

Условные обозначения:

“+” – положительные нововведения

“-” – отрицательные нововведения

“N” – нейтральные нововведения

Положение	Оценка	Комментарий Dentons
1. Определение на уровне федерального законодательства понятий «ГЧП», «Проект ГЧП», «финансирующее лицо», «прямое соглашение» и иной используемой в данной сфере терминологии, соответствующее международно-признанному пониманию данных терминов (с учетом указанного ниже). ⁴	+	Данное нововведение, несомненно, является положительным, поскольку, во-первых, грамотно раскрывает суть рассматриваемого явления всем заинтересованным лицам и, во-вторых, позволяет «говорить на одном языке» всем потенциальным участникам проектов.
2. Отнесение соглашения о ГЧП к гражданско-правовым договорам. ⁵	+	С учетом наличия в соглашениях о ГЧП обязательств публичных партнеров, которые нельзя было однозначно отнести к гражданско-правовым по своей природе (например, обязательств, связанных с тарифным регулированием), дискуссионным был вопрос относительно правовой природы самих соглашений о ГЧП и правомерности использования гражданско-правовых механизмов защиты интересов частных партнеров (понуждение к исполнению обязательства, взыскание убытков и т.п.). После принятия Закона о ГЧП, где соглашение о ГЧП отнесено к гражданско-правовым договорам, на наш взгляд, данный вопрос можно считать решенным, и инвесторы при реализации проектов ГЧП вправе полагаться на меры и способы защиты своих интересов, предусмотренные гражданским законодательством РФ.
3. Ограничение круга лиц, которые могут быть частными партнерами, а также участвовать на	- / N	С одной стороны, данное ограничение является отрицательным, поскольку устанавливает ограничения по кругу лиц, которые могут выступать в качестве частных партнеров, исключая из этого

⁴ Ст. 3 Закона о ГЧП.

⁵ П. 3 ст. 3 Закона о ГЧП.

стороне частного партнера в рамках проектов ГЧП российскими юридическими лицами.⁶		круга иностранные юридические лица (при том, что наибольшую заинтересованность в участии в проектах ГЧП в России исторически всегда проявляли именно «иностранцы»), а также объединения юридических лиц (российских и (или) иностранных), действующие без образования юридического лица. Однако, с другой стороны, непосредственно для заключения соглашения о ГЧП и реализации проекта на практике часто создается специальная проектная компания (SPV)⁷ в форме российского юридического лица, поэтому данное нововведение хоть и создает определенные неудобства (необходимость создания SPV еще на стадии инициирования проекта и проведения конкурса), в целом, не препятствует иностранным юридическим лицам опосредованно участвовать в реализации проектов. В то же время, установление в Законе о ГЧП требований к наличию у частного партнера необходимых допусков/разрешений (см. пункт 8 ниже) в совокупности с установлением в рамках конкурсной документации требований, которые предъявляются к профессиональным и деловым качествам участников конкурса (т.е., проектных компаний, а не их учредителей), ставят под вопрос целесообразность создания проектных компаний под конкретные проекты – вполне возможно, что круг потенциальных участников для части проектов ГЧП сведется к давно функционирующим российским компаниям. Закон о ГЧП также ограничивает круг лиц, которые могут участвовать в соглашении о ГЧП «на стороне частного партнера» (например: государственные и муниципальные унитарные предприятия и учреждения, хозяйственные общества, находящиеся под контролем публичных субъектов и т.д.). При этом Закон о ГЧП прямо не определяет, что подразумевает под собой участие в соглашении о ГЧП «на стороне частного партнера». Из анализа иных положений Закона о ГЧП мы полагаем, что под этим понимается осуществление прав и исполнение обязанностей частного партнера по соответствующему соглашению (т.е. передача частным партнером прав и обязанностей указанным выше лицам полностью или частично), а не любое взаимодействие таких лиц с частным партнером (например, в форме предоставления консультационных услуг).
4. Определение понятия «финансирующее лицо» и возможность заключения между публичным партнером, частным партнером и	+	Поскольку привлеченное финансирование, как правило, составляет не менее 60-70% от средств, которые должен вложить в проект частный партнер, законодательное определение статуса финансирующих лиц в проектах ГЧП – это, безусловно, положительное нововведение. «Прямые

⁶ П. 5 ст. 3 Закона о ГЧП; п. 2 ст. 5 Закона о ГЧП.

⁷ В качестве примера можно привести проект по созданию/реконструкции имущества аэропорта «Пулково», реализуемый «через» ООО «Воздушные Ворота Северной Столицы».

