

# Закон о ГЧП: новые возможности реализации инфраструктурных проектов

С 1 января 2016 г. появилась новая возможность структурирования инфраструктурных проектов — вступил в силу Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о ГЧП). Принят он был еще в июле 2015 г. и последние полгода находится под пристальным вниманием большинства участников рынка инфраструктурных проектов, а также всех субъектов РФ, которые до середины 2016 г. должны привести свои региональные законы в соответствие с указанным федеральным законом. Ключевой вопрос, возникший с принятием Закона о ГЧП на федеральном уровне, — как он повлияет на реализуемые сейчас и планируемые к реализации в будущем проекты. В запущенных до его принятия проектах, основанных на региональных законах о ГЧП, оценивается необходимость их реструктуризации (приведения условий соглашения в соответствие с принятым законом). В планируемых или уже проработанных, но еще не запущенных проектах рассматривается вопрос их структурирования на основании нового закона. О перспективах работы и отличиях будущих ГЧП-проектов от проектов в рамках концессионных соглашений читайте в этом материале.

## НОВЕЛЛЫ

**П**ринятие Закона о ГЧП было главным ожиданием участников рынка инфраструктурных проектов в последние несколько лет. Теперь его появление существенным образом повлияет на структурирование проектов — проигнорировать новую форму не удастся и участникам придется обосновывать наличие или отсутствие ее преимуществ перед концессионными соглашениями. Наличие в новом законе, как это было и в случае с концессионным законом в первые годы его работы, спорных или, в некоторых случаях можно даже сказать, неудобных положений затрудняет анализ новой модели и определение ее применимости к проекту.

Однако есть и такие участники рынка, ожидания которых с принятием закона не оправдались и которые применять закон не планируют, а в некоторых случаях и не могут (более подробно такие случаи будут описаны далее в статье). Тем не менее при подготовке проекта они также не смогут обойти необходимость обоснования

преимущества концессионной модели над моделью ГЧП-соглашения. Поэтому с полной уверенностью можно сказать, что закон не оставит в стороне ни одного участника рынка инфраструктурных проектов.

### Первоначальные ожидания

Концепция закона за время его разработки неоднократно изменялась: от полноценного акта, детально регламентирующего все возможные вопросы по аналогии с Федеральным законом от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессионных соглашениях), до рамочного закона. В итоге от первого к третьему чтению в Госдуме Закон о ГЧП существенным образом изменился.

Первоначально основной целью принятия федерального ГЧП-закона была легитимизация региональных ГЧП-законов путем наделения субъектов РФ полномочиями по регулированию правоотношений в сфере ГЧП, а также установление единого понятия государственно-частного партнерства.

Отсутствие закрепленного на федеральном уровне понятия ГЧП приводило к существенным ошибкам и злоупотреблениям при применении указанного механизма на практике. Так, в связи с возрастающей популярностью участия международных финансовых институтов в проектах, реализуемых на основе ГЧП, и стимулированием со стороны государства реализации инфраструктурных и инвестиционных проектов на основе ГЧП, понятие ГЧП и его форм было чрезмерно расширено законами субъектов РФ и включало в себя институты, по сути ГЧП не являющиеся, например государственные и муниципальные контракты, особые экономические зоны, венчурные фонды, доверительное управление, лизинговую деятельность, инновационную деятельность и т.д. (см., например, Закон Ставропольского края от 12.09.2009 № 67-КЗ «О государственно-частном партнерстве в Ставропольском крае»). Установление принятым Законом о ГЧП единого определения позволило вернуть государственно-частному партнерству и ГЧП-проектам их действительную сущность.

Законодатель также обещал оставить перечень ГЧП-

объектов открытым, позволив рынку самостоятельно определять случаи применения ГЧП-механизма, и установить право частной собственности на объект соглашения.

Принятый Закон о ГЧП представляет собой компромиссный вариант разработчика закона — Минэкономразвития, ФАС России, Минфина России, иных причастных органов исполнительной власти и бизнес-сообщества.

Перечень объектов в законе установлен закрытый, а вот возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения в соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 6 Закона о ГЧП является в настоящее время обязательным условием ГЧП-соглашения. Таким образом, помимо возможности получения дохода от бизнеса, связанного с эксплуатацией объекта, частный партнер получает также актив с перспективой его дальнейшей реализации после окончания срока действия соглашения.

