулирование процессов создания и функционирования специальной проектной компании (СПК или SPV) с возможностью устанавливать ограниченную правоспособность, ограничения на добровольную реорганизацию или

ликвидацию, а также снижением риска банкротства. Предполагается, что СПК будет создаваться для обособления имущества, связанного с проектом, и его использования исключительно в целях реализации проекта, что позволит предоставлять обеспечение кредиторам частного партнера;

- введение счетов эскроу. Это позволит создавать механизм обеспечения требований кредиторов частного партнера, а также требований публичного партнера;

- введение возможности залога прав по банковскому счету и внесудебного обращения взыскания по такому договору залога;

- введение института субординации требований кредиторов. Зачастую на включении такого механизма в проект настаивают кредиторы частного партнера. Внесение указанных поправок отвечает лучшей мировой и российской практике реализации проектов ГЧП;

- совершенствование положений о залоге, включая появление возможности не указывать признаки обеспеченного обязательства и предмета залога (как ограничивающие возможность передачи в залог будущих вещей и обеспечение будущих обязательств);

- введение института коллективного осуществления прав владельцами облигаций. В некоторых проектах ГЧП (например, проект создания и эксплуатации скоростной автомобильной дороги М11 Москва – Санкт-Петербург на участке км 15 – км 58) в качестве одного из механизмов привлечения средств используются облигации. Включение указанных поправок позволит в случае необходимости реструктурировать задолженность частного инвестора, обеспечить контроль владельцев облигаций над проектом;

- введение инфраструктурных облигаций с возможностью институциональных инвесторов (Инвестиционный фонд РФ и т. п.) инвестировать в них.

2.3. Развитие федерального законодательства о концессионных соглашениях: поправки в Федеральный закон «О концессионных соглашениях»

2.3.1. Общая характеристика

Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 265-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Поправки) внес давно ожидаемые поправки в действующее законодательство Российской Федерации о концессионных соглашениях, прежде всего, в Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон РФ о концессионных соглашениях), некоторые из которых имеют принципиальный характер.

Наиболее важные изменения связаны с нормами, касающимися сторон, объекта, а также условий концессионного соглашения. Поправками введены такие институты, как множественность лиц на стороне концедента, инициатива потенциального концессионера по заключению концессионного соглашения (аналог зарубежного института *unsolicited proposals*), а также смягчены требования к объектам концессионного соглашения и расширены гарантии прав концессионера.

2.3.2. Множественность лиц на стороне концедента

В отличие от права зарубежных стран Закон РФ о концессионных соглашениях в предыдущей редакции не предусматривал возможности участия в концессионных проектах нескольких лиц в качестве концедента, кроме тех случаев, когда на стороне концедента могли выступать уполномоченные им органы и юридические лица. Это создавало сложности, например если подлежащий созданию и (или) реконструкции объект, иное имущество, а также соответствующие земельные участки, необходимые для целей концессионного соглашения, находились в собственности разных публично-правовых образований. Поправки устранили данное упущение, прямо предусматривая возможность вовлечения в проект разных публично-правовых образований на основании соглашения о проведении совместного конкурса.

2.3.3. Объекты концессионного соглашения

Поправки закрепили возможность заключения концессионного соглашения в отношении нескольких объектов одновременно, за исключением случаев, связанных с объектами теплоснабжения, централизованными системами горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельными объектами таких систем. Также внесены уточнения в формулировки, касающиеся некоторых видов объектов концессионного соглашения, таких, например, как «элементы обустройства автомобильных дорог, в том числе остановочные пункты», «объекты, на которых осуществляется обращение с отходами производства и потребления», «объекты социального обслуживания населения».

Кроме того, новыми являются положения, устанавливающие обязанность органов государственной власти и местного самоуправления утверждать и опубликовывать до 1 февраля каждого календарного года перечень объектов, по которым планируется заключение концессионных соглашений. Особо подчеркивается, что такой перечень носит информационный характер.

2.3.4. Частная инициатива

Принципиальным нововведением, которого участники рынка ждали в течение долгого времени, являются положения, предоставляющие потенциальному концессионеру право выступления с инициативой заключения концессионного соглашения. Поправки регулируют порядок внесения предложения о заключении концессионного соглашения, его рассмотрения, принятия решения и опубликования соответствующей информации уполномоченным органом. Форма предложения о заключении концессионного соглашения была утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 31 марта 2015 года № 300.

В случае принятия решения о возможности заключения концессионного соглашения уполномоченный орган публикует в установленном порядке предложение о заключении концессионного соглашения в целях принятия заявок о готовности к участию в конкурсе. Если в течение 45 дней любое лицо, отвечающее ряду формальных требований (среди которых единственное, имеющее отношение к проекту, сформулировано недостаточно определенно: «наличие средств или возможности их получения в размере не менее пяти про-

центов от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций»), подаст такую заявку, заключение концессионного соглашения должно осуществляться на конкурсной основе. При этом в отличие от действующих международных нормативных правовых актов Поправки не предусматривают предоставления каких-либо преимуществ или компенсации расходов инициатору проекта в этой ситуации.

Поправки допускают отказ в заключении концессионного соглашения лишь в четко установленных случаях. Однако перечень оснований для отказа обширен и включает в себя, например, случаи, когда «отсутствует ресурсное обеспечение», «создание объекта концессионного соглашения не требуется» и фактически оставляет решение на усмотрение уполномоченного органа.

С другой стороны, еще на этапе подготовки проекта концессионного соглашения инициатор проекта вправе проводить с уполномоченным органом переговоры, которые позволяют определить отношение уполномоченного органа к проекту.

2.3.5. Конкурсные процедуры, заключение концессионного соглашения

Согласно Поправкам после размещения информации о проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения концедент обязан предоставить участнику конкурса исчерпывающий перечень сведений и документов об объекте концессионного соглашения, а также доступ на объект концессионного соглашения.

Ряд нововведений касается заключения концессионного соглашения без проведения конкурса с лицом, обладающим правами владения и пользования имуществом (объектом концессионного соглашения) на основании договоров аренды. В таких случаях множественность лиц на стороне концедента не допускается.

2.3.6. Гарантии прав концессионера

Поправки ввели дополнительные гарантии прав концессионера: обязанность концедента по принятию мер, обеспечивающих окупаемость инвестиций концессионера и получение им валовой выручки, путем увеличения размера платы концедента по концессионному соглашению, срока концессионного соглашения с согласия концессионера, а также предоставления концессионеру дополнительных государственных и муниципальных гарантий.

Концессионер, добросовестно исполняющий свои обязанности, наделяется преимущественным правом на выкуп объекта концессионного соглашения в случае включения последнего в прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества или в документ планирования приватизации имущества, находящегося в собственности субъекта Российской Федерации, или муниципального имущества.

Поправки предусматривают возможность установления платы концедента не только в отношении автодорожных объектов, как это было ранее, но и любых иных объектов. Особенно важной данная новелла является для проектов в социальной сфере (здравоохранение, образование).

2.3.7. Условия концессионного соглашения

С учетом сложившейся рыночной практики формулировка « типовые соглашения » была изменена на « примерные соглашения », что констатирует рекомендательный характер одобренных Правительством Российской Федерации форм концессионных соглашений.

Поправки расширили положения, регламентирующие срок концессионного соглашения, возможность его продления, а также закрепили дополнительные положения о концессионной плате.

Был дополнен перечень существенных условий концессионного соглашения. Теперь концессионное соглашение должно включать в себя такие условия, как обязательства по подготовке территории и объем валовой выручки, получаемой концессионером в рамках реализации концессионного соглашения.

Также были установлены дополнительные основания и порядок изменения концессионного соглашения, а кроме того определены дополнительные обязанности концедента по рассмотрению требований концессионера об изменении существенных условий концессионного соглашения.

2.3.8. Иные поправки

Поправки закрепили возможность использования прямых соглашений в отношении любых объектов концессии, а не только автомобильных дорог, систем коммунальной инфраструктуры и иных объектов коммунального хозяйства.

Ряд вопросов был отнесен Поправками к компетенции Правительства Российской Федерации и антимонопольного органа. Так, изменение существенных условий концессионного соглашения, концедентом в котором выступает субъект Российской Федерации или муниципальное образование, а равно продление срока действия такого концессионного соглашения осуществляются по согласованию с антимонопольным органом. В то же время установление соответствующих оснований и порядка согласования изменений с антимонопольным органом были возложены на Правительство Российской Федерации, которым во исполнение Поправок было принято постановление от 24 апреля 2014 года № 368 « Об утверждении Правил предоставления антимонопольным органом согласия на изменение условий концессионного соглашения ».

Также Поправками были внесены изменения в Федеральный закон от 21 декабря 2001 года № 178-ФЗ « О приватизации государственного и муниципального имущества » (введены специальные нормы, устанавливающие особенности приватизации объектов концессионного соглашения), и Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ « О защите конкуренции » (установлено, что государственные или муниципальные гарантии, имущественные права по концессионному соглашению не являются государственными и муниципальными преференциями).

3. Особенности реализации проектов государственно-частного партнерства в Российской Федерации

3.1. Подготовка к реализации проекта государственно-частного партнерства

1) В российских проектах ГЧП инициатором является публичная сторона.

В отличие от практики реализации проектов ГЧП в иных странах (например, практики частной финансовой инициативы в Великобритании) в российском законодательстве долгое время (до принятия Поправок) не была закреплена процедура инициирования проектов по предложению частного лица (потенциального концессионера, частного партнера и т. д.) (далее – частный партнер). Хотя потенциальные частные партнеры могли предоставлять государственным органам в порядке информационного обмена свои предложения о запуске каких-либо проектов ГЧП, такие предложения не имели какой-либо юридической силы и могли не приниматься к рассмотрению государственными органами без объяснения причин. Как указано выше, Поправки, а также Закон РФ о ГЧП ввели в российское концессионное законодательство и законодательство о ГЧП положения, дающие потенциальным частным партнерам возможность направлять в уполномоченный орган предложения о реализации проектов ГЧП. Вместе с тем данные положения требуют доработки, так как не содержат указаний на какую-либо компенсацию лицу, разработавшему предложение.

2) В случае запуска крупномасштабных проектов ГЧП в России публичным партнером часто осуществляется подготовка информационных меморандумов с описанием будущего проекта. Подобные меморандумы обычно размещаются на официальном сайте представителя публичного партнера, отвечающего за реализацию проекта (ГК «Автодор», Федеральное дорожное агентство и т. п.), и в некоторых случаях рассылаются потенциальным инвесторам и финансирующим организациям. Также обычной практикой является проведение презентации проекта перед экспертным сообществом и иными заинтересованными лицами. Как правило, такая презентация проводится после определения инициатором проекта модели ГЧП и всех основных параметров проекта, но до приема заявок на участие в конкурсе. Презентация проводится публичной стороной в режиме встреч и консультаций с целью обсуждения проекта и получения от участников презентации комментариев и замечаний, которые могут быть учтены в ходе формального утверждения всей документации по проекту либо путем внесения изменений в ранее утвержденные документы. Законодательно процедура проведения презентаций не урегулирована. Обычно они проводятся в форме пленарных заседаний с последующими встречами с каждым из заинтересованных инвесторов.

3) В некоторых случаях консультации проводятся среди ограниченного числа лиц. В связи с риском признания таких консультаций дискриминационными по отношению к лицам, не приглашенным на них, они применяются в основном при проведении двухэтапных конкурсов – с участием потенциальных частных партнеров, прошедших предварительный квалификационный отбор.

3.2. Торги на право заключения соглашения

1) В соответствии с федеральным концессионным законодательством конкурсы проходят в два этапа (предварительный отбор и конкурсный отбор), что соответствует международной практике ПЧП. Аналогичный порядок предусмотрен в Законе РФ о ГЧП.

2) В ходе предварительного отбора претенденты должны подтвердить соответствие формальным и специальным требованиям. К специальным требова-

ниям относятся, как правило, наличие опыта работы над аналогичными проектами и финансовая устойчивость. Чаще всего участниками предварительного отбора являются проектные компании, созданные для участия исключительно в определенном проекте и поэтому не отвечающие требованиям предварительного квалификационного отбора. В таких случаях опыт претендента подтверждается через организации, входящие с ним в одну группу компаний, или с помощью подрядчиков, при условии, что они могут подтвердить свое намерение в дальнейшем участвовать в проекте совместно с претендентом (например, путем заключения предварительного договора строительного подряда или соглашения о намерениях).

3) Помимо подтверждения претендентами опыта через аффилированных лиц либо через соглашения с подрядчиками конкурсная документация по проектам ГЧП, реализуемым в последнее время, также допускает возможность подтверждения опыта через консорциумы в договорной форме (договор простого товарищества в смысле главы 55 Гражданского кодекса). Между тем на практике компании, образующие консорциум для участия в конкурсе, обычно не заинтересованы в структурировании отношений через договор простого товарищества ввиду, в частности, солидарной ответственности членов консорциума и сложности администрирования отношений между сторонами договора. По этой причине данная форма подтверждения опыта не получила широкого распространения.