финансирующим лицом «прямых соглашений». ⁸		соглашения», регулирующие порядок взаимодействия финансирующего лица с частным и публичным партнерами в проекте ГЧП – это стандартное требование международных финансовых институтов, поэтому тот факт, что в Законе о ГЧП предусмотрена такая возможность, существенно способствует повышению инвестиционной привлекательности российских проектов ГЧП для международных финансовых институтов.
5. Необходимость обоснования «сравнительного преимущества» перед реализацией проектов в рамках стандартных механизмов государственного/муниципального контракта для принятия решения о реализации проекта ГЧП. ⁹	- / N	Методика оценки «сравнительного преимущества» будет утверждена Правительством РФ позднее, и более аргументированно оценить рассматриваемое нововведение можно будет после этого. Однако если данная методика будет исходить из того, что сравнительное преимущество, в первую очередь – это меньшая нагрузка на бюджеты соответствующих уровней в рамках проекта ГЧП, по сравнению с государственным/муниципальным контрактом, то данное нововведение является отрицательным. Это связано с тем, что ключевыми признаками проекта ГЧП является не только финансовая выгодность, но и привлечение особого опыта/экспертизы частных партнеров и распределение рисков по принципу «каждая сторона несет те риски, которые может наиболее эффективно контролировать» и, таким образом, ГЧП может быть оптимальной формой для некоторых проектов, при том, что с точки зрения нагрузки на бюджет в некоторых случаях проекты ГЧП могут быть «дороже» государственного/муниципального контракта. Если вышеуказанное предположение оправдается, необходимость обоснования «сравнительного преимущества» станет серьезным препятствием для использования в России механизмов ГЧП тогда, когда такие механизмы действительно могут быть необходимы с точки зрения эффективности, однако дороже, чем иные формы реализации проектов. Если же при подготовке методики оценки «сравнительного преимущества» Правительство РФ все же учтет, указанные выше обстоятельства, тогда данное нововведение будет лишь дополнительным процедурным этапом, повышающим временные и, возможно, финансовые издержки на подготовку проектов ГЧП, но вряд ли послужит серьезным барьером для их реализации. Также стоит отметить, что на практике при реализации проектов ГЧП в рамках регионального законодательства нам уже приходилось сталкиваться с необходимостью обоснования преимущества проекта ГЧП перед государственным контрактом (правда, в отсутствие формальных требований к содержанию такого обоснования и критериев его оценки), и это не вызвало существенных трудностей при подготовке проекта.

⁸ Пп. 6, 7 ст. 3 Закона о ГЧП.

⁹ П. 8 ст. 3, пп. 3 и 5 ст. 8, ст. 9 Закона о ГЧП.

6. Разграничение понятий «техническое обслуживание» и «эксплуатация» в отношении объектов соглашения о ГЧП. ¹⁰	+	Такое разделение различных обязательств в отношении объектов соглашения о ГЧП безусловно положительно и способствует большей «гибкости» при структурировании проектов.
7. Возможность участия в проекте ГЧП нескольких публичных партнеров («совместный конкурс») и осуществления отдельных прав и обязанностей публичного партнера уполномоченными органами и (или) юридическими лицами. ¹¹	+ / -	Сама по себе возможность положительна, поскольку создает более широкий круг возможностей для реализации проектов ГЧП, позволяет реализовывать комплексные проекты ГЧП на территории нескольких публично-правовых образований. Допускается осуществление отдельных прав и обязанностей, перечень которых должен быть установлен Правительством РФ, публичного партнера уполномоченными органами и (или) юридическими лицами, например, специализированными организациями, создаваемыми публичными субъектами для решения задач в сфере транспортной инфраструктуры и т.п. Такая возможность заслуживает одобрения, поскольку очевидно, что такие органы/организации смогут более эффективно осуществлять права и обязанности публичных партнеров в сфере своей компетенции. Закон о ГЧП определяет круг условий, которые должны содержаться в соглашении публичных партнеров о проведении совместного конкурса, что является хорошим подспорьем в проведении таких конкурсов даже в тех регионах, которые не обладают в этом значительным опытом, но при этом не устанавливает их исчерпывающий перечень, что позволит более гибко адаптировать совместные конкурсы под конкретные проекты. Однако неоднозначной является необходимость заключения частным партнером отдельного соглашения о ГЧП с каждым публичным партнером, что порождает множество различных вопросов относительно ответственности публичных партнеров по таким соглашениям, последствий расторжения соглашения с одним из публичных партнеров и т.д. На наш взгляд, правильнее было бы предусмотреть, что в таком случае на стороне публичного партнера выступают несколько публично-правовых образований (т.е. использовать гражданско-правовую концепцию множественности лиц на стороне публичного партнера).
8. Наличие в перечне требований к частному партнеру требования о наличии предусмотренных законодательством Российской Федерации лицензий на осуществление отдельных видов деятельности, свидетельств о допуске саморегулируемых организаций к выполнению предусмотренных	N / -	На наш взгляд, данное требование сформулировано не вполне корректно, поскольку частный партнер – проектная компания – не обязательно должен обладать необходимыми разрешениями/допусками в случае привлечения к реализации проекта подрядчиков, обладающих такими разрешениями/допусками. Мы сомневаемся, что в каждом случае проектная компания (SPV) будет готова самостоятельно получать все необходимые разрешения/допуски, и полагаем, что на практике подразумевалось именно указанное выше и вряд ли данное требование послужит серьезным препятствием для