### Частная собственность на объект соглашения

Возможность создать и оформить объект соглашения в частную собственность — ключевое отличие ГЧП-соглашения от концессионного. Однако, наличие такой возможности не означает, что законом предусмотрен только один вариант распределения имущественных прав сторон. Закон предусматривает также возможность создания объекта в собственность публичного партнера, если объем инвестиций публичного партнера превышает объем инвестиций частного партнера (ч. 4 ст. 6 Закона о ГЧП). Кроме того, закон позволяет передать объект соглашения в собственность публичного партнера по окончании действия соглашения (п. 4 ч. 3 ст. 6 Закона о ГЧП). Таким образом, законом предусматриваются три модели распределения имущественных прав сторон, что позволит расширить перечень применимых моделей структурирования проектов.

Наличие права частной собственности актуально для тех объектов, для которых не установлено ограничение по нахождению их в частной собственности. Большинство объектов, создаваемых в рамках ГЧП-проектов, это объекты, находящиеся в непосредственной сфере государственных интересов, оборот которых ограничен. В отношении таких объек-

тов проект не может быть структурирован по модели ГЧП-соглашения, так как такие объекты не могут находиться в собственности инвестора ни в один из моментов действия соглашения. Для таких объектов концессионное соглашение по-прежнему остается единственной моделью структурирования проекта.

### Частная инициатива для ГЧП-соглашений

В дополнение к частной собственности закон дал возможность не только публичному, но и частному партнеру выступать инициатором ГЧП-проекта.

Раньше проблем с иницированием проектов не возникало только у публичного партнера, от имени которого выступал высший исполнительный орган власти, или в случае наличия на региональном уровне акта, регулирующего вопросы взаимодействия органов власти при заключении ГЧП-соглашения. Однако такие акты были приняты далеко не во всех субъектах РФ, и вопросы взаимодействия приходилось решать в режиме «ручного привода». Теперь процедура такого взаимодействия прямо закреплена в законе, как и перечень документов и информации, необходимых для выступления с публичной инициативой.

Кроме того, Законом о ГЧП предусмотрена возможность частной инициативы. Поскольку закон принимался уже с учетом опыта концессий, в частной инициативе по Закону о ГЧП нашли свое отражение предлагаемые бизнес-сообществом положения, например механизм обеспечения исполнения обязательств инициатора и третьих лиц по заключению соглашения (независимая гарантия). В введении такого механизма заинтересованы оба партнера. Для частного партнера это возможная гарантия от недобросовестных потенциальных участников конкурса, представивших публичному партнеру заявки о заинтересованности в участии в конкурсе на предложенных инициатором условиях, а затем отказавшихся от участия в нем после его организации. Для публичного партнера это гарантия добросовестности не только потенциальных участников конкурса, но и инициатора, а также возможность возместить расходы публичного партнера в случае отказа инициатора от инициативы.

## ВПК КОММЕНТАРИЙ

Сама процедура рассмотрения предложения в рамках Закона о ГЧП также отличается от концессии. Ключевым отличием является появление новой стадии рассмотрения предложения — оценки эффективности проекта и его сравнительного преимущества.

Оценка эффективности проекта и его сравнительного преимущества — совершенно новый механизм для российской практики реализации ГЧП-проектов, хоть и активно применяемый за рубежом (value for money). В отличие от зарубежного аналога предусмотренная Законом о ГЧП процедура направлена только на выбор «одинакового результата за меньшую стоимость», то есть лучшей цены вне зависимости от достигаемого эффекта. При этом вторая составляющая value for money — «лучший результат за более высокую стоимость» отсутствует. В таком случае ГЧП-проекты не всегда могут составить конкуренцию государственным контрактам, так как стоимость проектов с заемным финансированием, как правило, выше.

Вместе с тем у новой процедуры есть и преимущество. Заключение уполномоченного органа о наличии или отсутствии эффективности проекта и его сравнительного преимущества является основанием для принятия публичным партнером решения о возможности реализации проекта или об отказе в его реализации. Таким образом, принятие решения о реализации проекта, с одной стороны, на данной стадии не зависит от публичного партнера, а с другой стороны, снимает с него ответственность за принятие такого решения.

Еще одним отличием между процедурами является принятие решения в отношении частной инициативы (направлять или не направлять проект концессионного соглашения в уполномоченный орган на дальнейшее рассмотрение) уже после проведения переговоров с инициатором, то есть в уполномоченный орган отправляется уже согласованный потенциальными сторонами проект. Кроме того, сама стадия проведения переговоров в отличие от концессионной инициативы ограничивается по времени (90 дней со дня поступления предложения), что позволит сократить расходы обеих сторон, а также стимулировать их на более конструктивный диалог.

