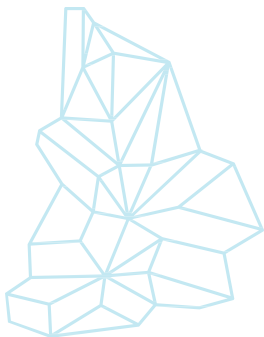


Государственно-частное и муниципально-частное партнерство в ЖКХ: механизмы реализации, судебная практика

Начальник отдела государственно-
частного партнерства Министерства
инвестиций и развития Свердловской
области

Ю.В. Михалицына

09 ноября 2016 года



6 место в Российской Федерации

**по итогам Рейтинга регионов России по уровню развития ГЧП за 2015 г.
(на 2 позиции выше в сравнении с 2014 г.)**

- ❑ В 2015 году Свердловская область также вошла в группу регионов-лидеров с показателем «Свыше 70% готовности субъекта к привлечению частных инвестиций в сферу ЖКХ» (регион, который эффективно создает условия и механизмы для привлечения частных инвестиций в сферу ЖКХ)



Реализуется
порядка
25 проектов
ГЧП на общую
сумму
15 млрд. руб.

- ✓ Отработана методика заключения концессионных соглашений;
- ✓ Сформирована нормативно-правовая база Свердловской области.

Нормативная правовая база реализации концессионных соглашений в сфере ЖКХ

Ст. 41.1 416-ФЗ от 07 декабря 2011 года «О водоснабжении и водоотведении»;
Ст. 28.1 190-ФЗ от 27 июля 2010 года «О теплоснабжении»;
115-ФЗ от 21 июля 2005 года «О концессионных соглашениях».

Концессионное соглашение - договор, содержащий элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, если иное не определено 115-ФЗ или существом концессионного соглашения.

Стороны:

Публичная сторона (концедент) – Российская Федерация, субъект Российской Федерации, Муниципальное образование, от имени которых выступает уполномоченный орган.

Частная сторона (концессионер) - индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо действующие без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) два и более указанных юридических лица.

ВАЖНО! 01.01.2017 вступят в силу поправки в 115-ФЗ в рамках редакции Федерального закона от 03 июля 2016 года № 275-ФЗ : при отсутствии передачи полномочий по государственному регулированию тарифов в сфере теплоснабжения, в сфере водоснабжения и водоотведения муниципальным образованиям третьей стороной в концессионном соглашении в обязательном порядке является субъект РФ (п. 1 ст.39, п. 2 ст. 40 115-ФЗ).

Этапы реализации проекта по передачи объекта коммунальной инфраструктуры в Концессию