¹⁰ Пп. 9, 10 Закона о ГЧП.

¹¹ П. 12 ст. 3, ст. 20 Закона о ГЧП.

соглашением работ и иных необходимых для реализации соглашения разрешений.¹²		реализации проектов ГЧП. Тем не менее, в случае буквальной интерпретации данного требования публичными субъектами, принимающими решение о реализации проектов ГЧП, круг потенциальных участников конкурсов на право заключения соглашений о ГЧП будет существенно ограничен. Кроме того, Закон о ГЧП не дает однозначного ответа на вопрос, на какой стадии потенциальный частный партнер должен обладать необходимыми допусками/разрешениями. Возможны различные толкования положений Закона о ГЧП относительно данного вопроса. Если окажется, что разрешения/допуски необходимы еще на стадии, например, подачи предложения о реализации проекта в рамках частной инициативы и/или подачи заявки для участия в конкурсе, это еще больше ограничит круг возможных частных партнеров (очевидно, что получение проектной компанией допусков до того, как станет понятно, что проектная компания точно будет участвовать в реализации проекта, коммерчески нецелесообразно).
9. Законом о ГЧП ограничены возможные формы реализации проектов ГЧП путем перечисления обязательных элементов соглашения о ГЧП, таких как: «строительство и/или реконструкция объекта соглашения с частным партнером» и «возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения при условии обременения объекта соглашения» (с возможностью по истечении установленного соглашением о ГЧП срока передачи права собственности на объект соглашения публичному партнеру).¹³	-	Данное положение ограничивает круг возможных форм ГЧП, сводя их исключительно к формам, предполагающим строительство/реконструкцию объекта соглашения и возникновение права собственности у частного партнера на объект соглашения после создания объекта соглашения. В международной практике количество возможных форм реализации проектов ГЧП гораздо шире и далеко не все данные формы предполагают строительство/реконструкцию с возникновением права собственности частного партнера на объект соглашения. Даже на уровне регионального законодательства, например, в законодательстве Санкт-Петербурга, встречаются различные формы ГЧП, иногда вообще не предполагающие строительства/реконструкции объекта соглашения, но при этом отвечающие признакам ГЧП. Например, одной из форм ГЧП в Санкт-Петербурге является предоставление публичным партнером частному партнеру определенных соглашением исключительных прав или имущества (объекта соглашения) в целях предоставления частным партнером в порядке и на условиях, определенных соглашением о ГЧП, товаров, работ или услуг потребителям с использованием объекта соглашения. Очевидно, что реализация проектов ГЧП в подобных формах после вступления в силу Закона о ГЧП станет невозможна. На наш взгляд, целесообразнее было бы установить в Законе о ГЧП исчерпывающий перечень элементов соглашения о ГЧП и предусмотреть, что соответствующий исполнительный орган власти РФ, субъекта федерации или местного самоуправления могут устанавливать иные формы ГЧП (элементы соглашения о ГЧП). Что касается упомянутого в Законе о ГЧП «обременения объекта соглашения», данное положение

¹² Подпункт 4 п. 8 ст. 5 Закона о ГЧП.

¹³ П.2 ст. 6 Закона о ГЧП.