4) Согласно лучшей российской практике проведения конкурсов в рамках проектов ГЧП в конкурсной документации подробно описываются как специальные требования предварительного отбора, так и критерии конкурса и методика оценки конкурсных предложений с подробной разбивкой матрицы баллов. Установление такого уровня детализации обеспечивает прозрачность конкурсной процедуры и минимизирует риски оспаривания конкурса.

5) Закон о концессионных соглашениях допускает установление следующих критериев конкурса:

- сроки создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения;
- период со дня подписания концессионного соглашения до дня, когда созданный и (или) реконструированный объект концессионного соглашения будет соответствовать установленным концессионным соглашением технико-экономическим показателям;
- технико-экономические показатели объекта концессионного соглашения;
- объем производства товаров, выполнения работ, оказания услуг при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
- период со дня подписания концессионного соглашения до дня, когда производство товаров, выполнение работ, оказание услуг при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, будет осуществляться в объеме, установленном концессионным соглашением;
- размер концессионной платы;
- предельные цены (тарифы) на производимые товары, выполняемые ра-

боты, оказываемые услуги, надбавки к таким ценам (тарифам) при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и (или) долгосрочные параметры регулирования деятельности концессионера;

– обязательства, принимаемые на себя концессионером в случаях недополучения запланированных доходов от использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения, возникновения дополнительных расходов при создании и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, использовании (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;

– качественная характеристика архитектурного, функционально-технологического, конструктивного или инженерно-технического решения для обеспечения создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения.

При этом значимость такого критерия, как сроки создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, не может быть более 0,2.

6) Законом РФ о ГЧП устанавливаются критерии конкурса на право заключения соглашения о ГЧП и их максимальные весовые значения, в частности:

– технические критерии (максимальное весовое значение – до 0,5). Претенденты представляют предложения, определенные показатели в которых должны быть не ниже минимального значения, установленного в конкурсной документации. В случае сложных проектов может также устанавливаться необходимость представления технического решения;

– финансово-экономические критерии (максимальное весовое значение – до 0,8);

– юридические критерии (максимальное весовое значение – до 0,5). По данным критериям анализируется предложение претендента по изменению или дополнению текста соглашения о ГЧП или иных договоров. Обычно наивысший балл присваивается тем претендентам, которые не предлагают изменить текст соглашения о ГЧП.

7) Сроки проведения переговоров с победителем конкурса и привлекаемыми финансовыми инвесторами составляют в среднем 6–12 месяцев, в зависимости от сбалансированности распределения рисков по проекту в документации, представляемой на конкурс, переговорной позиции сторон и условий реализации проекта в целом. Практика первых проектов ГЧП в России показала, что при подготовке конкурсной документации необходимо изначально закладывать достаточные сроки для проведения переговоров либо предусматривать механизмы продления сроков переговоров (например, в конкурсной документации может быть закреплено условие о продлении переговоров по соглашению сторон или по решению публичной стороны, но не путем внесения изменений в конкурсную документацию), в том числе по причине невозможности внесения изменений в конкурсную документацию для продления сроков переговоров после объявления победителя конкурса.

8) В соответствии с Законом о концессионных соглашениях и Законом РФ о ГЧП концессионное соглашение или соглашение о ГЧП должно быть подписано в срок, установленный в конкурсной документации. С учетом длительного

периода согласования текста соглашения на практике в конкурсной документации, как правило, устанавливаются значительные сроки для его подписания. При этом для стимулирования победителя конкурса на переговоры, напротив, отводится разумно короткий срок с возможностью его продления по решению публичного партнера.

9) В некоторых российских проектах ГЧП в силу различных причин устанавливался недостаточный срок для проведения переговоров. В таких случаях стороны заключали концессионное соглашение или соглашение о ГЧП, содержащее наиболее общие положения, регулирующие их отношения, и включающее оговорку о необходимости подписания детализированного юридически обязывающего дополнительного соглашения после проведения переговоров. Соответственно, при этом стороны получают возможность окончательно согласовать все условия сделки обеспечив соответствующую степень детализации. Недостатком такого решения является невозможность для публичной стороны заключить соглашение с участником конкурса, предложение которого содержит лучшие после предложенных победителем конкурса условия (так называемый второй участник), в случае недостижения в ходе переговоров с победителем конкурса согласия по условиям дополнительного соглашения или недостижения победителем конкурса финансового закрытия. Кроме того, существуют некоторые юридические риски, связанные с изменением договора, заключенного на торгах.

10) Для сокращения срока проведения переговоров и в целом срока реализации проекта публичной стороной в России нередко осуществляются как подготовительные действия организационного и юридического характера, так и практические действия по подготовке территории, проектированию и строительству объектов (части объектов) еще до объявления конкурса и заключения соглашения с частным партнером.

11) При согласовании финального текста соглашения о ГЧП стороны ограничены в возможностях внесения в него изменений. Как правило, запрет на изменение отдельных условий соглашения о ГЧП устанавливается в конкурсной документации либо следует из законодательства. В частности, законодательство по общему правилу запрещает изменение условий соглашения о ГЧП или концессионного соглашения, определенных в соответствии с предложением победителя конкурса.

3.3. Заключение соглашения о государственно-частном партнерстве и финансовое закрытие

1) В российской практике в соглашениях о ГЧП помимо государственного органа на стороне публичного партнера нередко выступают также юридические лица, контролируемые им государственные унитарные предприятия, акционерные общества, 100% акций в которых принадлежит публичному партнеру, и т. д.). Зачастую такие лица выполняют все основные функции публичного партнера. Обычно именно они осуществляют текущий контроль над проектом, информационное взаимодействие с частным партнером, расчеты и т. п. В некоторых случаях на такие организации может быть возложена функция по подготовке и проведению конкурса. При этом в зависимости от функций, возложен-

ных на такие юридические лица, могут также потребоваться отдельные торги (закупочные процедуры) на совершение ими сделок в рамках проекта (например, в соответствии с законодательством о закупках отдельными видами юридических лиц). Поскольку проведение каких-либо дополнительных и параллельных торгов в данном случае неприемлемо, стороны стараются определить функции такого юридического лица так, чтобы они не предполагали совершение отдельных сделок либо чтобы их можно было отнести к установленным исключениям из требований к торгам.

2) В России в конкурсной документации обычно устанавливаются предварительные условия, после выполнения которых стороны подписывают соглашение о ГЧП. В зависимости от ситуации перечень предварительных условий для подписания соглашения о ГЧП в конкурсной документации может быть сокращен до минимально необходимого за счет расширения аналогичного перечня в самом соглашении о ГЧП (в таком случае они называются «предварительными условиями для вступления соглашения в полную силу» или аналогично). С одной стороны, применение такого подхода позволяет, в частности, выносить данные условия в рамках соглашения о ГЧП на переговоры с победителем конкурса (если предусмотрен этап переговоров), что обеспечивает сторонам определенную гибкость. С другой стороны, публичный партнер может быть в большей степени заинтересован в том, чтобы предварительные условия были закреплены именно в конкурсной документации, так как невыполнение частным партнером данных условий конкурсной документации позволяет публичному партнеру перейти к процедуре заключения соглашения о ГЧП со вторым участником, а также взыскать конкурсную банковскую гарантию (если предварительные условия закреплены в соглашении, заключенном с победителем конкурса, их неисполнение не может служить основанием для подписания соглашения о ГЧП со вторым участником).

3) Обычно в конкурсной документации в качестве предварительного условия для подписания соглашения о ГЧП устанавливается, в частности, финансовое закрытие, то есть подписание юридически обязывающей финансовой документации по проекту. При этом в отдельных российских проектах данное условие перенесено из конкурсной документации в соглашение о ГЧП в качестве одного из обязательств частного партнера.

3.4. Соглашение о государственно-частном партнерстве и иная документация по проекту: распределение рисков, особые обстоятельства

1) Распределение рисков между сторонами в крупнейших российских проектах ГЧП в целом соответствует стандартной международной практике, то есть на стороны возлагаются те риски, управление которыми в большей степени относится к их компетенции и возможностям. Так публичная сторона, как правило, несет риски непредоставления и несвоевременного предоставления земельных участков, геологические риски, риски изменения законодательства, риски незаконного отказа государственных органов в выдаче необходимых разрешений и согласований и т. д. На частного партнера возлагаются группы рисков, относящихся к финансированию, строительству (реконструкции) и эксплуатации.

2) Как правило, в российской практике проектная документация разрабатывается публичной стороной, и после получения положительного заключения государственной экспертизы она предоставляется участникам конкурса для ознакомления до подачи ими конкурсных предложений, поэтому риски ошибок в проектной документации лежат на публичной стороне. Однако в незначительном количестве недавних проектов ГЧП функция проектирования и соответствующие риски были переложены на частного партнера. При этом создание рабочей документации традиционно принимает на себя частный партнер. Публичный партнер берет на себя функции по ее подготовке только в силу сжатых сроков для реализации проекта (часто проектирование осуществляется параллельно или до проведения конкурса на заключение соглашения о ГЧП). Нередко частный партнер осуществляет оптимизацию предоставленной публичным партнером конкурсной документацию исходя из целей проекта. На оптимизированную проектную документацию также должно быть получено положительное заключение государственной экспертизы. Таким образом, тенденцию к передаче функции по проектированию частному партнеру следует признать положительной с точки зрения соответствия принципам ГЧП.

3) Традиционно соглашения о ГЧП предусматривают перечень обстоятельств, при наступлении которых частный партнер получает право на компенсацию публичным партнером расходов, возникших в связи с такими обстоятельствами, а также на продление сроков строительства (реконструкции), установленных в соглашении о ГЧП. Такие обстоятельства часто именуется «особыми обстоятельствами», «правительственными рисками» и т. д.). К таким обстоятельствам относятся события, за наступление которых ни одна из сторон не отвечает, например дискриминационное изменение законодательства, национализация или иное изъятие объекта соглашения, незаконная или необоснованная задержка государственными органами выдачи разрешений и прочее. В некоторых случаях в данный перечень также могут включаться события, за которые несет ответственность публичный партнер (например, задержка публичным партнером предусмотренных в соглашении выплат в пользу частного партнера). Если «особое обстоятельство» длится свыше определенного срока, то у частного партнера, как правило, возникает право требовать досрочного расторжения соглашения о ГЧП.

3.5. Платежи при прекращении соглашения

1) В российских проектах ГЧП нередко предусматриваются платежи, которые выплачиваются публичной стороной в случае досрочного расторжения соглашения о ГЧП.

2) Данные платежи представляют собой обычно близкую к стопроцентной компенсацию «старшего» долга, т. е. размера задолженности партнера перед основными кредиторами. В последнее время публичная сторона все чаще в ходе переговоров настаивает на том, чтобы при расторжении соглашения о ГЧП по вине частного партнера данный процент был уменьшен (за счет сокращения расчетной базы компенсации или применения заранее установленных вычетов) в целях мотивирования кредиторов на осуществление более тщательного контроля над исполнением частным партнером своих обязательств в соответствии

с документацией по проекту.

3) Кроме того, платежи в случае расторжения соглашения не по вине частного партнера могут на практике включать сумму акционерного капитала (т. е. финансирования, предоставленного частному партнеру его акционерами в форме вклада в уставный капитал или в форме субординированного займа) сумму, необходимую для получения им внутренней нормы доходности на акционерный капитал, а также расходы, понесенные партнером в связи с досрочным расторжением соглашения.

4) Контрактная документация в российских сделках обычно предусматривает, что платежи в части компенсации «старшего» долга выплачиваются публичной стороной напрямую кредиторам, а не партнеру. Отношения сторон по выплате платежей при расторжении (помимо соглашений о ГЧП, в которых кредиторы не являются стороной) также регулируются прямым соглашением (соглашением о взаимодействии), заключенным между публичной стороной, партнером и кредиторами. Платежи публичной стороны напрямую кредиторам партнера по своей правовой природе, скорее, являются исполнением обязательства в пользу третьего лица, а соглашение о ГЧП – договором в пользу третьего лица, заключение которых допускается в соответствии с действующим законодательством. Вместе с тем в связи с неразвитостью применимого к данным отношениям законодательства теоретически существует риск перекалфикации таких платежей в государственную гарантию. Поскольку к предоставлению и оформлению государственной гарантии в соответствии с бюджетным законодательством предъявляются дополнительные требования (в частности, предоставление обеспечения исполнения обязательств по возможному регрессному требованию, принятие специального акта государственного органа), то их несоблюдение создает риск оспаривания действительности обязательств публичной стороны. Однако, учитывая состоявшиеся в России успешные финансовые закрытия, представляется, что данный риск не оценивается участниками ГЧП как существенный.

5) Помимо рисков перекалфикации платежей кредиторам в государственную гарантию существуют также некоторые бюджетные риски, связанные с выплатами публичной стороной компенсации при расторжении. Действующее бюджетное законодательство не закрепляет порядка отражения в государственном бюджете средств, необходимых для выплаты подобных платежей, поэтому возникает риск, что необходимые суммы могут быть не учтены в бюджете на соответствующий период. Сам по себе факт неотражения необходимых средств в бюджете не является основанием для отказа в их выплате, однако в этом случае потребуются прибегнуть к специальной судебной процедуре по обращению взыскания на средства бюджетов, что может привести к задержкам в выплатах и дополнительным издержкам для кредиторов и частного партнера.