#### Основания для отказа в заключении ГЧП-соглашения

Наиболее интересным для инициатора отличием ГЧП-инициативы от концессионной инициативы являются основания для отказа в заключении ГЧП-соглашения. В отличие от Закона о концессионных соглашениях Закон о ГЧП устанавливает закрытый перечень оснований для отказа, обеспечивая тем самым более высокие гарантии частному партнеру в принимаемом публичным партнером решении, но при этом императивно обязыва-

ет публичного партнера применять их.

В таком случае, например, наличие обременения на потенциальный объект соглашения является препятствием в принятии положительного решения. В соответствии с ч. 4 ст. 214 ГК РФ имущество, находящееся в государственной собственности, закрепляется за государственными предприятиями и учреждениями во владение, пользование и распоряжение. Имущество, не закрепленное за государственными предприятиями и учреждениями, находится в казне. Таким образом, распределенное, то есть не находящееся в казне, имущество в любом случае должно быть обременено правами хозяйственного ведения или оперативного управления. Тем не менее Закон о ГЧП требует, чтобы публичный партнер снял обременение еще до того, как принял решение о реализации проекта, иначе ему придется отказать частному партнеру в заключении соглашения.

Неясно, какой статус будет иметь указанное имущество до его передачи частному партнеру. Как следует из ч. 4 ст. 214 ГК РФ такое имущество должно быть передано в казну и впоследствии предоставляться частному партнеру уже из нее. А что будет, если, например, по итогам проведения оценки эффективности и сравнительного преимущества проекта уполномоченный орган даст отрицательное заключение, а объект уже снят с баланса учреждения или предприятия и передан в казну? Еще больше ситуация усложняется, если этот объект является единственным источником дохода учреждения и (или) предприятия, в связи с чем потребует его ликвидации. Универсального решения в данном случае нет, для каждого проекта оно будет приниматься индивидуально. Для каких-то проектов будет актуален вариант разделения имущества на объект и иное имущество, например, если речь идет о помещениях. Иное имущество останется на балансе предприятия и будет обеспечивать его дальнейшее существование.

В рамках Закона о концессионных соглашениях наличие обременений у потенциального объекта соглашения не является неустрашимым ограничением, так как уполномоченный орган вправе не отказывать в таком случае в принятии положительного решения. Более того, согласно ч. 4 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях, обременение в любом случае необходимо будет снят на момент передачи объекта соглашения концессионеру, за исключением ряда случаев. Закон о ГЧП содержит аналогичное положение, однако в соответствии с п. 4 ст. 7 Закона о ГЧП объект соглашения на момент его передачи частному партнеру должен быть свободным от прав третьих лиц. А в соответствии с п. 5 этой же статьи передача частному партнеру объекта согла-

шения (входящего в его состав имущества), которое на момент заключения соглашения принадлежит государственно-му или муниципальному унитарному предприятию на праве хозяйственного ведения либо государственному или муниципальному бюджетному учреждению на праве оперативного управления, не допускается. В связи с этим до уточнения законодателем указанных положений лучше исходить из максимально жесткого толкования требований п. 5 и снять обременение к моменту заключения ГЧП-соглашения.

Еще большим ограничением является установление в Законе о ГЧП в качестве основания для отказа в заключении ГЧП-соглашения отсутствие средств на реализацию проекта в нормативных правовых актах (п. 6 ч. 7 ст. 8 Закона о ГЧП). Как правило, во всех проектах на момент принятия решения об их реализации финансирование еще не было заложено в за-

онных соглашениях актуален если к проекту можно в равной степени применить обе модели. В ином случае возможность выбора у инициатора отсутствует.

#### Ограничения по субъектному составу

В отличие от Закона о концессионных соглашениях Закон о ГЧП устанавливает более жесткие требования к составу лиц на стороне частного партнера. Так, в качестве частного партнера могут выступать только российские юридические лица. Иностранцы организации участвовать в соглашении смогут только косвенно в рамках консорциума с российскими организациями или через создаваемые ими российские юридические лица.

Кроме того, участниками соглашения на стороне частного партнера не могут быть государственные и квазигосударственные компании, а так-

чить более выгодные условия для финансирования проекта за счет минимизации рисков финансовой организации в рамках проекта.

