



ИЮЛЬ 2015

Принят федеральный закон о государственно-частном партнерстве и муниципально-частном партнерстве

13 июля 2015 года Президентом РФ был подписан Федеральный закон «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 224-ФЗ (далее – «Закон»), находившийся на рассмотрении практически три года.

Закон вступает в силу с 1 января 2016 года, за исключением положений, связанных с внесением изменений в Федеральный закон от 13 октября 2008 года № 173-ФЗ «О дополнительных мерах по поддержке финансовой системы Российской Федерации». При этом только на федеральном уровне для реализации Закона должно быть принято более десяти подзаконных актов.

Действие Закона не распространяется на государственно-частное партнерство, осуществляемое в форме концессии. Заключение и исполнение концессионных соглашений продолжает регулироваться Федеральным законом от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – «Закон о концессионных соглашениях»). Соответственно актуален вопрос о разграничении сфер действия Закона и Закона о концессионных соглашениях.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ЗАКОНА

1. Объекты соглашения о ГЧП

Закон устанавливает **закрытый перечень объектов** в отношении создания и (или) реконструкции которых может заключаться соглашение о ГЧП.

К таковым, в частности, относятся частные автомобильные дороги, морские и речные порты, гидротехнические сооружения, объекты благоустройства территорий, объекты здравоохранения и образования.

Перечень объектов, зафиксированный в Законе, несмотря на закрытый характер, порождает ряд вопросов касательно возможности отнесения объекта к той или иной категории, если она недостаточно законодательно определена. В частности, могут ли вовлекаться в проекты ГЧП любые объекты для организации отдыха граждан или социального обслуживания населения, а также стационарные средства автоматической фиксации ПДД, создание и эксплуатация



которых в настоящее время распространены по концессионной модели, а в ряде регионов и на основе ГЧП соглашений.

Исходя из установленного перечня, не может быть заключено соглашение о ГЧП в отношении создания или реконструкции государственных или муниципальных автомобильных дорог, метрополитена, а также объектов ЖКХ (за исключением объектов по производству, передаче и распределению электрической энергии, и не только в сфере ЖКХ). Создание таких объектов по-прежнему относится к сфере регулирования концессионного законодательства, что определяется их особой социальной значимостью, а также необходимостью сохранения государственной / муниципальной собственности на соответствующие объекты.

Объектом соглашения ГЧП не может быть имущество, в отношении которого законодательством установлена принадлежность исключительно к публичной собственности. С учётом того, что объектом ГЧП соглашения не может быть также имущество, не подлежащее отчуждению в частную собственность, в ряде проектов (например, при создании морских и речных портов, аэропортов и т.д.) сторонам необходимо будет продумать механизм «выведения» такого имущества за периметр объекта соглашения, а также предоставления его частному партнеру в случае необходимости. При решении таких задач необходимо учитывать имущественно-правовой режим использования сложных вещей, а также недвижимого имущественного комплекса.

Закон не дает определения "технологической связанности" движимых и недвижимых объектов, которая позволяет вовлечь в проект ГЧП движимое имущество наряду с недвижимым, тогда как нормы иных законов на этот счет могут быть применены лишь с относительной аналогией.

2. Частный партнер

В соответствии с Законом частным партнером может являться **только российское юридическое лицо**. Таким образом, в отличие от Закона о концессионных соглашениях, в качестве частного партнера не могут выступать иностранные юридические лица либо действующие без образования юридического лица организации.

Кроме того, не могут выступать на стороне частного партнера унитарные предприятия и учреждения, а также юридические лица с «государственным участием» (например, хозяйствующие субъекты, находящиеся под контролем публично-правового образования, а равно созданные такими лицами дочерние хозяйственные общества или фонды). Данное условие в существенной степени ограничивает участие в ГЧП проектах банков, госкорпораций и публичных компаний, имеющих участие государства свыше 50 % и в иных случаях нахождения субъекта под вышеуказанным контролем (право определения решений, назначения единоличного или более 50% состава коллегиального исполнительного органа, безусловная возможность избрания более 50% членов коллегиального органа управления).