6) Аргументом в пользу возможности взыскания платежей может быть, в частности, то, что согласно положениям Бюджетного кодекса Российской Федерации обязательство по выплате соответствующих платежей при расторжении соглашения представляет собой расходное обязательство бюджета публичного партнера, возникающее при наступлении определенных обстоятельств. В

некоторых проектах ГЧП уполномоченные органы предоставляли подтверждения того, что в реестре расходных обязательств соответствующего бюджета достаточно сделать запись об обязательстве по выплате платежей при расторжении с отсылкой на заключенное соглашение о ГЧП (без установления размера), а конкретный размер платежей должен указываться только после наступления оснований для их выплаты, когда будет определена сумма компенсации. Данная позиция обычно принимается старшими кредиторами.

7) Таким образом, платежи при прекращении соглашения представляют собой «забалансовое» обязательство государства, которое при надлежащем правовом структурировании является юридически действительным, и, следовательно, его неисполнение будет означать суверенный дефолт соответствующего субъекта.

3.6. Порядок разрешения споров

1) Для российских проектов ГЧП характерно, что споры разрешаются либо в судах Российской Федерации, либо в международных арбитражах, например, в Международном коммерческом арбитражном суде (МКАСе). Часто, если в качестве инвестора выступает иностранная компания, даже в случае если споры разрешаются в МКАСе, органом, назначающим арбитров, выступает международный арбитражный институт (например, Международная торговая палата). Однако нередко передача спора в международный арбитраж неприемлема для государственного заказчика по политическим причинам, и публичная сторона настаивает на его разрешении в российских судебных органах. В дополнение к этому Закон РФ о концессионных соглашениях и Закон РФ о ГЧП прямо не предусматривают возможности передачи спора в рамках концессионного соглашения в международный коммерческий арбитраж.

2) Распространена практика включения в соглашение о ГЧП также положения о возможности досудебного порядка разрешения споров путем обращения сторон к назначенному ими независимому инженеру (эксперту). Однако существует риск, что решение независимого инженера может быть признано не имеющим обязательной юридической силы для сторон, поскольку по своему статусу независимый инженер не является судебным органом или арбитражем, решения которых обязательны согласно российскому процессуальному праву. Вместе с тем включение в текст соглашения положения о порядке разрешения спора инженером (экспертом) придает решению инженера (эксперта) юридическую силу как любому положению договора (но не решению арбитра или медиатора). В случае неисполнения такого решения сторона соглашения имеет право обратиться в арбитраж за защитой.

3.7. Внесение изменений в соглашение

Поскольку соглашения о ГЧП, по общему правилу, заключаются на торгах, стороны не могут изменять те их положения, которые являлись условиями конкурсного отбора. В противном случае внесенные сторонами изменения могут быть признаны недействительными как противоречащие законодательству о защите конкуренции. Между тем в отношении отдельных сфер законодательством предусмотрены изъятия из общих требований, в частности это касается концессионных проектов в сфере ЖКХ. Так, законодательство допускает вне-

сение любых изменений в концессионное соглашение об объектах ЖКХ при условии получения одобрения антимонопольного органа.

3.8. Договоры подряда и соглашения об эксплуатации

1) На практике в России, как и в других странах, частный партнер, являясь в большинстве случаев специальной проектной компанией, для исполнения своих обязательств по проектированию и строительству объекта соглашения заключает договоры подряда с генеральными подрядчиками, по которым все обязательства и риски связанные с исполнением соглашения о ГЧП, переносятся на подрядчика (принцип «back-to-back»).

2) Аналогичным образом для выполнения обязательств по эксплуатации частный партнер может привлечь стороннего оператора. В таком случае отношения между партнером и оператором оформляются соглашением об эксплуатации в соответствии с тем же принципом «back-to-back».

3) Выбор применимого права для договора подряда и соглашения об эксплуатации зависит прежде всего от того, в какой стране зарегистрирован подрядчик (оператор). Если подрядчиком (оператором) является российское юридическое лицо, то стороны выбирают в качестве применимого российское право. Использование иностранного права в данном случае затруднительно в связи с общими принципами российского коллизионного права, согласно которым стороны ограничены в выборе применимого права вследствие отсутствия «иностранного юридического лица».

4) Если подрядчиком (оператором) является иностранная компания, в качестве применимого права для договора подряда стороны чаще выбирают иностранное право (обычно право Англии и Уэльса), в том числе потому, что процедура использования стандартов FIDIC – Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils⁷⁵ – и иных сходных стандартов в этом случае упрощается и дает более предсказуемые результаты, чем в случае применения российского права.

5) Как правило, документация по проекту устанавливает обязанность генерального подрядчика при выборе субподрядчиков и заключении с ними соглашений получить согласие частного партнера и старших кредиторов.

3.9. Прямые соглашения

1) В качестве одного из способов обеспечения обязательств кредиторы часто используют на заключение прямых соглашений с подрядчиками и операторами, по которым им предоставляется право на принятие решения о замене частного партнера по договору подряда (операторскому соглашению), т. е. право на вмешательство («step-in»), в случае неисполнения партнером обязательств по кредитному соглашению и иной финансовой документации. Помимо этого, в проектах ГЧП для кредиторов наиболее важным является заключение прямых соглашений с публичной стороной, в которых, как было сказано выше, установлен размер и порядок осуществления платежей в их пользу при расторжении соглашения, а также закреплено их право на вмешательство, т. е. возможность замены партнера без проведения конкурса в случае нарушения им обязательств по соглашению о ГЧП с учетом мнения кредиторов.

⁷⁵ Фр.: Международная федерация инженеров-консультантов.

2) При выборе применимого права в отношении прямых соглашений кредиторы отдают предпочтение иностранному праву (как правило, английскому), поскольку российское право менее гибко регулирует данный вопрос (в частности, в нем не опробованы механизмы «step-in», а также высок риск признания недействительным прямого соглашения в случае признания недействительным соглашения о ГЧП). Вместе с тем на практике публичная сторона может настаивать на применении российского права в отношении прямых соглашений, по которым она является стороной.

3.10. Примеры проектов государственно-частного партнерства в России

№	Описание проекта	Форма ГЧП	Уровень проекта	Годы реализации	Стоимость, руб.
1.	Строительство и эксплуатация на платной основе скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт-Петербург. Проект разделен на несколько крупных проектов, в том числе:				
1.1.	Строительство и эксплуатация на платной основе скоростной автомобильной дороги М11 Москва – Санкт-Петербург на участке км 15 – км 58	ВТО	Федеральный	2007–2041	Более 60 млрд
1.2.	Финансирование, строительство и эксплуатация на платной основе скоростной автомобильной дороги М11 Москва – Санкт-Петербург на участке км 543 – км 684	ВТО	Федеральный	2013–2041	83,1 млрд
1.3.	Строительство скоростной автомобильной дороги М11 Москва – Санкт-Петербург на участке км 58 – км 684 с последующей эксплуатацией на платной основе	ВТО	Федеральный	2013–2039	152,8 млрд
2.	Проектирование, строительство, содержание и ремонт транспортной развязки на федеральной автодороге М9	ВТО	Федеральный	2011–2025	Более 18,5 млрд

№	Описание проекта	Форма ГЧП	Уровень проекта	Годы реализации	Стоимость, руб.
	«Балтия» (км 55 – км 679)				
3.	Создание системы взимания платы с грузовых автомобилей массой свыше 12 тонн в счет возмещения вреда федеральным трассам	ВТО	Федеральный	2013–2026	Около 90 млрд
4.	Строительство автодорожного моста через реку Лену в районе Якутска	ВТО	Федеральный	2013 – окончание строительства – 2020; окончание эксплуатации – 2025	77,41 млрд
5.	Строительство нового выхода на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М1 «Беларусь» Москва – Минск (обход г. Одинцово)	ВТО	Федеральный	2009–2039	Около 32,4 млрд
6.	Строительство, содержание, ремонт, капитальный ремонт автомобильной дороги М4 «Дон» на участке км 517 – км 544	КЖЦ	Федеральный	2013–2036	17,4 млрд
7.	Передача в концессию системы водоснабжения Санкт-Петербурга	ВТО	Региональный (Санкт-Петербург)	Планируется	Около 280 млрд (предположительно)
8.	Строительство и эксплуатация Орловского тоннеля в Санкт-Петербурге	ВТО	Региональный (Санкт-Петербург)	2010 – N/a	Около 44,7 млрд
9.	Строительство и эксплуатация Центральной кольцевой автомобиль-	ВТО	Федеральный	2008–2040-е	Около 300 млрд

№	Описание проекта	Форма ГЧП	Уровень проекта	Годы реализации	Стоимость, руб.
	ной дороги (Москва)				
10.	Реконструкция и эксплуатация городской больницы № 63 в Москве	ВТО	Региональный (Москва)	2012–2062	Более 4,3 млрд
11.	Строительство и эксплуатация на платной основе автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр» (ЗСД) в Санкт-Петербурге	DBFO	Региональный (Санкт-Петербург)	2011–2045	212,7 млрд
12.	Создание, реконструкция и эксплуатация на основе ГЧП Северной водопроводной станции Санкт-Петербурга («Невская вода»)	BOOT	Региональный (Санкт-Петербург)	2010 – N/a	Около 8–12 млрд
13.	Реконструкция и эксплуатация аэропорта Пулково	ВОТ	Региональный (Санкт-Петербург)	2009–2040	Более 45 млрд
14.	Поставка и сервисное обслуживание вагонов на условиях контракта жизненного цикла для нужд Московского метрополитена	КЖЦ	Москва	2013 – N/a	–

ОБЗОР ПРАКТИКИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТОВ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В ИНЫХ ГОСУДАРСТВАХ – УЧАСТНИКАХ СНГ

1. Азербайджанская Республика

В Азербайджанской Республике отсутствует законодательство о ПЧП, в том числе специальное законодательство о концессионных соглашениях. Как следствие, в Азербайджанской Республике отсутствуют проекты, структурированные на базе международно признанных (классических) принципов ПЧП.

Тем не менее, по данным открытых источников, азербайджанские власти выражают заинтересованность в реализации проектов ПЧП. В частности, Шахин Мустафаев, Министр экономического развития Азербайджанской Республики, заявлял о готовности привлечь Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) для реализации проектов в сфере государственно-частного партнерства по созданию технопарков и промышленных парков и отметил заинтересованность в сотрудничестве с ЕБРР по вопросам, связанным с формированием механизма поддержки технопарков и промышленных парков⁷⁶.

Идеи о необходимости применения международных стандартов инвестиционного финансирования и, в частности, использования механизмов ПЧП в Азербайджане высказывались еще в 2011 году⁷⁷. Однако нельзя сказать, что с тех пор были предприняты какие-либо меры для создания соответствующей регулятивной базы в Азербайджане.

Некоторые проекты, реализуемые в Азербайджане, имеют определенные признаки ПЧП, однако все же их структурирование осуществляется через механизмы государственного заказа и иные правовые механизмы.

2. Кыргызская Республика

В Кыргызстане отчетливо прослеживается стремление государства при поддержке международных финансовых организаций к созданию политической, правовой, институциональной и регуляторной основ для развития ПЧП.

Законодательная база для реализации проектов ПЧП в Кыргызстане есть, но она пока несовершенна, в связи с чем развитие ПЧП в стране до сих пор находится на стадии становления. Тем не менее государство и международные финансовые организации заинтересованы в развитии ПЧП. Одним из последних свидетельств этому является проведенный 23 мая 2013 года форум «Государственно-частное партнерство: от политики к проектам», на котором Премьер-министр Кыргызской Республики Ж. Сатыбалдиев отметил⁷⁸, что данный форум является важным событием, так как развитие государственно-частного партнерства – не только один из приоритетов Национальной стратегии устой-

⁷⁶ Scheme for public private partnership published in Azerbaijan// Портал бизнес-информации ABC.AZ.URL: <http://www.abc.az/eng/news/74909.html>.

⁷⁷ Министерство финансов Азербайджана анализировало переход к международным стандартам инвестиционного финансирования // Портал бизнес-информации ABC.AZ.

URL: http://www.abc.az/rus/news_13_04_2011_53118.html.

⁷⁸ <http://www.gov.kg/?p=22426>.

чивого развития страны на 2013–2017 годы, но и важнейшее условие реализации самих национальных проектов Стратегии.

Премьер-министр также отметил, что: «Кыргызстан делает только первые шаги для полноценного внедрения ПЧП. Вместе с этим на сегодняшний день уже подготовлена законодательная база для развития и внедрения этого механизма как альтернативного источника финансирования экономического развития. Так, уже принят Закон Кыргызской Республики «О государственно-частном партнерстве». В данное время приводятся в соответствие и разрабатываются новые нормативные правовые акты, регулирующие юридические аспекты запуска системы ПЧП в стране».

За прошедшее время Кыргызстан заметно продвинулся в создании законодательства о ПЧП, однако еще рано говорить о наличии четкой, комплексной, детальной системы законодательства о ПЧП.