		не вызывает у нас опасений, поскольку аналогичное обременение предусмотрено в отношении концессионных соглашений – в ЕГРП будет содержаться запись о том, что в отношении соответствующего объекта заключено соглашение о ГЧП, в то время как содержание данного обременения раскрывается в Законе о ГЧП и соглашении о ГЧП,
10. Закон о ГЧП прямо предусматривает возможность со-финансирования публичным партнером создания частным партнером объекта соглашения о ГЧП, его эксплуатации и/или технического обслуживания. ¹⁴	+	По сути, соответствующие положения Закона о ГЧП являются аналогом «платы концедента», уже предусмотренной в отношении концессионных соглашений. Не вызывает сомнений, что прямо предусмотренная законом возможность возложения части расходов по проекту ГЧП на публичного партнера и обеспечения обязательств публичного партнера (государственные/муниципальные гарантии) должна быть оценена положительно. Кроме того, из Закона о ГЧП очевидно, что объем такого финансирования публичным субъектом проекта ГЧП может даже превышать объем финансирования частного партнера. ¹⁵
11. Предусмотрена возможность залога объекта соглашения о ГЧП в пользу финансирующих лиц при наличии прямого соглашения. ¹⁶	+	Данная возможность снижает риски финансирующих лиц при реализации проектов ГЧП и, как следствие, повышает инвестиционную привлекательность таких проектов для финансовых институтов.
12. Установлен исчерпывающий перечень возможных объектов соглашения о ГЧП. Допускается заключение соглашений о ГЧП в отношении нескольких объектов. ¹⁷	- / +	На наш взгляд, с учетом постоянно меняющейся деловой среды и экономической обстановки, устанавливать исчерпывающий перечень возможных объектов соглашения о ГЧП не вполне правильно, т.к. в каждом случае появления новых социально-значимых сфер, в которых могут быть реализованы такие проекты, возникнет необходимость внесения изменений в Закон о ГЧП для расширения перечня объектов. На наш взгляд, было бы разумнее установить общие критерии, по которым определяются возможные объекты соглашений (социальная значимость и т.п.), а также привести неисчерпывающий перечень таких объектов. Однако, с учетом того, что предусмотренный Законом о ГЧП перечень возможных объектов довольно широк, полагаем, что в обозримом будущем закрытый характер такого перечня не породит существенных проблем в реализации проектов ГЧП в России. Особо отметим, что в соответствии с Законом о ГЧП не могут являться объектами соглашений некоторые объекты, в отношении которых допускается заключение концессионных соглашений, в частности: объекты по производству, передаче и распределению тепловой энергии, объекты ЖКХ, объекты метрополитена, автомобильные дороги (за исключением частных автомобильных дорог). При этом возможно заключение соглашений о ГЧП в отношении некоторых объектов, применительно к которым

¹⁴ Подпункт 3 п. 3 ст. 6 Закона о ГЧП; п. 5 ст. 12 Закона о ГЧП.

¹⁵ П. 4 ст. 6 Закона о ГЧП. Отметим, что в таком случае объект соглашения о ГЧП подлежит передаче в собственность публичного партнера по истечении определенного соглашением срока.

¹⁶ П. 6 ст. 7 Закона о ГЧП.

¹⁷ Ст. 7 Закона о ГЧП.

		заключение концессионных соглашений невозможно: частные автодороги, воздушные суда, стационарные и/или плавучие платформы, искусственные острова, мелиоративные системы. Допустимость же заключения соглашений о ГЧП в отношении нескольких объектов – это, на наш взгляд, положительная норма, расширяющая возможности по структурированию проектов ГЧП и реализации комплексных проектов.
13. Предусмотрены обязательства публичного партнера рассматривать предложения частного партнера по изменению существенных условий соглашения о ГЧП и установлен порядок внесения таких изменений, определен порядок досрочного прекращения соглашения о ГЧП и последствия такого прекращения с учетом компенсации затрат частного партнера. ¹⁸	+	Закрепление (хотя бы частично) принципа полного возмещения затрат частного партнера на реализацию проекта ГЧП, безусловно, может быть оценено положительно, поскольку наличие механизмов такой компенсации является одним из ключевых факторов инвестиционной привлекательности проектов ГЧП для частных партнеров. Аналогичным образом, следует оценить и механизмы защиты интересов частного партнера в случае существенного изменения обстоятельств, нашедшие свое отражение в Законе о ГЧП.
14. Предусмотрена возможность замены частного партнера по соглашению о ГЧП, в том числе, без проведения конкурса. ¹⁹	+	Данная возможность также является фактором, существенно повышающим инвестиционную привлекательность проектов ГЧП для финансирующих лиц, поскольку дает им дополнительные гарантии относительно того, что проект, в который они вкладывают средства, может быть продолжен даже в случае дефолта первоначального частного партнера.
15. Урегулирована процедура частной инициативы проектов ГЧП, но не предусмотрена компенсация расходов частного партнера, в случае если в результате конкурса в рамках такой частной инициативы соглашение ГЧП заключено не с частным партнером, подготовившим проект (так называемое «невостребованное предложение»).	+/-	С учетом ограниченности ресурсов публичных субъектов на подготовку проектов ГЧП (такая подготовка обычно является весьма трудозатратным и дорогостоящим мероприятием, поскольку предполагает участие экспертов в технической, финансовой и юридической областях), наличие процедуры частной инициативы может повысить частоту использования механизмов ГЧП при реализации социально-значимых проектов. Однако, поскольку, как было указано выше, подготовка проектов ГЧП требует существенных финансовых затрат, в отсутствие гарантий компенсации таких затрат, готовность частных партнеров самостоятельно готовить и инициировать проекты вряд ли существенно повысится по сравнению с тем, как это было до принятия Закона о ГЧП. Еще одним из негативных моментов предусмотренной законом о ГЧП процедуры частной инициативы является обязанность частного партнера, выступающего с такой инициативой, предоставить независимую гарантию, выданную банком или иной кредитной организацией (банковскую гарантию) в объеме не менее 5 % объема прогнозируемого финансирования проекта. С