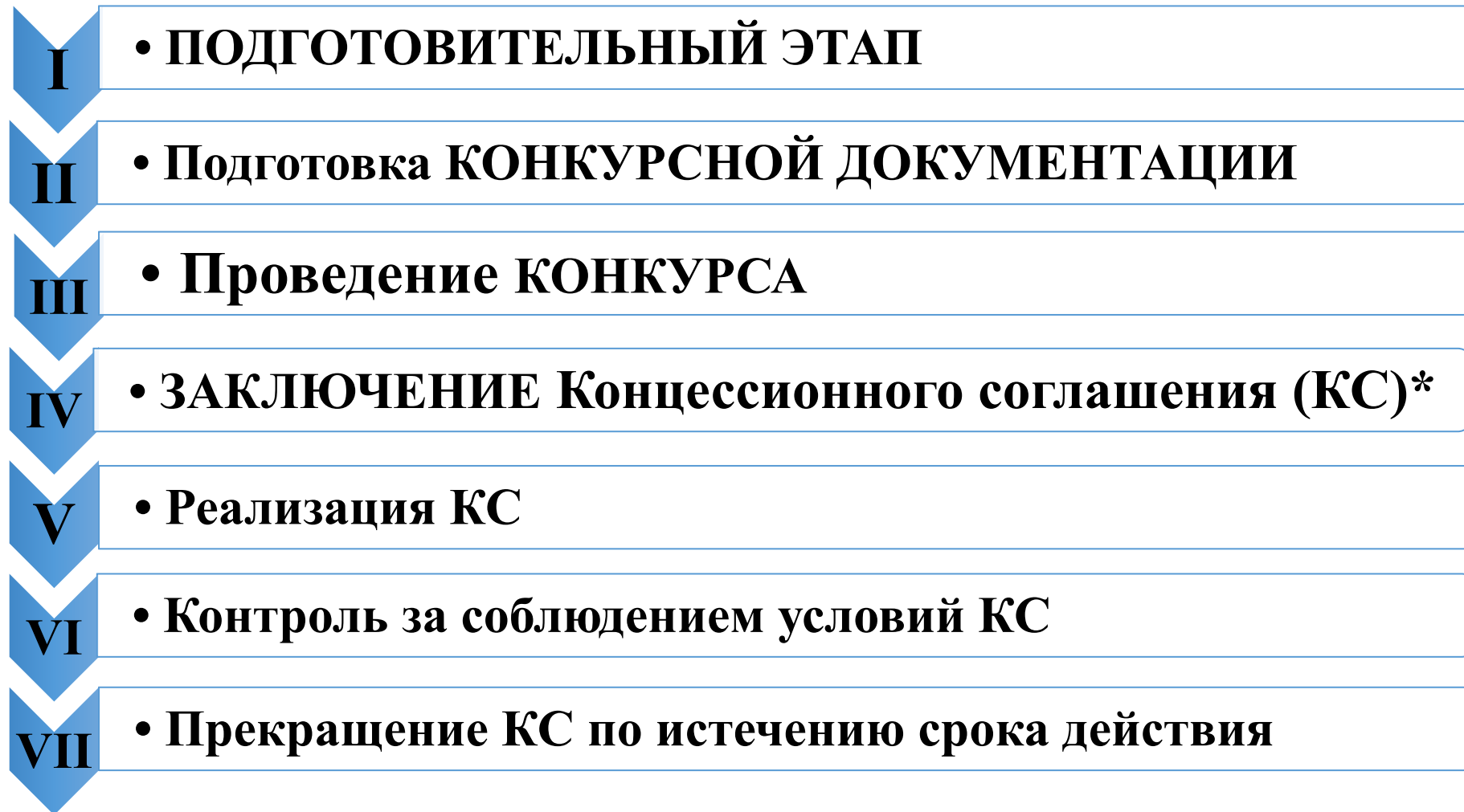


Схема заключения концессионного соглашения в порядке частной инициативы (ст. 37 115-ФЗ)*

Подготовка и подача заявления
инициатором

Рассмотрение предложения и принятие одного из решений (до 30 дней):

О невозможности
заключения концессионного
соглашения

Конечный перечень причин отказа
(ст. 37 115-ФЗ):

- объект КС изъят из оборота или ограничен в обороте;
- у концедента отсутствуют права собственности на объект КС;
- у концедента отсутствует ресурсное обеспечение для заключения и исполнения КС на предложенных условиях;
- объект КС не требует реконструкции или создание объекта не требуется;
- Инициатор отказался от переговоров

О возможности заключения
концессионного соглашения
на представленных условиях
(до 10 дней)

Размещение предложения на
сайте torgi.gov.ru (45 дней)

Поступили ли заявки от
иных лиц?

нет

Решение о заключении КС с
инициатором без конкурса
(30 дней)

в среднем 3-4 месяца

О возможности заключения
концессионного соглашения
на иных условиях

Переговоры и доработка
предложения инициатором

да

КОНКУРС

в среднем 6-12 месяцев

* Форма и требования к инициативному предложению утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 31 марта 2015 года № 300

Особенности заключения концессионных соглашений в сфере ЖКХ

- **Отсутствие обязанности по установлению концессионной платы** (*Размер такой платы не может превышать уровень, рассчитанный исходя из принципа возмещения концеденту расходов на уплату им обязательных платежей, связанных с правом владения объектом концессионного соглашения*);
- **Критерии конкурса** (*Победителем конкурса признается участник, предложение которого содержит минимальный размер дисконтированной выручки. В случае, если значение дисконтированной выручки двух лучших участников конкурса отличаются менее, чем на 2 процента, победителем признается участник, предложивший наибольшее количество наилучших плановых значений показателей деятельности концессионера*);
- **Необходимость согласования с органом регулирования тарифов долгосрочных параметров регулирования и целевых значений показателей качества, надежности и энергетической эффективности до объявления конкурса на право заключение КС;**
- **Обязательное участие субъекта Российской Федерации в качестве самостоятельной стороны КС (ст. 39, ст. 40 115-ФЗ);**
- **Возможность передачи в концессию имущества, часть которого не была зарегистрирована в установленном порядке (ст. 39 115-ФЗ);**
- **Наличие дополнительных существенных условий КС (ст.10 и ст. 42 115-ФЗ)**
- **Кроме того, в соответствии с 115-ФЗ передача в концессию объектов коммунальной инфраструктуры может осуществляться одним из трех способов:**
 - На общих основаниях посредством проведения конкурса;
 - Без конкурса путем трансформации действующего договора аренды объектов коммунальной инфраструктуры;
 - Без конкурса с применением механизма частной инициативы.