2.1. Законодательство Кыргызской Республики о публично-частном партнерстве

В Кыргызской Республике в настоящее время существуют следующие ключевые нормативные правовые акты по ГЧП⁷⁹:

- Закон Кыргызской Республики от 22 февраля 2012 года № 7 «О государственно-частном партнерстве в Кыргызской Республике» (далее – Закон КР о ГЧП);

- Положение о тендерной комиссии по отбору частных партнеров по проектам государственно-частного партнерства (утверждено постановлением Правительства Кыргызской Республики от 28 января 2013 года № 39);

- Порядок подготовки правил проведения тендера и тендерной документации по проектам государственно-частного партнерства в Кыргызской Республике (утвержден постановлением Правительства Кыргызской Республики от 28 января 2013 года № 39);

- Постановление Правительства Кыргызской Республики от 14 сентября 2012 года № 616 «Об определении уполномоченных органов в сфере государственно-частного партнерства»;

- Положение об организации агротехнических сервисов на основе государственно-частного партнерства (утверждено постановлением Правительства Кыргызской Республики от 10 июня 2013 года № 339).

Существуют еще два закона, имеющих отношение к ГЧП: Закон КР от 6 марта 1992 года № 850-ХII «О концессиях и концессионных предприятиях в Кыргызской Республике» и Закон КР от 10 апреля 2002 года № 49 «О соглашениях о разделе продукции при недропользовании». На практике оба закона оказались нежизнеспособными. Закон о концессиях применялся лишь дважды, случаи применения закона о разделе продукции отсутствуют.

Следует отметить, что вышеуказанные нормативные правовые акты являются, по сути, законодательством «второго поколения», т. к. ранее существовал Закон Кыргызской Республики от 11 мая 2009 года № 154 «О государственно-частном партнерстве», который утратил в силу в связи с принятием нового

⁷⁹ «Государственно-частное партнерство: новые возможности для Кыргызстана» Каликова Г., Рахмидинова А. URL: <http://www.ka.kg/ru/gosudarstvenno-chastnoe-partnerstvo-novye-vozmozhnosti-dlya-kyrgyzstana-0>.

закона в 2012 году. Действовали и такие подзаконные акты, как Порядок проведения конкурсного отбора и прямых переговоров, заключения соглашения по проектам о государственно-частном партнерстве и Порядок отбора и выдвижения государственных служащих в состав совета директоров акционерного общества, созданного в рамках государственно-частного партнерства, утвержденные постановлением Правительства Кыргызской Республики от 27 мая 2009 года № 323) и также утратившие силу в связи с принятием новых нормативных правовых актов.

Сам факт наличия законодательства «второго поколения» свидетельствует о попытках совершенствования законодательства Кыргызской Республики. Нововведения в законодательство о ГЧП, по существу, направлены на приведение правовых норм в соответствие с международными нормами в данной сфере. В частности, в новом законодательстве закреплены обязательные условия соглашений, детально расписаны процедуры инициирования и отбора проектов, а также определены все участники процесса, предусмотрен порядок распределения рисков и т. п. В связи с тем, что новое законодательство о ГЧП принято сравнительно недавно, оценить его эффективность в полной мере и, соответственно, сделать выводы о его применении на практике пока затруднительно.

Несмотря на наличие нового закона, в Кыргызстане созданы только базовые основы для развития ГЧП⁸⁰. Однако принятие вышеуказанных нормативных правовых актов и определение уполномоченного органа по вопросам ГЧП (Министерство экономики КР) и уполномоченного органа по управлению рисками (Министерство финансов) следует признать достижениями Кыргызстана в деле развития ГЧП.

2.2. Некоторые аспекты законодательного регулирования ПЧП в Кыргызской Республике

1) Предусмотрена возможность создания специальных фондов, аккумулирующих финансовые средства публичного партнера, обеспечивающих и гарантирующих выполнение публичным партнером своих обязательств по соглашению ПЧП.

2) В Законе КР о ГЧП прямо отмечено, что он не применяется к отношениям, связанным с использованием минеральными ресурсами, а также с государственными закупками и приватизацией.

3) Кроме мер государственной финансовой поддержки предусмотрены меры государственной экономической поддержки, включающие среди прочего (перечень является открытым):

- содействие в получении лицензий, разрешений и согласований;
- предоставление сервитута на находящиеся в государственной и (или) муниципальной собственности объекты движимого и недвижимого имущества;
- установление льготных ставок арендной платы за пользование имуществом, находящимся в государственной и (или) муниципальной собственности.

4) Предусмотрена возможность закрепления в соглашении о ГЧП положений о тарифах, включая методы и формулы их расчетов.

⁸⁰ См.: Каликова Г. О развитии государственно-частного партнерства в Кыргызской Республике URL: http://www.unecce.org/fileadmin/DAM/SPECA/documents/kdb/2012/Seminar_Kyrgyzstan/Kalikova.pdf.

Согласно Закону КР о ГЧП соглашение о ГЧП должно обязательно содержать порядок применения тарифов или сборов за предоставление инфраструктурных услуг, а также методы и формулы расчета таких тарифов или сборов (статья 22). Такой подход повышает инвестиционную привлекательность проектов ГЧП, но требует гармонизации внутреннего законодательства на предмет соответствия договоренности сторон соглашения о ГЧП тарифному законодательству, в том числе полномочиям уполномоченного государственного органа на утверждение тарифов на регулируемые товары (работы, услуги) субъектов естественной и разрешенной монополии.

Подпунктом 4 пункта 3 статьи 12 Закон КР о ГЧП предусмотрена возможность предоставления государственной финансовой поддержки частному партнеру и (или) проектной компании в виде тарифных субсидий, а подпунктом 4 пункта 2 статьи 13 – возможность государственной экономической поддержки в виде предоставления прав на сбор тарифа и на получение доходов из других видов деятельности, не связанных непосредственно с реализацией проекта ПЧП.

5) В Законе КР о ГЧП детально проработаны положения об инициировании проекта ГЧП частными партнерами.

В частности установлено, что к предложению частного партнера – инициатора должны быть приложены предварительное ТЭО, документ, подтверждающий расходы на его подготовку, оценка воздействия проекта на окружающую среду, основные условия соглашения о ГЧП. В случае когда публичный партнер соглашается с предложением частного инвестора об инициировании проекта ГЧП и принимает решение о реализации проекта, отбор частных партнеров проводится по общим правилам – на основе тендера. Если частный партнер, инициировавший проект ГЧП, не становится победителем тендера, то победитель тендера обязан возместить ему расходы, понесенные на подготовку предварительного ТЭО (статья 17).

6) Разработана типовая форма соглашения о ПЧП.

Законодательство КР о ПЧП прямо не предусматривает модельного (типового) договора. Вместе с тем статьей 6 Закона Кыргызской Республики о ГЧП установлено, что уполномоченные государственные органы разрабатывают и принимают «инструкции по применению форм участия частного партнера в проектах ГЧП (или моделей ГЧП)».

7) Законом КР о ГЧП закреплена институциональная форма ПЧП, однако, участие публичного партнера в проектной компании ограничено (не должно превышать 1/3 доли участия в ее имуществе). Кроме того применение данной формы исключено в случаях установления законодательством КР прямого запрета.

2.3. Перспективы развития законодательства о публично-частном партнерстве

В краткосрочной перспективе предстоит работа по внесению изменений и дополнений в ряд нормативных правовых актов с целью их гармонизации с законодательством о ГЧП, в том числе в Земельный кодекс, Налоговый кодекс, Таможенный кодекс, законы «О концессиях», «О статусе столицы», «Об основ-

ных принципах бюджетного права», «О приватизации государственной собственности», «О муниципальной собственности на имущество», «О статусе города Ош», «О финансово-экономических основах местного самоуправления», «О государственных закупках», «О местной государственной администрации», «О местном самоуправлении».

Для целей реализации Закона КР о ГЧП предусмотрена необходимость принятия ряда подзаконных актов, устанавливающих в частности:

- перечень инфраструктурных объектов (услуг), исключенных из сферы применения ГЧП;
- инструкции и общие руководящие принципы по определению и распределению рисков;
- положение о специальных фондах, гарантирующих выполнение обязательств государственного партнера;
- правила ведения реестра проектов ГЧП;
- порядок мониторинга и оценки проектов ГЧП.

2.4. Практический опыт публично-частного партнерства в Кыргызской Республике

По имеющейся информации, в Кыргызстане не было осуществлено каких-либо проектов в рамках ПЧП. Однако в настоящее время ведется подготовка нескольких таких проектов.

2.5. Будущие проекты публично-частного партнерства в Кыргызской Республике

На официальном сайте Министерства экономики КР размещен перечень предполагаемых проектов ГЧП⁸¹. Из данного перечня следует, что в настоящее время ведется подготовка и реализация пилотных проектов, на основании которых будут выявляться недостатки законодательства Кыргызской Республики с целью его совершенствования⁸².

Название планируемого проекта	Отрасль экономики	Вид контракта (форма сотрудничества)	Статус проекта	Инициатор проекта
Реконструкция международного аэропорта Иссык-Куль	Гражданская авиация	ГЧП	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР
Реконструкция международного аэропорта Ош (пилотный проект)	Гражданская авиация	ГЧП	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР
Строительство Северной обьездной дороги Бишкек – Кара-Балта (100 км)	Транспорт	Не указан	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР

⁸¹ http://www.mert.kg/index.php?option=com_content&view=article&id=2034&Itemid=717&lang=ru

⁸² http://www.mert.kg/index.php?option=com_content&view=category&id=251&Itemid=400&lang=ru

Название планируемого проекта	Отрасль экономики	Вид контракта (форма сотрудничества)	Статус проекта	Инициатор проекта
(пилотный проект)				
Строительство логистических центров в Кыргызской Республике, в Оше и в Бишкеке	Транспорт	ГЧП	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР
Строительство мусороперерабатывающего завода на базе Бишкекской городской санкционированной свалки (БГСС).	Благоустройство	Не указан	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР
Строительство автомобильной дороги Базар – Коргон – Кызыл – Ункур – Саргата (180 км) (пилотный проект)	Транспорт	Не указан	Не указан	Министерство транспорта и коммуникаций КР
Создание центра ангиографических исследований	Здравоохранение	Не указан	Не указан	Не указан
Организация централизованной лаборатории для лечебно-профилактических учреждений Бишкека	Здравоохранение	Концессия (ВОТ)	Не указан	Министерство здравоохранения Кыргызской Республики
Организация диагностических отделений в Бишкеке	Здравоохранение	Концессия (ВОТ)	Не указан	Министерство здравоохранения Кыргызской Республики и Немецкий банк развития

Название планируемого проекта	Отрасль экономики	Вид контракта (форма сотрудничества)	Статус проекта	Инициатор проекта
Организация питания в кыргызском научно-исследовательском институте курортологии и восстановительного лечения	Здравоохранение	Концессия (ВОТ)	Не указан	Министерство здравоохранения Кыргызской Республики и Немецкий банк развития
Санитарная очистка городской территории Бишкека (Октябрьский район) (пилотный проект)	Благоустройство	Не указан	Не указан	Не указан
Строительство новых парковок (пилотный проект)	Транспорт	Не указан	Не указан	Не указан

2.6. Основные проблемы публично-частного партнерства в Кыргызской Республике

Следующие моменты правового регулирования ПЧП могут негативным образом повлиять на развитие ПЧП в Кыргызской Республике.

1) Закон Кыргызской Республики о ГЧП носит общий характер и содержит много отсылок на подзаконные нормативные правовые акты, не регулируя многие важные вопросы, которые должны быть отражены на уровне закона (в частности, распределение рисков между сторонами, формы участия частного партнера в проектах).

2) Законодательство о ГЧП не гармонизировано с иным законодательством КР, что может стать препятствием для эффективного запуска проектов в рамках ПЧП.

3) Закон КР о ГЧП недостаточно четко определяет правовую природу соглашения о ГЧП, не отражает основные параметры данного вида гражданско-правового договора. Это повышает уровень неопределенности правоотношений, которые напрямую не урегулированы соглашением сторон, и риск возникновения споров по ним. Учитывая тот факт, что соглашение о ГЧП должно обязательно регулироваться законодательством КР, также может возникнуть вопрос о том, насколько договоренности между сторонами будут соотноситься с общими принципами и институтами гражданского права КРи.

4) Законодательство о ГЧП не отражает должным образом интересов финансовых учреждений, предоставляющих финансирование для реализации проектов ПЧП (отсутствие прямых соглашений, недостаточно ясная процедура обращения взыскания, отсутствие процедуры согласования с финансовым учреждением и т. п.). Это может негативным образом повлиять на финансирование

крупных проектов в рамках ГЧП, когда частный партнер (проектная компания) не сможет привлечь достаточное финансирование.

5) В законодательстве о ГЧП не полностью отражены способы обеспечения исполнения частным и публичным партнерами своих обязательств по соглашению о ПЧП.

6) В законодательстве о ГЧП недостаточно подробно описаны процедуры проведения тендеров, возможности переговорного процесса с победителем тендера в отношении условий соглашения о ПЧП и т. п.

7) В соответствии со статьей 371 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики, в частности, к исключительной компетенции судов Кыргызской Республики относятся гражданские дела с участием иностранных лиц по искам:

– о праве на недвижимое имущество, находящееся в Кыргызской Республике;

– связанным с регистрацией или выдачей патентов, регистрацией и выдачей свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в Кыргызской Республике.