Таким образом, вовлечение соответствующих субъектов в ГЧП проекты может потребовать дополнительного корпоративного структурирования проектной организации или договорного регулирования соответствующих отношений.

Привлечение частным партнером третьих лиц для исполнения соглашения ГЧП допускается с письменного согласия публичного партнера, которое является частью соглашения ГЧП.



3. Финансирование ГЧП проекта

Создание объектов соглашения о ГЧП осуществляется частным партнером **полностью или частично за счет собственных или привлеченных средств**. Таким образом, законодательно исключена ситуация, когда финансирование строительства или реконструкции будет осуществляться исключительно за счет бюджетных средств.

Вместе с тем, пропорция финансирования публичным и частным партнером Законом не зафиксирована, в связи с чем, с формальной точки зрения, возможно финансирование создания объекта публичным субъектом на 90-95 % (то есть практически полное финансирование). В случае таких «экстремальных» пропорций финансирования рекомендуется проводить тщательную юридическую экспертизу проекта на предмет возможных антимонопольных рисков, а также рисков перекалфикации ГЧП соглашений в иные договорные конструкции. Механизм снижения данных рисков подлежит рассмотрению в каждом конкретном случае.

Осуществление частным партнером эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта является обязательным элементом соглашения ГЧП. При этом, эксплуатация и (или) техническое обслуживание могут быть полностью профинансированы за счет бюджетных средств.

Бюджетное финансирование проекта ГЧП осуществляется путем предоставления субсидий, вместе с тем, Закон не вносит каких-либо корректировок в Бюджетный кодекс РФ. Таким образом, в отличие от концессии, для реализации проекта на основе соглашения ГЧП не гарантирована возможность на уровне бюджетного законодательства предоставления субсидий на срок, превышающий срок действия утвержденных лимитов бюджетных обязательств (т.е. три года).

4. Право собственности на объект соглашения ГЧП

В соответствии с условиями Закона **право собственности на созданный объект возникает у частного партнера и может быть** передано публичному партнеру по истечении определенного соглашением срока либо сохранено за частным партнером. В этом состоит ключевое отличие и преимущество ГЧП проектов в сравнении с концессиями.

Государственная регистрация права собственности частного партнера осуществляется после ввода объекта в эксплуатацию одновременно с регистрацией обременения (ограничения) права собственности на такой объект в ЕГРП. Процедура осуществления регистрации такого обременения, а также его содержание, в настоящее время отсутствуют и подлежат дополнительному законодательному регулированию.

Важным требованием Закона является то, что право собственности на объект соглашения в обязательном порядке должно быть передано публичному партнеру, если объем финансирования создания объекта публичным партнером и рыночная стоимость передаваемого частному партнеру имущества в совокупности превышают объем финансирования со стороны частного партнера. В этой связи многие действующие региональные законы о ГЧП, не содержащие подобных ограничений, необходимо будет уточнить / привести в соответствие.

5. Договор аренды земельного участка

Решена историческая проблема предоставления земельного участка для реализации ГЧП проектов. В соответствии с Законом договор аренды земельного участка (а равно лесного участка, водного объекта



или его части, участков недр) для реализации ГЧП соглашения заключается **без проведения торгов** на срок, не превышающий срок действия такого соглашения. В этой связи, Законом также вносятся изменения в отраслевые нормативные акты (Земельный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ и др.).

Частный партнер не вправе передавать свои права по договору аренды вовлеченного в проект ГЧП участка и сдавать участок в субаренду, если иное не предусмотрено соглашением и договором аренды участка.

6. Переход прав и обязанностей частного партнера. Залог объекта соглашения

По общему правилу, замена частного партнера при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств по соглашению осуществляется **путем проведения** публичным партнером **конкурса**.