- Если, оценив условия спорного контракта, суд установит, что такой контракт включает все существенные условия, предусмотренные в 115-ФЗ для КС, он (суд) определяет, что такой контракт является КС и применяет к его оценке положения 115-ФЗ даже в том случае, если стороны указывают на то, что они руководствовались при заключении соглашения нормами иных законов.

Пример 1: исходя из анализа условий соглашения (предмет – создание комплекса по переработке бытовых отходов, реализация мероприятий с использованием муниципального имущества, инвестор обязан осуществить проектирование и строительство) Суд пришел к выводу, что между сторонами фактически заключено КС.

Пример 2: в отношении договора безвозмездного пользования имуществом и заключенного вместе с ним договора о порядке выполнения инвестиционных условий конкурса и использовании инвестиционных средств, суд учел цели заключению соглашения:

- привлечение инвестиций в экономику,
- обеспечение эффективного использования имущества,
- повышение качества работ и услуг.

Вывод: рекомендуется учитывать формулирование условий соглашения как на этапе подготовки и заключения КС, так и на этапе его исполнения, поскольку 115-ФЗ устанавливает жесткие требования к порядку заключения таких соглашений (конкурс), а также устанавливает особые условия к объему обязательств сторон соглашения.

- *Объектом концессионного соглашения может выступать только недвижимое имущество, создаваемое или реконструируемое концессионером*
- Под недвижимым имуществом часть 1 статьи 3 115-ФЗ понимается недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.
- *Последствие несоблюдения данного условия – признание соглашения недействительной (ничтожной) сделкой*

Судебная практика: существенные условия концессионного соглашения

- **Части 1, 1.1, 1.2 статьи 10 115-ФЗ содержат перечень существенных условий КС, в том числе, иные условия, являющиеся существенными и предусмотренные иными федеральными законами.**

Пример: п. 2 ст. 38 Федерального закона от 08.11.2007 № 257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» содержит обязательные условия КС или соглашение о ГЧП, соглашение о МЧП в отношении платной автомобильной дороги или автомобильной дороги, содержащей платные участки.

- **Выводы из судебной практики:**

- 1) Отсутствие в КС прямого указания на цель этого соглашения не всегда признается судом как основание для признания его недействительным, в том случае, если цель КС очевидна из иных его условий (характера объекта соглашения, обязательств сторон по осуществлению деятельности, связанной с использованием объекта, и т.п.).
- 2) Условие о порядке предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности, предусмотренной КС, и срок заключения с концессионером договоров аренды этих земельных участков, является существенным условием КС, которое должно быть в нем прописано и согласовано.
- 3) Отсутствие технико-экономических показателей объекта КС не является основанием для признания КС недействительным, если указанные показатели перечислены в дополнительном соглашении к КС.

- 115-ФЗ установлено, что **право собственности на объект КС должно принадлежать концеденту (муниципалитету) (ч. 1 ст. 3 115-ФЗ).**
- В связи с чем суды исходят из того, что установление долевой собственности в отношении объекта КС концедента и концессионера или передача концессионеру прав на объект соглашения (его часть) недопустимы.
- Условия соглашений, устанавливающие иные правила, могут быть признаны судом противоречащими ч. 10 ст. 3 115-ФЗ и признаны недействительными в соответствии со статьей 168 Гражданского кодекса.
- Применительно к КС, суды могут прийти к выводу, что изменение технических характеристик объекта КС (зданий) в процессе его реконструкции не влечет прекращение на него права собственности концедента и не является основанием для перехода права собственности на данный объект к концессионеру.
- **Вывод:** рекомендуется четко определить состав объекта соглашения, который будет по итогам его строительства (реконструкции) принадлежать на праве собственности концеденту.

- **Смена собственника имущества**

Суды в отдельных решениях пришли к выводу, что смена собственника имущества, переданного по КС, не является основанием для признания такого соглашения незаключенным по отношению к новому собственнику.

К регулированию смены собственника объекта КС были применены нормы гражданского законодательства об аренде.

Делая такой вывод, суды руководствовались тем, что КС является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами, к отношениям сторон КС применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в КС.

Судебная практика: права третьих лиц на объект концессионного соглашения

- **Общее правило.**

115-ФЗ установлено обязательное требование, что на момент заключения КС его объект должен быть свободным от прав третьих лиц.

- **Исключением являются объекты:**

- автомобильные дороги или участки автомобильных дорог, защитные дорожные сооружения, искусственные дорожные сооружения, производственные объекты, то есть объекты, используемые при капитальном ремонте, ремонте, содержании автомобильных дорог, элементы обустройства автомобильных дорог, объекты, предназначенные для взимания платы (в том числе пункты взимания платы), объекты дорожного сервиса;

- системы коммунальной инфраструктуры и иные объекты коммунального хозяйства, в том числе объекты водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, переработки и утилизации (захоронения) бытовых отходов, объекты, предназначенные для освещения территорий городских и сельских поселений, объекты, предназначенные для благоустройства территорий, а также объекты социально-бытового назначения.