Согласно пункту 2 статьи 34 Закона КР о ГЧП стороны соглашения о ГЧП вправе определять в качестве органа по урегулированию спора суды, третейские суды Кыргызской Республики или международные коммерческие арбитражи.

Следует отметить, что указанная норма Закона КР о ГЧП в некоторых случаях может противоречить статье 371 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики что может породить конфликт норм права, если в рамках спора по соглашению о ГЧП возникнет вопрос о недвижимом имуществе, находящемся в Кыргызской Республике, или об интеллектуальной собственности.

8) Кроме того, несмотря на все усилия государства, перспективы развития ГЧП в Кыргызстане еще не очевидны. Привлечение частного капитала (в особенности, иностранного) осложнено отсутствием политической стабильности в стране.

9) Еще одним фактором, который негативно влияет на развитие ГЧП в Кыргызстане, является низкий уровень подготовленности работников государственных органов в данном вопросе, не позволяющий государственному партнеру инициировать проект ГЧП, качественно разработать правила проведения и подготовить тендерную документацию для проекта.

Таким образом, осуществляемая в настоящее время реализация пилотных проектов призвана на конкретных примерах показать потенциальным участникам проектов, что государство максимально открыто для создания условий по развитию ГЧП и надеется через реализацию и оценку результатов пилотных проектов убедить частный сектор в серьезности и долгосрочности своих намерений.

3. Республика Армения

Как и в Азербайджане, в Республике Армения отсутствует законодательство о ПЧП и специальное законодательство о концессионных соглашениях. Как следствие, в Армении отсутствуют проекты, организованные на базе международно признанных (классических) принципов ПЧП.

Несмотря на то, что некоторые проекты, реализуемые в Армении, обладают определенными признаками ПЧП, они структурированы через механизмы государственного заказа, договоры аренды, договоры управления и иные правовые механизмы.

4. Республика Беларусь

4.1. Практический опыт публично-частного партнерства в Республике Беларусь

Согласно общедоступной информации, в настоящее время в Беларуси ведутся работы по подготовке ряда пилотных проектов, например проекта «Реконструкции автомобильной дороги М10: граница Российской Федерации (Селище) – Гомель – Кобрин (км 109,9 – км 184,5)». Подготовка этого пилотного проекта, как ожидается, будет осуществляться при экспертной и финансовой поддержке Европейского банка реконструкции и развития и Международной финансовой корпорации⁸³.

Также на этапе структурирования находится ряд иных пилотных проектов ГЧП⁸⁴.

4.2. Перспективы развития публично-частного партнерства в Республике Беларусь

На основе проведенного анализа, в том числе опираясь на исследования Евразийской экономической комиссии ООН, можно сделать вывод, что в настоящее время у Республики Беларусь нет достаточного опыта для разработки и реализации большого числа проектов ПЧП. Наиболее остро стоит вопрос повышения квалификации государственных служащих, работающих в сфере ПЧП, а также оценки проектов, осуществления бизнес-операций, урегулирования правовых вопросов и т. д. Решению данной задачи, помимо прочего, была посвящена программа технической помощи ПРООН «Укрепление национального потенциала в области применения механизмов государственно-частного партнерства в Республике Беларусь».

Кроме того, в числе факторов, сдерживающих развитие ПЧП в Республике Беларусь, следует назвать следующие:

- отсутствие на данном этапе достаточного количества потенциальных внутренних участников проектов ПЧП – национальных компаний различного профиля, финансирующих организаций, экспертных центров, иных организаций, которые могли бы играть большую роль в активизации процесса развития механизмов ПЧП;

- низкий кредитный рейтинг Республики Беларусь;

⁸³ XI заседание МИКС: пилотные проекты и Национальный инфраструктурный план // Государственно-частное партнерство. URL: <http://www.pppbelarus.by/news/302.html>.

⁸⁴ Реализуемые проекты // Государственно-частное партнерство. URL: <http://www.pppbelarus.by/projects/ongoing/>

– другие экономические сложности, характерные в настоящее время для всего СНГ.

Вместе с тем активная работа над национальным законодательством в сфере ПЧП, формирование институциональных инструментов развития ПЧП и начало подготовки пилотных проектов свидетельствует о хороших перспективах ПЧП в Республике Беларусь.

5. Республика Казахстан

В настоящее время в Казахстане отсутствует специальный закон о ПЧП. Тем не менее законодательство этой страны в целом позволяет разрабатывать, запускать и осуществлять проекты по типу ПЧП.

5.1. Законодательство Республики Казахстан о публично-частном партнерстве с 2006 года до середины 2013 года

Основными нормативными правовыми актами, касающимися организации ПЧП в Республике Казахстан (далее – РК) с 2006 года до середины 2013 года были⁸⁵:

- Гражданский кодекс РК;
- Бюджетный кодекс РК;
- Налоговый кодекс РК;
- Закон РК от 7 июля 2006 года № 167-III «О концессиях»;
- Закон РК от 1 марта 2011 года № 412-IV «О государственном имуществе»;
- Закон РК от 20 февраля 2006 года № 126-III «О проектном финансировании и секьюритизации»;
- Закон РК от 9 июля 1998 года № 272-I «О естественных монополиях и регулируемых рынках».

Из перечисленных выше документов Закон РК о концессиях являлся (и все еще является) основополагающим и наиболее значимым для целей реализации ПЧП в Казахстане. Данный Закон был принят еще в 2006 году и определял на тот момент условия и порядок заключения, исполнения и прекращения договоров концессии, а также устанавливал некоторые гарантии и меры государственной поддержки, которые могли быть предоставлены концессионеру.

Основываясь на положениях Закона РК о концессиях можно сделать вывод, что с 2006 года до середины 2013 года в Казахстане в целом была возможна только одна правовая форма ПЧП – это концессия, основанная на модели ВТО⁸⁶.

Термин «концессия» в этот период определялся как «передача по договору концессии объектов государственной собственности во временное владение

⁸⁵ Данный перечень не является исчерпывающим, поскольку полная законодательная основа для структурирования и реализации конкретно взятого проекта ПЧП в Казахстане могла быть существенно шире.

⁸⁶ Ради объективности следует отметить, что в период с 2006 до середины 2013 года в Казахстане было теоретически возможно смоделировать отношения по типу ПЧП не только в рамках концессии, но и за ее пределами (например, используя законодательство о доверительном управлении, аренде или консорциуме). Такие внеконцессионные отношения, однако, либо были бы лишены мер правовой регламентации, либо натолкнулись на дополнительные законодательные и практические препятствия, которые не существовали или существовали в меньшей степени в отношении концессионных проектов (налоги, тарифы, компенсации и т. д.). Как следствие, в указанный период в Казахстане не было реализовано ни одного внеконцессионного проекта, который подходил бы под определение ПЧП или квази-ПЧП.

и пользование в целях их улучшения и эффективной эксплуатации», а также как «передача прав на создание (строительство) новых объектов за счет средств концессионера или на условиях софинансирования концедентом, с последующей передачей таких объектов государству с предоставлением концессионеру прав владения, пользования для последующей эксплуатации».

Следует отметить, что до середины 2013 года правовой режим концессии не отвечал всем тем параметрам, которые хотели видеть международные инвесторы и частные операторы для запуска проектов ПЧП в Казахстане.

Во-первых, действующее на тот момент определение термина «концессия» существенно сужало сферу применения ПЧП.

Во-вторых, у концессионера отсутствовала возможность получать достаточный уровень финансовой поддержки со стороны государства. Это, в частности, выражалось в отсутствии платы за доступность, ограниченных случаях компенсации эксплуатационных затрат (только по социально значимым проектам), существовании общего лимита на государственную поддержку (в размере стоимости объекта концессии, построенного за счет средств концессионера), сложной процедуре получения государственных гарантий и т. д.

В-третьих, отсутствовал достаточный уровень банковской привлекательности казахстанского ПЧП (например, существовал запрет на залог объекта концессии, не было определенности в отношении возможности залога прав концессионера по договору концессии и т. д.).

В-четвертых, были сложности и неясности в вопросе о возможности утверждения концессионерами – естественными монополистами долгосрочных тарифов с механизмами индексации. Также существовали различные налоговые и таможенные обременения, которые не следовало бы применять в отношении концессионных проектов.

В-пятых, процедура по выбору концессионера представляла собой слишком сложный и неэффективный процесс, в котором к тому же отсутствовал этап предварительной квалификации.

В-шестых, существовала значительная законодательная неопределенность в отношении возможности обращения иностранных инвесторов и операторов в международный коммерческий арбитраж для урегулирования споров, связанных с концессионными проектами.

Вышеуказанные обстоятельства, наряду с остальными ограничениями и сложностями казахстанского законодательства, стали причиной того, что, несмотря на существование профильного законодательного акта, в Республике Казахстан не произошло резкого увеличения числа концессионных проектов. Как следствие, инфраструктурные и социальные сектора казахстанской экономики так и не увидели желаемого притока частных знаний и инвестиций. Кроме того, те единичные концессионные проекты, которые все же были запущены в этот период, либо совсем не достигли своих целей, либо достигли (достигают) их лишь отчасти⁸⁷.

⁸⁷ Подраздел настоящего Комментария «Практический опыт публично-частного партнерства в Казахстане».

5.2. Законодательство Республики Казахстан о ПЧП с середины 2013 года по настоящее время

В связи с тем, что инициатива по развитию концессионных проектов в Казахстане не дала ожидаемых результатов в 2012–2013 годах, по специальному поручению Президента Правительство Казахстана проделало большую работу по разработке Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам внедрения новых видов государственно-частного партнерства и расширения сфер их применения» (далее – Закон РК о новых формах ГЧП). В июле 2013 года после затянувшихся обсуждений закон был одобрен Парламентом Казахстана.

Принятый Закон РК о новых формах ГЧП в целом значительно совершенствует правовое поле, регулирующее отношения между государством и частным сектором в сфере ПЧП.

Во-первых, данный закон внес изменения в определение термина «концессия». Так, согласно новому определению, «концессия» – это «деятельность, направленная на создание (реконструкцию) и эксплуатацию объектов концессии, осуществляемая за счет средств концессионера или на условиях софинансирования концедентом». В новом определении, в отличие от предыдущего, указано, кто должен являться собственником объекта концессии.

Во-вторых, важно, что Закон РК о новых формах ГЧП законодательно закрепил различные виды договора концессии. К таким видам, в частности, теперь относятся:

- договор концессии, предусматривающий создание концессионером объекта концессии с последующей передачей объекта концессии в собственность государства;

- договор концессии, предусматривающий совместную деятельность концессионера и концедента по созданию (реконструкции) и эксплуатации объекта концессии;

- договор концессии, предусматривающий передачу объекта концессии, находящегося в государственной собственности, в доверительное управление, либо в имущественный наем (аренду) концессионеру в целях реконструкции и эксплуатации;

- договор концессии, предусматривающий передачу объекта концессии, находящегося в собственности концессионера, в имущественный наем (аренду) концеденту либо уполномоченному им лицу, в том числе с правом выкупа объекта концессии концедентом.

При этом в новом законе прямо указывается, что договор концессии может включать в себя элементы одного или нескольких из перечисленных выше видов договоров, а также элементы иных договоров, не запрещенных законодательством Республики Казахстан. Таким образом, под правовым режимом концессии в Казахстане теперь можно объединять любые гражданско-правовые отношения при условии, что они направлены на создание или реконструкцию и последующую эксплуатацию объектов концессии. Это, в свою очередь, значительно расширяет потенциальную сферу использования механизма концессии в возможных проектах ПЧП и приближает правовой режим ее регулирования к

международным стандартам.

В-третьих, Закон РК о новых формах ГЧП впервые в Казахстане законодательно закрепил определение государственно-частного партнерства (далее – ГЧП). Согласно предложенному определению, ГЧП – это «форма сотрудничества между государством и субъектами частного предпринимательства, направленная на финансирование, создание, реконструкцию и (или) эксплуатацию объектов социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения». Кроме того, также впервые в Казахстане были установлены принципы ГЧП⁸⁸ и появилось разграничение между институциональным и контрактным ГЧП.

В-четвертых, Закон РК о новых формах ГЧП расширил текущий перечень источников, из которых концессионер может получать доходы или компенсацию своих затрат. В частности, в качестве отдельных источников названы:

- компенсация инвестиционных затрат концессионера;
- компенсация эксплуатационных затрат концессионера;
- вознаграждение за осуществление управления объектом концессии, находящемся в государственной собственности, а также арендная плата за пользование объектом концессии, находящемся в собственности концессионера.

Были также исключены положения, согласно которым компенсация эксплуатационных затрат концессионера могла осуществляться только по социально значимым проектам. Кроме того, впервые был закреплён институт «платы за доступность» (availability payment).

В-пятых, было установлено, что при условии получения письменного согласия концедента, концессионер вправе передавать свои права по договору концессии в залог или переводить свои права и обязанности по данному договору в случаях уступки требования или перевода долга.