¹⁸ Пп. 2 – 9 ст. 13 Закона о ГЧП.

¹⁹ Пп. 13 – 19 ст. 13 Закона о ГЧП.

		учетом того, что банковская гарантия является дорогостоящим инструментом, а компенсация расходов лица, выступающего с инициативой, в случае невостребованного предложения Законом о ГЧП не предусмотрена, необходимость таких издержек (с учетом, в том числе, указанного выше) может отпугнуть потенциальных инициаторов проектов ГЧП. Последним, на наш взгляд, негативным положением Закона о ГЧП в отношении частной инициативы является закрепление для вынесения публичным партнером решения о невозможности реализации проекта следующих оснований: а) отсутствие у публичного партнера права собственности на указанный в предложении о реализации проекта объект; и б) наличие обременения объекта соглашения правами третьих лиц. На наш взгляд, имущественно-правовые вопросы, связанные с объектом соглашения, могут быть решены на более поздних стадиях подготовки проекта, и не имеет смысла автоматически отказываться от реализации проекта по указанным выше основаниям на стадии предложения о реализации проекта.
16. В отличие от концессионной модели реализации проектов ГЧП, Закон о ГЧП не предусматривает обязанности платы частного партнера в период эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта соглашения о ГЧП. ²⁰	+	На наш взгляд, это положительная норма, поскольку она допускает большую «гибкость» в финансовом структурировании проектов ГЧП.
17. Решен вопрос относительно предоставления частному партнеру земельных участков, лесных участков, водных объектов и участков недр. ²¹	+	Это, безусловно, положительная норма, исключающая необходимость проведения двойных торгов (для заключения соглашения о ГЧП и для предоставления частному партнеру соответствующих объектов) при заключении соглашения о ГЧП и дальнейшей реализации проектов.

На основании вышеуказанного можно сделать вывод о том, что сам факт принятия Закона о ГЧП – это очень важный шаг на пути развития ГЧП в России, и положительных аспектов, связанных с принятием Закона о ГЧП больше, чем отрицательных. Однако некоторые отрицательные положения Закона о ГЧП порождают существенные проблемы, которые способны препятствовать широкому распространению данного механизма в России. В связи с этим, необходимо признать, что Закон о ГЧП нуждается в дальнейшей доработке с целью повышения инвестиционной привлекательности проектов ГЧП для потенциальных частных партнеров. Полагаем, что в ближайшее время поступит много предложений по доработке положений Закона о ГЧП, в подготовку которых уже вовлечены различные эксперты в сфере ГЧП, включая фирму Dentons.

Обращаем Ваше внимание на то, что данный обзор кратко освещает лишь самые, на наш взгляд, важные и ключевые положения Закона о ГЧП и, безусловно, заслуживает более подробного анализа, в т.ч. применительно к конкретным проектам, которые Вы планируете и/или можете планировать реализовать в рамках ГЧП. В связи с этим, мы будем рады ответить на любые Ваши вопросы касательно Закона о ГЧП в целом и/или его отдельных положений.

²⁰ Пп. 9-10 ст.12 Закона о ГЧП.

²¹ Ст. 33 и гл. 7 Закона о ГЧП.

Контакты



Карина Чичканова

Партнер, руководитель российской практики в области инфраструктуры и ГЧП и Санкт-Петербургской практики в области недвижимости

T: +7 812 325 84 44

karina.chichkanova@dentons.com



Илья Скрипников

Советник российской практики в области инфраструктуры и ГЧП

T: +7 495 644 05 00

ilya.skripnikov@dentons.com



Таир Сулейманов

Юрист российской практики в области инфраструктуры и ГЧП

T: +7 812 325 84 44

tair.suleymanov@dentons.com