- Суды последовательно придерживаются разграничения по объектам КС, и в том случае, если на момент заключения КС в отношении иных объектов на них сохраняются права третьих лиц (в том числе право оперативного управления или хозяйственного ведения унитарных предприятий), признают такие КС недействительными.

- **Вывод:** рекомендуется проверять факт отсутствия (прекращения) прав третьих лиц на иные категории объектов, передаваемых по КС, до этапа его заключения.

• **Выводы из судебной практики:**

1) Рекомендуется не допускать различий в описании в конкурсной документации и в тексте итогового КС объекта концессионного соглашения и имущества в составе объекта КС, которое подлежит реконструкции.

Последующее изменение состава объекта КС путем заключения дополнительных соглашений, которые вносят в него изменения, могут привести к тому, что новые (иные) элементы в составе объекта будут переданы концессионеру без торгов, что по мнению судов может привести к нарушению конкуренции.

2) В силу части 6 статьи 23 115-ФЗ, концедент вправе вносить изменения в конкурсную документацию при условии обязательного продления срока представления заявок на участие в конкурсе или конкурсных предложений не менее чем на тридцать рабочих дней со дня внесения таких изменений.

Последствие несоблюдения данного условия - возможность признания КС недействительным по решению суда.

3) Конкурсная документация не должна содержать требования к участникам конкурса, необоснованно ограничивающие доступ какого – либо из участников конкурса к участию в конкурсе или создающее кому-либо из участников конкурса преимущественных условий участия в конкурсе.

Исходя из анализа судебной практики не подлежит включению в конкурсную документацию:

- требования о минимальном уставном капитале в размере годовой арендой платы, превышающий действующим законодательством размер уставного капитала для отдельных видов юридических лиц,
- требование о наличии у участников конкурса опыта работы не менее определенного количества лет в определенной сфере услуг,
- требование о предоставлении документов, подтверждающих квалификацию участника конкурса.

Последствие несоблюдения данных условий – признание судом конкурса и соглашения, заключенного на его основании недействительным, ввиду заключения его с нарушением требований законодательства.

Поскольку КС является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами, то к отношениям сторон КС применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в КС, если иное не вытекает из 115-ФЗ или существа КС.

В связи с чем, суды исходят из того, что стороны вправе, воспользовавшись принципом свободы договора, установить в его тексте любые условия расторжения КС, предусмотренные подразделом 2 раздела III Гражданского кодекса.

Пример: дополнительное основание расторжения концессионного соглашения путём одностороннего отказа концедента от его исполнения по основаниям, согласованным сторонами в концессионном соглашении

Часть 2 статьи 15 115-ФЗ содержит перечень существенных нарушений условий концессионного соглашения.

Стороны могут в тексте КС установить дополнительные условия о том, какие действия (бездействие) концедента или концессионера являются существенными нарушениями условий КС (ч. 3 ст. 15 115-ФЗ).

Осуществление стороной действий, которые определены сторонами дополнительно в тексте соглашения в качестве существенных нарушений обязательств, также может служить основанием для расторжения КС.

Пример: нарушение срока внесения концессионером платы или нарушение срока разработки проектной документации.

Соблюдение досудебного урегулирования разногласий сторон КС в случае, если сторона желает его расторгнуть, является обязательным.

Исполняя данное требование закона, сторона должна направить другой стороне предупреждение о досрочном расторжении.

Такое предупреждение должно содержать информацию:

- а) какое конкретно обязательство по КС не исполнено стороной или исполнено ненадлежащим образом;
- б) в каких конкретно действиях (бездействии) выражается неисполнение или ненадлежащее исполнение стороной КС обязательств по КС;
- в) срок, в течение которого стороне, нарушившей свои обязательства по КС, предлагается устранить допущенные нарушения.

В рамках этого правила закон также устанавливает необходимость предоставления разумного срока для устранения нарушений.

Вывод из судебной практики: При досрочном расторжении КС концедент обязан возместить концессионеру расходы на создание (реконструкцию) объекта КС независимо от основания такого расторжения за исключением понесенных концедентом расходов на создание или реконструкцию объекта.

Спасибо за внимание!

**Отдел государственно-частного партнерства
Министерства инвестиций и развития Свердловской области**

**г. Екатеринбург, пл. Октябрьская, д. 1, каб. 1912,
Тел. 8 (343) 362-16-51
www.midural.mir.ru**