В-шестых, новый Закон РК о новых формах ГЧП установил процедуру двухэтапного конкурса по выбору концессионера, разделив тем самым рассмотрение лучших технических (проектных) и лучших финансовых предложений на два разных этапа.

С учетом вышеизложенного можно сделать вывод, что существенное расширение сферы применения режима концессии, законодательное закрепление термина ГЧП, улучшение механизмов государственной поддержки концессионера, наряду с другими положительными изменениями, закрепленными в Законе РК о новых формах ГЧП, вывели правовую базу для реализации ПЧП проектов в Казахстане на качественно новый уровень. Ожидается, что частный сектор должен пересмотреть свое отношение к участию в проектах, связанных с традиционными сферами ответственности государства. При этом, поскольку с момента вступления в силу изменений прошло совсем немного времени, Казахстану еще только предстоит увидеть окажут ли эти изменения эффект, который от них ожидается.

⁸⁸ К принципам ГЧП в Казахстане относятся: последовательность, конкурсность, сбалансированность и результативность.

5.3. Будущее законодательства Республики Казахстан о публично-частном партнерстве

Следует отметить, что Закон РК о новых формах ГЧП решил не все проблемы, из-за которых частный сектор не стремился вкладывать свои средства в проекты ГЧП. Например, нерешенным остается вопрос, касающийся возможности использования международного коммерческого арбитража для рассмотрения концессионных споров.

Также, несмотря на то, что новым Законом установлены нормы, вносящие некоторые положительные изменения в отношении утверждения тарифов, неясным остается вопрос о том, можно ли предусмотреть в договорах концессии использование тарифной формулы с элементами долгосрочной индексации. Кроме того, не был отменен запрет на отчуждение объекта концессии или предоставление в залог. Вдобавок, были сохранены значительные ограничения государственной поддержки концессионера.

В силу вышеуказанных недостатков еще до того, как Парламент Казахстана принял Закон РК о новых формах ГЧП, в Казахстане в октябре 2015 года был принят новый Закон Республики Казахстан «О государственно-частном партнерстве». На данный момент практика его применения отсутствует, однако он содержит ряд прогрессивных положений, соответствующих нормам международного законодательства.

5.4. Практический опыт публично-частного партнерства в Республике Казахстан

На сегодняшний день в Казахстане организовано всего шесть проектов по типу ПЧП, смоделированных вследствие особенностей законодательства в рамках режима концессии (по некоторым оценкам, общая стоимость данных проектов составляет примерно 80,1 млрд тенге, то есть приблизительно 534 млн долл. США), в частности:

- строительство и эксплуатация железнодорожной линии Станция Шар – Усть-Каменогорск;
- строительство межрегиональной линии электропередач Северный Казахстан – Актюбинская область;
- строительство пассажирского терминала в аэропорту города Актау;
- строительство газотурбинной электростанции в городе Кандыгагаш Актюбинской области;
- строительство железнодорожного участка Ералиево – Курык;
- строительство и эксплуатация комплекса детских садов в Караганде.

Ниже приводится табличное описание только тех проектов, по которым финансовое закрытие уже состоялось⁸⁹.

Строительство и эксплуатация железнодорожной линии Станция Шар – Усть-Каменогорск	
Заказчик	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан

⁸⁹ Вся информация была получена из открытых источников.

Концессионер	АО «Досжан темір жолы»
Сектор	Железнодорожный транспорт
Описание проекта	Создание нового транспортного направления с целью исключения двойного пересечения государственной границы и двойного прохождения таможенных процедур.
Цели	<ol style="list-style-type: none"> 1. Создание нового транспортного направления. 2. Исключение двойного пересечения государственной границы между Казахстаном и Россией. 3. Исключение двойного прохождения таможенных процедур. 4. Сокращение расстояния в южном направлении на 328 км. 5. Сокращение расстояния в западном направлении на 92 км. 6. Ускорение грузо- и пассажироперевозок на 12–14 часов.
Вид контракта	Концессия (ВТО)
Срок контракта	Август 2005 года – декабрь 2028 года (объект концессии введен в эксплуатацию в 2008 году)
Запланированная сумма проекта	Приблизительно 164 млн долл. США (на 2005–2028 годы)
Фактические вложения	Приблизительно 246 млн долл. США
Текущий статус	Объект концессии находится в эксплуатации
Основные проблемы	<ol style="list-style-type: none"> 1. Тарифное регулирование (тарифы, установленные Агентством по регулированию естественных монополий на перевозку грузов по железнодорожной линии Станция Шар – Усть-Каменогорск, не были конкурентоспособными по сравнению с тарифами, установленными на альтернативном маршруте перевозки грузов – через станцию Локоть). 2. Низкий объем перевозок (в том числе из-за неконкурентоспособности тарифов). 3. Дефолт по инфраструктурным облигациям концессионера в августе 2008 года. 4. Существенное удорожание проекта. 5. Отсутствие надлежащей законодательной основы в момент запуска проекта.
Строительство межрегиональной линии электропередач Северный Казахстан – Актюбинская область	
Заказчик	Министерство индустрии и новых технологий Республики Казахстан
Концессионер	АО «Батыс транзит»

Сектор	Электроэнергетика
Описание проекта	Проект предусматривал расширение двух подстанций и строительство ЛЭП через Костанайскую и Актюбинскую области протяженностью 500 км (мощность 500 МВт).
Цели	<ol style="list-style-type: none"> 1. Обеспечение энергетической независимости и безопасности Казахстана. 2. Снижение зависимости потребителей Актюбинской области от поставок электроэнергии из России, в том числе с целью снижения зависимости от колебания цен на электроэнергию на российском рынке, а также рисков получения убытков от недоотпуска электроэнергии с российских энергоисточников. 3. Развитие генерирующих мощностей в Северном Казахстане и создание энергетической основы для развития экономики Западного Казахстана. 4. Покрытие дефицита электроэнергии Актюбинской области за счет экономичных Экибастузских ТЭС. 5. Увеличение роста промышленного производства в Казахстане. 6. Усовершенствование структуры единой энергетической системы страны, повышение ее надежности. 7. Снижение тарифа на электроэнергию конечным потребителям на 15%. 8. Повышение надежности электроснабжения для потребителей.
Вид контракта	Концессия (ВТО)
Срок контракта	Декабрь 2005 года – Декабрь 2022 года (объект концессии введен в эксплуатацию в 2009 году)
Запланированная сумма проекта	Приблизительно 135 млн долл. США
Фактические вложения	Приблизительно 154 млн долл. долларов США
Текущий статус	Объект концессии находится в эксплуатации

Строительство пассажирского терминала в аэропорту города Актау	
Заказчик	Акимат Мангистауской области
Концессионер	ATM Grup Uluslararası Havalimanı Yapım Yatırım ve İşletme Ltd.Sti. (Турция)
Сектор	Услуги аэропорта
Описание проекта	Комплексная реконструкция аэропорта города Актау и удлинение взлетно-посадочной полосы
Цели	<ol style="list-style-type: none"> 1. Комплексная реконструкция аэропорта. 2. Строительство пассажирского терминала с пропускной способностью 500 пассажиров в час. 3. Создание третьей воздушной гавани после Астаны и Алматы. 4. Увеличение пропускной способности аэропорта.
Вид контракта	Концессия (ВТО)
Срок контракта	2008 – 2037 годы (строительство с 2008 года по 2009 год; эксплуатация с 2010 года)
Запланированная сумма проекта	Приблизительно 27 млн долл. США
Фактические вложения	Приблизительно 31 млн долл. США
Текущий статус	Объект концессии находится в эксплуатации
Основные проблемы	<ol style="list-style-type: none"> 1. Удорожание проекта. 2. Разногласия в отношении использованных строительных материалов. 3. Отсутствие надлежащей законодательной основы в момент запуска проекта.

Как видно из приведенных выше таблиц, два из трех указанных проектов ПЧП оказались малоэффективными, и стороны в ходе их реализации столкнулись с рядом трудностей. Только строительство пассажирского терминала в аэропорту города Актау можно с некоторыми оговорками назвать успешным проектом.

Таким образом, основными причинами неэффективности реализуемых проектов являлись проблемы, связанные с тарифообразованием, удорожанием проекта и отсутствием надлежащей законодательной основы. При этом следует отметить, что все предыдущие казахстанские проекты ПЧП были пилотными и инициировались до момента принятия Закона РК о новых формах ГЧП, т. е. по существу представляли собой «квази-ПЧП».

5.5. Будущие проекты публично-частного партнерства в Республике Казахстан

В настоящее время в Казахстане подготовлен обширный список проектов,

которые планируется реализовать по типу ПЧП.

Название планируемого концессионного проекта	Отрасль экономики	Вид контракта	Статус проекта	Инициатор проекта
Алматинская область				
Строительство и эксплуатация Большой алматинской кольцевой автомобильной дороги (БАКАД)	Транспорт	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан
Реконструкция автомобильного участка Алматы – Капшагай	Транспорт	Концессия	На стадии разработки концессионного предложения	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан
Строительство региональной многопрофильной больницы на 300 коек при РГКП «Казахский национальный медицинский университет имени С. Д. Асфендиярова» в городе Алматы	Здравоохранение	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Министерство здравоохранения Республики Казахстан
Карагандинская область				
Реконструкция и эксплуатация автомобильного участка Астана–Темиртау	Транспорт	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан
Строительство и эксплуатация комплекса детских садов в городе Темиртау	Образование	Концессия	На стадии конкурсных процедур	Министерство здравоохранения Республики Казахстан РК
Строительство многопрофильной клинической больницы на 300 коек при РГП «Карагандинский государственный медицинский универси-	Здравоохранение	Концессия	На стадии разработки концессионного предложения	Министерство здравоохранения

тет» в городе Караганде				
Строительство и эксплуатация теплоэлектростанции в городе Караганде (ТЭЦ-4)»	Энергетика	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Акимат Карагандинской области
Строительство и эксплуатация банно-оздоровительного комплекса на 200 мест в городе Караганде	Энергетика	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Акимат Карагандинской области
Восточно-Казахстанская область				
Строительство и эксплуатация детских садов в городе Семей	Образование	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Акимат Восточно-Казахстанской области
Строительство и эксплуатация детских садов в городе Усть-Каменогорск	Образование	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Акимат Восточно-Казахстанской области
Южно-Казахстанская область				
Строительство городской поликлиники на 500 посещений в смену в микрорайоне Кайтпас города Шымкента	Здравоохранение	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Акимат Южно-Казахстанской области
Западно-Казахстанская область				
Строительство городской многопрофильной больницы на 300 коек в городе Уральске	Здравоохранение	Концессия	На стадии разработки концессионного предложения	Акимат Западно-Казахстанской области
Реконструкция автомобильной дороги Уральск-Каменка – граница Российской Федерации (на Озинки)	Транспорт	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Министерство транспорта и коммуникаций
Мангистауская область				
Строительство и эксплуатация ж/д вокзала на станции Мангышлак (Тамак) Мангистауской области	Транспорт	Концессия	На стадии разработки конкурсной документации	Акимат Мангистауской области
Строительство и эксплуатация автовокзала в го-	Транспорт	Концессия	На стадии разработки кон-	Акимат Мангистауской

роде Актау			курсной доку- ментации	области
Расширение Актауского международного морского торгового порта в северном направлении	Транспорт	Концессия	На стадии разработки концессионного проекта	Акимат Мангистауской области
Астана				
Строительство и эксплуатация паркингов на земельных участках, расположенных по улицам Достык, Сарайшык и Кунаева в городе Астане	Сухопутный транспорт	Концессия	На стадии разработки концессионного предложения	Акимат Астаны
Реконструкция и эксплуатация автомобильного участка Астана – Темиртау	Транспорт	Концессия	На стадии разработки ТЭО концессионного проекта	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан
Внедрение интеллектуально-транспортной и платежной системы (ИТПС) и эксплуатация автомобильного участка Астана – Щучинск	Транспорт	Концессия	На стадии разработки конкурсной документации	Министерство транспорта и коммуникаций Республики Казахстан

Как следует из приведенного выше списка, основные направления будущих проектов ПЧП либо касаются транспортного, энергетического или инфраструктурного секторов казахстанской экономики, либо относятся к образованию или здравоохранению.

6. Республика Молдова

6.1. Законодательство Республики Молдова о публично-частном партнерстве

Основой законодательства Республики Молдова о ПЧП является Закон Республики Молдова от 10 июля 2008 года № 179-XVI «О частно-государственном партнерстве» (далее – Закон РМ о ЧГП). Закон закрепляет типы проектов частно-государственного партнерства (далее – ЧГП), предусматривает возможность обсуждения иных типов проектов ЧГП, определяет порядок присуждения договора о ЧГП, основные положения договора, порядок разрешения споров и т. д.

Закон РМ о ЧГП нуждается в доработке с учетом международного опыта успешного структурирования и реализации проектов ЧГП. Например, в нем не заложены возможность заключения прямых соглашений с финансирующими организациями, гарантии возмещения недополученных доходов частным парт-

нером при недостаточности установленных тарифов (при осуществлении регулируемой деятельности) и прочее.