Основная цель прямого соглашения — обеспечение интересов кредитной организации за счет залога прав частного партнера или долей в уставном капитале или иных способов обеспечения обязательств, а также за счет обязательства публичного партнера покрыть основную сумму долга частного партнера в случае его дефолта. Прямое соглашение также может закреплять случаи замены частного партнера, в том числе без проведения конкурса, уступку частным партнером в пользу кредиторов права получения платежей от публичного партнера и т.д.

В отличие от прямого соглашения, заключаемого в целях исполнения концессионного соглашения, прямое соглашение в соответствии с Законом о ГЧП может содержать положения о передаче кредитной организации в залог прав на объект ГЧП-соглашения. Финансирование под залог объектов — более известная для большинства финансируемых организаций схема, в связи с чем возможность передачи объекта в залог потенциально может расширить круг финансируемых организаций, готовых выступить кредиторами по проекту.

#### О перспективах

Сложности в выборе ГЧП-соглашения или концессии есть и будут присутствовать еще в ближайшие несколько лет, как минимум — до апробации первых ГЧП-проектов. У каждой модели есть свои сильные и слабые стороны. Конечно, концессия как уже отработанный на рынке механизм представляет собой более привлекательный выбор, а для многих проектов, как было указано выше, остается единственным вариантом. Тем не менее для ряда объектов будет актуальной возможность их передачи из государственных в частные руки. В таких случаях ГЧП-соглашение является наиболее приемлемым вариантом. Однако вне зависимости от выбранной модели актуальными в настоящее время для привлечения долгового финансирования в проект являются уровень и качество его проработки. Как показывает практика реализации проектов, вопрос поиска средств для фондирования инвестиционно-привлекательных проектов менее остро стоит в наиболее проработанных проектах. Время покажет, как будут развиваться концессия и ГЧП. В будущем, возможно, количество неконцессионных проектов будет значительно больше, чем количество концессионных.

Ирина Долгих,  
юрист практики ГЧП и инфраструктуры юридической фирмы VEGAS LEX

## Закон о ГЧП установил более жесткие требования к составу лиц на стороне частного партнера

кон о бюджете или иной нормативный правовой акт. Наличие средств на финансирование проекта в нормативном правовом акте необходимо для осуществления реализации такого проекта в рамках государственного контракта, который заключается в пределах бюджетных лимитов. Для ГЧП-проекта принятие публичным партнером в рамках соглашения на себя обязательства по финансированию части затрат на создание и (или) эксплуатацию объекта соглашения уже является основанием для включения указанных затрат в закон о бюджете, без необходимости их предварительного «резервирования» (эти обязательства в соответствии с главой 11 Бюджетного кодекса РФ являются расходами обязательствами публично-правового образования). В этой связи указанные требования закона избыточны и могут стать препятствием для ряда инициатив.

Тем не менее, несмотря на наличие ряда ограничений, процедура частной инициативы по ГЧП-закону имеет ряд преимуществ для сторон соглашения по сравнению с частной концессионной инициативой, например сокращение расходов за счет фиксированного максимального срока рассмотрения и согласования предложения, регулирование срока проведения коммерческого закрытия (публичный партнер самостоятельно определяет срок), закрытый перечень оснований для отказа в реализации проекта.

Учет различий в процедурах частной инициативы по Закону о ГЧП и Закону о концесси-

же компании, попадающие под определение контролируемого лица, установленного ч. 3 ст. 5 Закона о ГЧП, которые в настоящее время чаще всего являются участниками инфраструктурных проектов. Однако указанные положения не блокируют полностью участие таких компаний в проекте, а лишь затрудняют их структурирование. Их участие в проекте возможно, например, путем создания:

- специальной проектной компании с долей не более 49%. Остальная часть — у иного, не аффилированного инвестора;
- простого товарищества, в котором частным партнером является «управляющий» товарищ, не подпадающий под ограничения;
- договорного консорциума в качестве подрядчика.

Однако все предложенные варианты не обеспечивают самостоятельного участия частного партнера в проекте. Для такого участия можно рассмотреть вариант последующего вхождения в проект, например, на стадии его реализации путем присоединения к частному партнеру или выкупа его долей. Такого запрета закон не содержит.

#### Прямое соглашение

Прямое соглашение уже давно используется в практике реализации концессионных проектов в целях обеспечения интересов кредиторов концессионера и стабилизации проекта в случае дефолта концессионера. Заключение прямого соглашения позволяет полу-