В исключительном случае Закон допускает замену частного партнера **без проведения конкурса на основании решения органа, принявшего решение о реализации проекта**, и с учетом мнения финансирующего лица (в случае, если заключено прямое соглашение) **при условии**, что неисполнение или ненадлежащее исполнение частным партнером обязательств по соглашению повлекло за собой нарушение существенных условий соглашения. Закон допускает достаточное широкое усмотрение публичного субъекта при решении вопроса о замене стороны соглашения, а также при внесении изменений в ГЧП соглашение, что в конечном итоге может приводить к спорам, в том числе направленным на защиту интересов нового партнера.

Частный партнер вправе передать в залог объект соглашения и (или) свои права по соглашению для обеспечения исполнения обязательств перед финансирующим лицом при наличии прямого соглашения. В иных случаях передача в залог объекта и прав по соглашению ГЧП не допускается.

7. Заключение соглашения о ГЧП

По общему правилу, соглашение о ГЧП заключается на торгах, которые проводятся в форме конкурса.

Следует отметить, что в отличие от большинства действующих региональных законов о ГЧП, Закон допускает использование лишь прямо предусмотренных критериев конкурса, что во многом сближает порядок проведения конкурса, предусмотренный Законом, с концессионным законодательством.

Закон допускает включение в условия конкурса не только финансово-экономических и технических, но и специальных юридических весовых критериев (до 50% процентов).

Закон закрепляет возможность проведения **«совместного конкурса»** под которым понимается конкурс, организуемый **двумя и более публичными партнерами**. Появление института совместного конкурса дает возможность реализации масштабных ГЧП проектов, в особенности, в транспортной сфере, осуществляемых на территории нескольких субъектов Российской Федерации.

Закон умалчивает о необходимости включения в условия конкурса ГЧП текста проекта соглашения ГЧП, однако предусматривает возможность обсуждения в ходе переговоров между публичным партнером и победителем конкурса условий соглашения ГЧП кроме тех, которые не подлежат изменению по конкурсной документации.



8. Частная инициатива

Законом также как концессионным законодательством, предусмотрена возможность заключения соглашения о ГЧП без процедуры проведения торгов в случае, если с инициативой заключения такого соглашения выступило частное лицо. Вместе с тем, порядок реализации механизма частной инициативы существенно отличается от Закона о концессионных соглашениях, в том числе, по срокам и порядку оценки предложения частного партнера.

Так, для реализации проекта по модели частной инициативы инициатор проекта предоставляет публичному партнеру выданную банком или иной кредитной организацией независимую гарантию (банковскую гарантию) в объеме не менее чем пять процентов объема прогнозируемого финансирования проекта.

Обязательным этапом является оценка эффективности проекта и определения его сравнительного преимущества (с госконтрактами), осуществляемая «уполномоченным органом», создаваемым на уровне субъекта федерации (за исключением заключения соглашений с федеральными органами власти). Появление необходимости оценки эффективности проектов требует разработки подзаконных нормативных актов как на федеральном, так и региональном уровне.

Закон устанавливает закрытый перечень оснований для отказа уполномоченного органа в реализации проекта по модели частной инициативы. Вместе с тем, некоторые из них сформулированы крайне широко – в частности, публичный партнер может принять отрицательное решение в связи с тем, что «предложение о реализации проекта не соответствует принципам государственно-частного партнерства». Однако, подобные отрицательные решения как публичного партнера, так и уполномоченного органа по оценке эффективности и определения сравнительного преимущества (с госконтрактами), могут быть обжалованы частным партнером-инициатором.

Закон предусматривает максимальные сроки для осуществления процедуры заключения соглашения ГЧП на основе частной инициативы, при этом общий срок такой процедуры может занимать более одного года, хотя сроки могут быть при определенных условиях существенно сокращены, если региональное законодательство будет предусматривать прохождение соответствующих процедур в более короткие сроки.