Во исполнение Закона РМ о ЧГП Правительство Молдовы приняло постановление от 4 июля 2012 года № 476 «Об утверждении Положения о стандартных процедурах и общих условиях отбора частного партнера», утверждающее правила в отношении:

- комиссии по отбору частного партнера;
- процедур, предваряющих заключение соглашения о ЧГП;
- общих условий применения процедуры конкурсного отбора частного партнера;
- условий конкурсного отбора частного партнера с предквалификацией;
- условий проведения конкурсного отбора частного партнера в форме конкурентных переговоров;
- мониторинга, контроля и учета ЧГП.

Постановление также утверждает основные положения технико-экономического обоснования и договора о ЧГП, Инструкцию о порядке присуждения договоров ЧГП, включающую правила подачи ofert, перечень компонентов ofert, порядок открытия и оценки ofert, присуждения договора о ЧГП, и, кроме того, устанавливающую различные стандартные формы документов, которые должны использоваться претендентами.

6.2. Некоторые аспекты законодательного регулирования публично-частного партнерства в Республике Молдова

1) Принцип полного возмещения убытков публичным партнером

В качестве одного из аспектов принципа пропорциональности, применяемого в отношениях в сфере ЧГП в Молдове, законом РМ о ЧГП прямо закреплено, что «в случае нарушения в одностороннем порядке государственным партнером обязательств, взятых в рамках частно-государственного партнерства, частный партнер вправе потребовать возмещения причиненного ущерба, включая упущенную выгоду» (пункт 2 статьи 6). Законом также закреплено, что «если в результате изменения условий реализации частно-государственного партнерства одному из партнеров был причинен ущерб, виновная сторона обязана его возместить» (пункт 3 статьи 23).

Прямое закрепление данных принципов в законе является важной гарантией для публичного партнера и финансирующих организаций.

2) Институциональные формы ЧГП

Закон РМ о ЧГП предусматривает возможность осуществления совместной деятельности частным и публичным партнерами на основании договора простого товарищества (без создания юридического лица) и путем создания хозяйственного общества, при этом ЧГП в форме хозяйственного общества может быть создано путем продажи посредством конкурса публичным партнером своей доли в уставном капитале хозяйственного общества (пункт 6 статьи 18).

Данный подход расширяет круг возможных вариантов взаимодействия частного и публичного партнера вне классических договорных форм ГЧП.

3) Закон РМ о ЧГП не устанавливает детального (исчерпывающего) перечня способов обеспечения исполнения обязательств частного партнера

Закон РМ о ЧГП содержит общее требование об обязанности частного партнера предоставить гарантию использования предмета ЧГП, при этом форма, стоимость и порядок администрирования гарантии определяются сторонами (пункт 1 статьи 34).

Положительным моментом является отказ от привязки обеспечения исключительно к банковской гарантии и возможность договориться об использовании иных способов обеспечения, что может существенно снизить издержки частного партнера.

6.3. Практический опыт публично-частного партнерства в Республике Молдова

Согласно информации, находящейся в публичном доступе, в настоящее время в Республике Молдова осуществляется подготовка и реализация двух проектов ПЧП в сфере здравоохранения: Радиологический центр при Республиканской клинической больнице и Центр радиотерапии в Институте онкологии. Первый проект находится на стадии функционирования, второй – на стадии разработки.

Ниже приведена краткая информация о проекте оказания услуг по радиотерапии в Институте онкологии по данным Агентства публичной собственности при Правительстве Республики Молдова.

Заказчик	Министерство здравоохранения Республики Молдова
Сектор	Здравоохранение
Описание проекта	Реализация партнерства в помещении службы радиотерапии и других соседних помещениях в здании, управляемом Институтом онкологии, а также в новом блоке, который будет построен частным партнером.
Цели	Модернизация службы радиотерапии
	Повышение качества услуг радиотерапии
	Повышение эффективности использования материальной базы и общественных благ для службы радиотерапии
Срок контракта	До 25 лет

Также по данным Агентства публичной собственности в Республике Молдова находятся в процессе разработки следующие проекты ПЧП⁹⁰:

- частно-государственное партнерство в рамках Академии наук Молдовы;
- проект государственно-частного партнерства «Многоярусная парковка» ГП «Международный Аэропорт Кишинэу» (стадия предквалификации);
- проект частно-государственного партнерства «Центр компьютерной томографии в ПМСУ районная больница г. Оргеев» (выбран частный партнер).

В прессе также появляется информация о других проектах частно-государственного партнерства, реализуемых в Республике Молдова⁹¹, касаю-

⁹⁰ Агентство публичной собственности Республики Молдова URL: <http://app.gov.md/ru/comppp/>

⁹¹ Шмелева Е. Симпатичная концессия // Российская газета.

щихся Бельцкого международного аэропорта, государственного предприятия Garile si Statiile Auto и четырех студенческих общежитий Молдавского государственного университета.

6.4. Основные проблемы публично-частного партнерства в Республике Молдова

1) Основной сложностью ПЧП в Республике Молдова является отсутствие у Правительства Республики Молдова гибкого подхода к структурированию проектов, в частности с точки зрения возможностей по привлечению финансирования. Это среди прочего привело к тому, что по обоим упомянутым выше проектам в сфере здравоохранения не было подано ни одного конкурсного предложения. Основная причина этого заключалась в недостаточной финансовой привлекательности указанных проектов.

2) Законом установлено, что с даты объявления запроса предложений по проекту ПЧП до даты подачи претендентами своих предложений должно пройти не более 90 дней. Это слишком короткий промежуток времени для того, чтобы крупные международные претенденты смогли проанализировать проект и подготовить детальное предложение.

3) Важным фактором является недостаточность у Правительства Республики Молдова и иных публичных органов опыта в сфере ПЧП, мешающая реализации проектов ПЧП без привлечения квалифицированных юридических, финансовых и иных консультантов.

4) В ходе переговоров по планируемым проектам ПЧП участники рынка сталкивались со сложностями при решении вопроса о передаче объекта ПЧП в качестве обеспечения. Необходимы законодательные изменения такого обеспечения с целью повышения привлекательности проекта для банков.

5) Правительство Республики Молдова неоднократно заявляло, что открыто для проектов ПЧП. Оно стимулирует органы власти реализовывать все инфраструктурные проекты на основе ПЧП, но лишь немногие проекты хорошо структурированы, утверждены и переведены на стадию реализации, так как у работников органов власти отсутствуют технические навыки структурирования проектов, привлекательных для банков. Кроме того, международный кредитный рейтинг и политические риски Республики Молдова создают препятствия для вхождения международных инвесторов в рынок.

7. Республика Таджикистан

В целом Республика Таджикистан характеризуется довольно богатой историей реализации проектов, соответствующих основным принципам ПЧП. Первый закон Таджикистана о концессиях был принят еще в 1997 году.

Следует отметить, что в «Практическом руководстве по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства», подготовленном ЕЭК ООН в 2008 году среди примеров успешных практик, наряду с проектами Канады, Франции, Израиля и Соединенных Штатов Америки, упоминается реализованный в Республике Таджикистан проект строительства частной электростанции на Памире, осуществленный на основе концессионного

соглашения.

Законодательную базу для реализации проектов ПЧП в Таджикистане до сих пор нельзя назвать совершенной, однако направления ее развития заслуживают положительной оценки.

7.1. Законодательство Республики Таджикистан о публично-частном партнерстве

На данный момент в качестве основных нормативных актов, регулирующих реализацию проектов ПЧП в Республике Таджикистан, можно выделить Закон Республики Таджикистан от 26 декабря 2011 года № 783 «О Концессиях» и Закон Республики Таджикистан от 28 декабря 2012 года № 907 «О государственно-частном партнерстве» (далее – Закон РТ о ГЧП).

В соответствии со статьей 1 Закона РТ о ГЧП под ГЧП понимается сотрудничество государственных и частных партнеров в сфере инфраструктуры и социальных услуг за определенный период, установленный соглашением. При этом Закон РТ о ГЧП не устанавливает исчерпывающего перечня форм реализации проекта, определяя лишь круг обязательных условий, которые должны включаться в соглашение ГЧП.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Закон РТ о ГЧП предоставляет определенную свободу в структурировании отношений между частным и публичным партнером. Однако это может стать источником конфликта с иным локальным законодательством, регулирующим сходные правоотношения.

Следует также учесть, что Закон РТ о ГЧП предусматривает создание Совета по государственно-частному партнерству, куда входят первые руководители министерств и ведомств Правительства Республики Таджикистан, на который возлагается широкий круг полномочий в сфере организации и реализации и непосредственно реализации проектов ГЧП в Республике Таджикистан. Согласно пункту 1 статьи 5 Закона РТ о ГЧП к таким полномочиям относятся например:

- рассмотрение первоначальных проектных предложений по государственно-частному партнерству с учетом результатов необходимого технико-экономического обоснования и рекомендаций уполномоченного государственного органа;
- рассмотрение проектов соглашений, представленных организацией-заказчиком в соответствии с рекомендациями уполномоченного государственного органа;
- незамедлительное решение вопросов, связанных с управлением партнерских проектов в период проведения тендера, подписания соглашения или реализации проекта, представленного уполномоченным государственным органом или членом Совета по своей инициативе и дача рекомендации уполномоченному государственному органу и организации-заказчику в необходимых случаях.

Законом РТ о ГЧП установлено, что соглашение ГЧП регулируется в соответствии с законодательством Республики Таджикистан, если иное не предусмотрено соглашением (статья 30). Исходя из этого, можно сделать вывод о допустимости подчинения соглашения ГЧП иностранному праву, что может спо-

способствовать повышению привлекательности проектов ГЧП для иностранных инвесторов.

Закон РТ о ГЧП по существу является рамочным и не включает многих положений, содержащихся в прецедентных проектах ПЧП, направленных на установление баланса рисков публичного и частного партнеров и создающих достаточный уровень комфортности для частного партнера и финансирующих организаций. В частности, Закон РТ о ГЧП не содержит положений о заключении прямых соглашений с финансирующими организациями, гарантиях возмещения недополученных доходов частным партнером при недостаточности установленных тарифов (при осуществлении регулируемой деятельности) и прочее.

7.2. Практический опыт публично-частного партнерства в Республике Таджикистан

Поскольку Закон РТ о ГЧП был принят относительно недавно, а также в силу отсутствия открытого для ознакомления перечня проектов ГЧП, реализуемых в Таджикистане, и публикуемых отчетов о ходе реализации таких проектов, сделать выводы относительно количества и успешности реализации проектов ГЧП в Республике Таджикистан не представляется возможным.

Тем не менее, как упоминалось ранее, в прессе содержатся сведения о реализации в Республике Таджикистан ГЧП проекта «Памир Энерджи» на основании концессионного соглашения по строительству частной малой ГЭС на Памире и гарантированному обеспечению электроэнергией населения области. Соглашение также предусматривает передачу в концессию частному партнеру всего энергетического имущества, находящегося на территории области. Речь идет о совместном проекте Правительства Республики Таджикистан, Фонда Ага Хана по экономическому развитию (AKFED), Международной финансовой корпорации и Швейцарского агентства по международному развитию сроком на 25 лет, по истечении которых ГЭС перейдет в собственность Таджикистана. Общая стоимость проекта оценивается приблизительно в 26,5 млн долларов. Источники финансирования: 45% активов частного партнера – специальной проектной компании AKFED, 55% – заемных средств⁹². Концессионное соглашение было подписано в 1997 году, до принятия указанных выше нормативных актов о концессиях и ГЧП.

7.3. Основные проблемы публично-частного партнерства в Республике Таджикистан

Несмотря на явную политическую волю к реализации проектов ПЧП, в Республике Таджикистан, как и в других странах СНГ, есть определенные препятствия имеют место отдельные барьеры для реализации проектов ПЧП.

Прежде всего, необходимо внесение изменений в законодательство в сфере ПЧП, а также внесение изменений в другие нормативные правовые акты с целью обеспечения правовых гарантий частным инвестициям, в том числе в инфраструктурный сектор.

⁹² Шмелева Е. Симпатичная концессия // Российская газета.
URL:<http://www.rg.ru/2012/08/21/provod.html>

8. Украина

8.1. Законодательство Украины о публично-частном партнерстве

1 июля 2010 года Парламент Украины принял Закон Украины «О государственно-частном партнерстве» (далее – Закон Украины о ГЧП). 21 октября 2010 года Парламент Украины принял Закон Украины № 2624-VI «Об особенностях передачи в аренду и концессию объектов централизованного водо-, теплоснабжения и водоотвода, находящихся в коммунальной собственности». 8 июля 2011 года принят Закон Украины № 3687-VII «Об особенностях аренды или концессии объектов топливно-энергетического комплекса, находящихся в государственной собственности». Ранее также были приняты Закон Украины от 16 июля 1999 года № 997-XIV «О концессиях», Закон от 14 декабря 1999 года № 1286-XIV «О концессиях на строительство и эксплуатацию автомобильных дорог».

Кроме того, правовое регулирование в сфере ГЧП в Украине было в значительной мере изменено и детализировано благодаря принятию Кабинетом Министров Украины следующих подзаконных актов имеющих отношение к проектам, реализуемым в рамках процедур, установленных Законом Украины о ГЧП:

- постановление Кабинета Министров Украины от 11 апреля 2011 года № 384 «Некоторые вопросы организации осуществления государственно-частного партнерства»;

- постановление Кабинета Министров Украины от 9 февраля 2011 года № 81 «Об утверждении Порядка предоставления частным партнером государственному партнеру информации о выполнении договора, заключенного в рамках государственно-частного партнерства»;

- постановление Кабинета Министров Украины от 16 февраля 2011 года № 232 «Об утверждении Методики выявления рисков, связанных с государственно-частным партнерством, их оценки и определения формы управления ими»;

- постановление Кабинета Министров Украины от 17 марта 2011 года № 279 «Об утверждении Порядка предоставления государственной поддержки осуществления государственно-частного партнерства».

24 ноября 2015 г. в Украине принят Закон № 817-VIII «О внесении изменений в некоторые законы Украины относительно ликвидации регуляторных барьеров для развития государственно-частного партнерства и стимулирования инвестиций в Украине», которым предусмотрено введение целого ряда прогрессивных норм в Закон Украины о ГЧП, Закон Украины «О концессиях» и ряд других законов. Указанный закон вступит в силу 24 мая 2016 года.

8.2. Некоторые аспекты законодательного регулирования публично-частного партнерства в Украине

8.2.1. Общая характеристика

Законодательством Украины фактически предусмотрено две модели реализации проектов на базе ПЧП:

- по процедурам Закона Украины о ГЧП с учетом (в случае концессионной формы) особенностей концессионного законодательства по отношению к

соответствующим объектам;

– по процедурам, определенным специальными концессионными законами, которые отличаются между собой в зависимости от сфер применения концессии.

Почти все концессионные договоры в Украине заключены на основе второй, значительно менее трудоемкой модели (за исключением одного небольшого муниципального проекта, реализованного по процедурам, закрепленным в Закона Украины о ГЧП). Еще одним фактором, который серьезно снижает привлекательность использования Закона Украины о ГЧП, является то, что конкурсные процедуры в рамках проектов, реализуемых на основании этого закона, осуществляются в соответствии с законодательством о государственных закупках. При этом, декларируемые возможности привлечения государственной поддержки для реализации проектов ПЧП не подкреплены механизмами, которые могли бы обеспечить их практическое применение.

Законом Украины о ГЧП государственно-частное партнерство определяется как сотрудничество органов государственной власти и местного самоуправления, юридических лиц (кроме государственных и муниципальных учреждений) или частных предпринимателей, осуществляемое на основе договора и с соблюдением процедур, установленных Законом Украины о ГЧП и иными законодательными актами.

8.2.2. Сферы применения ПЧП

Закон Украины о ГЧП, в частности, предусматривает применение ПЧП в следующих сферах:

- поиск, разведка месторождений полезных ископаемых и их добыча, кроме тех, которые осуществляются на условиях соглашений о разделе продукции;
- производство, транспортировка и поставка тепла, распределение и поставка природного газа;
- строительство и (или) эксплуатация автострад, дорог, железных дорог, взлетно-посадочных полос на аэродромах, мостов, дорожных эстакад, тоннелей и метрополитенов, морских и речных портов и их инфраструктуры;
- машиностроение;
- сбор, очистка и распределение воды;
- здравоохранение;
- туризм, отдых, рекреация, культура и спорт;
- обеспечение функционирования оросительных и осушительных систем;
- обработка отходов;
- производство, распределение и поставка электрической энергии;
- управление недвижимостью.

Последними изменениями, внесенными в Закон Украины о ГЧП, были расширены сферы его применения. В частности, дополнительно предусмотрена возможность реализации проектов ГЧП по предоставлению социальных услуг, управлению социальным учреждением, производству и внедрению энергосберегающих технологий, строительству и капитальному ремонту жилых зданий, полностью или частично разрушенных вследствие боевых действий на терри-

тории проведения антитеррористической операции, возведению модульных зданий и строительству временного жилья для внутренних переселенцев, предоставлению образовательных услуг и услуг в сфере охраны здоровья, управлению памятниками архитектуры и объектами культурного наследия.

В Законе Украины «О концессиях» также определены сферы применения. В целом они совпадают с теми, которые указаны в Законе Украины о ГЧП. Вместе с тем, в нем отмечено, что решением Кабинета Министров Украины (органа местного самоуправления) перечень этих сфер может быть расширен.

8.2.3. Формы ПЧП

Закон Украины о ГЧП предусматривает следующие формы ГЧП:

- концессия;
- договоры совместной деятельности;
- иные договоры (например, аренды, управления).

Последними изменениями в Закон Украины о ГЧП к возможным формам ГЧП также отнесено управление имуществом (только если в соответствующем договоре определены инвестиционные обязательства частного партнера). Кроме того, предусмотрено, что договор, заключенный в рамках ГЧП, может содержать элементы различных договоров, условия которых определяются действующим гражданским законодательством Украины (т. е. договор может быть смешанным).

Соглашения о разделе продукции прямо исключены из сферы применения Закона Украины о ГЧП. Подготовка и реализация этих соглашений осуществляется в соответствии с Законом Украины от 14 сентября 1999 года № 1039-XIV «О соглашениях о распределении продукции».

8.2.4. Гарантии прав частного партнера

Статьей 20 Закона Украины о ГЧП закреплены следующие гарантии прав частного партнера:

- запрет на вмешательство органов государственной власти и местного самоуправления в деятельность частных партнеров;
- применение к правам и обязанностям сторон договора, заключенного в рамках государственно-частного партнерства, в течение всего срока его действия законов, действовавших на момент его заключения, за исключением изменений, вносимых в законодательство об обороне, национальной безопасности, общественном порядке, защите окружающей среды, стандартах качества и лицензирования, налогообложении, валютном и таможенном регулировании, а также законодательство, касающееся отношений, к которым не применяется принцип равенства сторон;
- право частного партнера на возмещение убытков, понесенных им в результате установления цен (тарифов) на оказываемые им в размере ниже уровня экономически обоснованных расходов на их производство (предоставление);
- право частного партнера на возмещение в полном объеме убытков, понесенных в результате принятия органами государственной власти и местного самоуправления решений, нарушающих права частных партнеров.

Отметим, что данные декларативные принципы не имеют механизмов практической реализации. В частности, механизм зачета себестоимости инве-

стиций и установления минимального уровня окупаемости для инвестора при применении низких (субсидируемых) государством тарифов в различных публичных услугах является одним из серьезных препятствий для реализации ГЧП.

В новой редакции закона о ГЧП, которая вступит в силу 24 мая 2016 года, также предусмотрена возможность выплаты частному партнеру других платежей со стороны государства, в том числе платы за доступность. Кроме того, государственному партнеру предоставляется право брать на себя обязательства перед частным партнером относительно гарантированной покупки определенного количества товаров (работ, услуг), изготавливаемых (предоставляемых) частным партнером в рамках договора о ГЧП, а также гарантированной поставки частному партнеру товаров (работ, услуг), необходимых ему для осуществления ГЧП. Эти прогрессивные нормы, как и другие, уже действующие, требуют разработки и внедрения механизмов их реализации.

8.3. Практический опыт публично-частного партнерства в Украине

Как было отмечено выше, в Украине в основном заключаются концессионные договоры в сфере оказания жилищно-коммунальных услуг (водоснабжение, теплоснабжение и обращение с отходами).

Некоторые концессионные проекты, реализуемые в Украине, приведены в таблице ниже.

№	Инвестор	Начало проекта	Объем инвестиций	Форма ПЧП	Срок реализации проекта	Цель инвестирования
1.	ContourGlobal	2007	20 млн долл. США	Аренда	50 лет	Модернизация Краматорской ТЭЦ
2.	Energiya	2007	25,1 млн гривен	Аренда	40 лет	Артемовская ТЭЦ
3.	ООО «Чистая вода – Бердянск»	2008	120 млн гривен	Концессия	30 лет, договор расторгнут	Бердянский городской водоканал
4.	Росводоканал	2006	756,7 млн гривен	Концессия	25 лет, договор расторгнут	Компания «Лугансквода»
5.	Дочерняя компания группы ДТЭК	2011	Нет информации	Концессия	49 лет, договор приостановлен – форс-мажор	Модернизация шахты «Свердловантрацит»

6.	Дочерняя компания группы ДТЭК	2011	Нет информации	Концессия	49 лет, договор приостановлен форс-жор	Модернизация шахты «Ровенькиантрацит»
----	-------------------------------	------	----------------	-----------	--	---------------------------------------

Имеющаяся в публичном доступе информация не позволяет оценить, насколько реализованные в Украине проекты отвечают классическим принципам ПЧП. Представляется, что большая часть проектов, которые удалось проанализировать, не являются проектами ПЧП в международном понимании и носят характер «квази-ПЧП».

8.4. Основные проблемы ПЧП в Украине

Ниже перечислены основные препятствия для реализации и осуществления проектов ПЧП в Украине.

8.4.1. Высокие политические и юридические риски

Участники проектов ПЧП в Украине могут столкнуться с:

- экспроприацией имущества и доходов;
- непредсказуемыми изменениями в системе правового или нормативного регулирования;
- внедрением действующим правительством новых налогов, системы осуществления контроля;
- изменением стратегических приоритетов вследствие частой ротации руководства органов публичной власти.

8.4.2. Финансовый риск

Законодательство Украины не предусматривает особых условий для финансирования проектов ПЧП. Следовательно, применяются общие правила о залоге /кредитовании, т. е. возможность привлечения финансирования будет зависеть от структурирования проекта. Однако существуют общие препятствия для получения финансирования, а именно:

- установлен мораторий на обращение взыскания на государственное имущества (имущество в собственности государственных компаний с долей участия 25% и более). Поскольку в проектах ПЧП, в частности в концессиях, такое имущество в основном является доступным твердым обеспечением, единственным эффективным способом обеспечения являются государственные (муниципальные) гарантии. С 24 мая 2016 года ситуация изменится в отношении объектов, построенных либо приобретенных в рамках договора ПЧП, которые смогут находиться в собственности частного партнера до окончания действия договора;
- Законом Украины о ГЧП предусмотрена возможность предоставления государственных гарантий по проектам ПЧП. Вместе с тем механизмы предоставления таких гарантий отсутствуют. Как следствие, до настоящего времени ни один из осуществляемых в стране проектов ПЧП таких гарантий не имеет.

8.4.3. Пассивная роль правительства в проекте

Стороны проекта ПЧП могут столкнуться со значительными сложностями и задержками при его реализации по причине:

- недостатка необходимых знаний и опыта в сфере ПЧП у представителей публичной власти;
- отсутствия логичной и понятной системы регулирования (механизмов реализации) проектов ПЧП.

Наиболее заинтересованы в реализации инфраструктурных проектов с привлечением частного бизнеса в настоящее время органы местного самоуправления, именно они осуществляют более 95% от общего числа таких проектов. Однако несмотря на то, что отдельные муниципалитеты Украины уже имеют опыт в подготовке и реализации концессионных проектов и отдельные местные администрации уже одобрили нормативные документы, касающиеся их практической реализации (например, Решение Администрации Херсонской области от 15 октября 2012 года № 785 «О внедрении механизмов ГЧП в регионе»), ПЧП не является приоритетным направлением в стратегических программных документах по экономическому развитию Украины (Стратегия устойчивого развития «Украина-2020», утвержденная Указом Президента Украины от 12 января 2015 года № 5/2015, Программа деятельности Кабинета Министров Украины по реализации Стратегии устойчивого развития «Украина-2020» в 2015 году, утвержденная распоряжением Кабинета Министров от 4 марта 2015 года № 213-р).

8.4.4. Операционный риск

Операционный риск включает в себя:

- неэффективное управление проектом со стороны публичного партнера;
- сложности с введением в эксплуатацию построенных объектов.

8.4.5. Отсутствие достаточной защиты инвестора

Отсутствие достаточной защиты инвестора возникает вследствие:

- риска непрозрачности и недостаточной открытости административных процедур, риск коррупции;
- несправедливого (необъективного) судебного производства;
- недостаточной защиты имущественных прав инвестора.

8.4.6. Противоречивость положений, которые регулируют проекты публично-частного партнерства, и нормативных актов в сфере тарифной и ценовой политики

Существующие законы Украины, регулирующие сферу ПЧП содержат много противоречий, усложняющих их использование на практике. Отсутствуют четкие инструкции, которые могли бы облегчить процесс их применения представителями как частного, так и публичного сектора.

В последние годы в стране происходят серьезные изменения в тарифной политике, связанные с приведением тарифов к экономически обоснованному уровню. Так, в 2014 – 2015 годах произошло существенное повышение тарифов на энергоносители, коммунальные услуги и транспорт. Такие тенденции следует признать позитивными с точки зрения привлекательности страны для ПЧП. Вместе с тем подходы (методология) к тарифообразованию находятся в процес-

се реформирования, что создает определенные сложности в планировании долгосрочных инвестиционных проектов, и в частности проектов ПЧП.

До сих пор отдельные нормы законодательства о ПЧП (концессионного законодательства) не снабжены механизмами реализации.

Принят на сорок четвертом
пленарном заседании
Межпарламентской Ассамблеи
государств – участников СНГ
(постановление № 44-15 от 20 мая 2016 года)