При подготовке предложения частному партнеру следует рассмотреть вопрос о возможности включения в свое предложение и проект ГЧП соглашения, в частности, следующих вопросов: согласие публичного партнера на привлечение третьих лиц для реализации проекта, включение в проект соглашения ГЧП условия о возможности передачи прав по договору аренды участка, поскольку указанные положения по Закону носят диспозитивный характер.

9. Публичность и контроль

За рядом исключений Законом предусматривается опубликование, среди прочего, результатов мониторинга реализации соглашений ГЧП, актов о результатах контроля и отчетов о результатах проверок исполнения частными партнерами обязательств по таким соглашениям, причем юридические последствия подписания и возможность оспаривания соответствующих актов Законом не предусмотрены.



10. Региональные акты

Региональные правовые акты, регламентирующие осуществление государственно-частного или муниципально-частного партнерства подлежат приведению в соответствие с положениями Закона до 1 июля 2016 года. Речь о корректировке региональных законов о ГЧП, положений о проведении конкурса на право заключения соглашения ГЧП, а также положений о полномочиях соответствующих компетентных органов.

При этом, к соглашениям, заключенным до вступления в силу Закона применяются положения региональных правовых актов в соответствии с которыми они были заключены, что потенциально может спровоцировать рост ГЧП проектов в регионах в ближайшие полгода.

Отмечаем, что для того, чтобы проекты, ГЧП без каких-либо временных задержек начали реализовываться в регионах, соответствующие изменения должны быть подготовлены к моменту вступления федерального Закона в силу, то есть до 1 января 2016 года.

ОБЩАЯ ОЦЕНКА

Подводя итоги, в качестве ключевых позитивных последствий принятия Закона можно отметить следующие:

- Закрепление на законодательном уровне понятия «государственно-частное партнерство»;
- Установление возможности заключения прямых трехсторонних соглашений между частным партнером, публичным партнером и финансирующей организацией;
- Подтверждение на уровне федерального закона возможности возникновения права собственности частного партнера на объект соглашения.

Указанные положения в существенной степени снижают риски перекалфикации соглашений о ГЧП или признания противоречащими действующему законодательству (приватизационному, бюджетному и т.д.), существовавшие ранее на практике и значительно снижающие привлекательность ГЧП проектов как для инвесторов, так и финансирующих организаций.

Реализация отдельных положений Закона требует существенной законодательной проработки как на федеральном, так и региональном уровне, что дает основания полагать, что полноценный старт ГЧП проектов в соответствии с Законом может быть намечен не ранее середины 2016 года.

Авторы: Иван Смирнов, Юрий Саввин, Ольга Мищенко, Юрий Нефёдов



Контакты

**Иван СМИРНОВ**

Управляющий партнер
санкт-петербургского офиса

+7 (812) 322 9681
ivan_smirnov@epam.ru

**Юрий САВВИН**

Партнер практики недвижимости и
строительства (Москва)

+7 (495) 935 8010
yuri_savvin@epam.ru

**Елена ГАВРИЛИНА**

Партнер практики недвижимости и
строительства (Москва)

+7 (495) 935 8010
elena_gavrilina@epam.ru

**Ольга МИЩЕНКО**

Руководитель практики строительства и
ГЧП (Санкт-Петербург)

+7 (812) 322 9681
olga_mischenko@epam.ru

Подписка и отказ от подписки

Данный документ подготовлен в информационных и образовательных целях и не является юридической консультацией или заключением. Бюро не несет ответственности за неблагоприятные последствия использования бюллетеня любыми лицами.

Вы получили эту информацию, так как данная тематика может представлять для вас интерес. Если данная информация была направлена вам по ошибке, приносим наши извинения и просим направить отказ от рассылки.

Чтобы отказаться от получения рассылок «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», пожалуйста, ответьте на это письмо с темой [Unsubscribe](#).

Для включения нового адресата в число получателей рассылки необходимо ответить на это письмо с темой [Subscribe](#).