



ЮРИЙ ТУКТАРОВ,
партнер LECAP



СВЕТЛАНА ДУБИНЧИНА,
советник LECAP



ЕКАТЕРИНА ПАТЫНСКАЯ,
старший юрист LECAP

Критерии отбора концессионера: предквалификация и конкурс

Институты государственно-частного партнерства (ГЧП) традиционно рассматриваются как альтернативные механизмы оказания услуг с помощью привлечения частного партнера в публичном секторе. Определение критериев для выбора наиболее компетентных участников рынка является одним из приоритетных направлений развития данных институтов. Несмотря на растущее число реализуемых процедур частной инициативы*, конкурентные процедуры отбора концессионеров остаются востребованными. Количество проводимых конкурсов на фоне общего роста количества заключаемых концессий не уменьшается, использование механизма частной инициативы не исключает проведения конкурса**. При формировании конкурсной документации необходимо учитывать развивающийся в судебной практике последнего десятилетия подход, сопряженный с допустимостью установления требований к участникам конкурса. Авторы статьи рассматривают указанные тенденции и анализируют рекомендации международных экспертных организаций в области ГЧП и концессий.

Предварительный отбор (предквалификация) участников конкурса

Состав требований к участникам конкурса

Конкурсная документация на право заключения концессионного соглашения должна содержать требования, предъявляемые к участникам конкурса (в том числе к их квалификации, профессиональным и деловым качествам), в соответствии с которыми проводится их предварительный отбор¹. Такие требования не предъявляются только при заключении концессионных соглашений в сфере тепло-, водоснабжения и водоотведения, поскольку оно подлежит специальному регулированию (вынесено в отдельную главу Федерального закона «О концессионных соглашениях»). К концессионеру предъявляется комплекс требований, в том числе требования к показателям надежности и качества коммунальных объектов, а также к порядку ценообразования (методу регулирования тарифов, долгосрочным параметрам их регулирования, предельному

* Процедура введена в законодательство 1 мая 2015 г.

** Подробнее см.: гл. 4 Руководства «Концессионное соглашение: правовая природа, сфера применения, порядок заключения и исполнения» под общей ред. Ю. Е. Туктарова и С. В. Дубинчиной (Москва, 2015).

¹ Пункт 3 ч. 1 ст. 23 Федерального закона «О концессионных соглашениях».

размеру расходов на создание). Судебная практика подтверждает вывод о недопустимости установления дополнительных требований к заявителям на конкурсе в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения².

В отличие от законодательства в сфере государственных контрактов³ Федеральный закон «О концессионных соглашениях» не содержит перечня обязательных и факультативных требований к участникам, оставляя право выбора таковых за организатором конкурса. Вместе с тем свобода выбора критериев ограничена следующим правилом: конкурсная документация не должна содержать требования к участникам конкурса, необоснованно ограничивающие кому-либо из них доступ к участию в конкурсе и (или) создающие преимущественные условия участия в нем⁴.

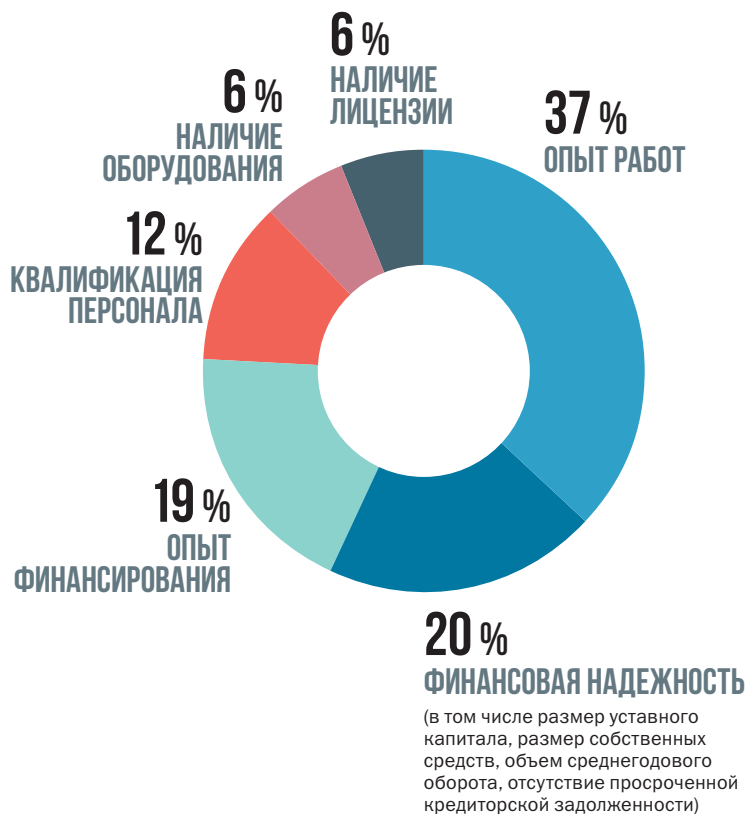
Следует заметить, что такая формулировка закона по-разному толкуется участниками концессионных проектов, вызывая массу споров о правомерности предъявления к заявителям отдельных требований. Судебная практика по вопросу предъявления допустимых требований к участникам конкурса начала формироваться в 2010 г. Установление спорных требований к участникам конкурса на право заключения концессионных соглашений служит основанием для обращения лица, чье право нарушено:

- в антимонопольный орган с требованием устранить нарушение антимонопольного законодательства;
 - в суд за оспариванием результатов конкурса и заключенного концессионного соглашения;
 - в суд за оспариванием решения конкурсной комиссии об отказе в допуске такого лица к участию в конкурсе;
 - в суд за оспариванием конкурсной документации;
- а также основанием для обращения антимонопольного органа в суд за оспариванием конкурса.

На основании судебной практики можно также отследить статистику оспариваемых требований, так или иначе послуживших основанием для судебного разбирательства (см. рис. 1).

Особенностью судебной практики раннего периода являлось то, что суды придерживались подхода, схожего со сложившимся в отношении практики

Рис. 1. Виды оспариваемых требований к участникам конкурса



по Федеральному закону «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». В частности, наиболее часто оспариваемыми требованиями к участникам закупок являются требования, проистекающие из других законов (например, в отношении лицензирования). Суды, как правило, не оставляют такие требования к участникам торгов в силе. Однако практика последних лет выявила, что комплексная и долгосрочная природа концессионных соглашений требует более гибкого подхода к опыту участников конкурса.

В целом в настоящий период развитие судебной практики по вопросу оспаривания требований к будущим концессионерам идет по пути повышения лояльности судов. В общем количестве дел снижается процентный показатель решений судов, удовлетворяющих иски об оспаривании положений конкурсной документации, результатов конкурса, концессионных соглашений (рис. 2).

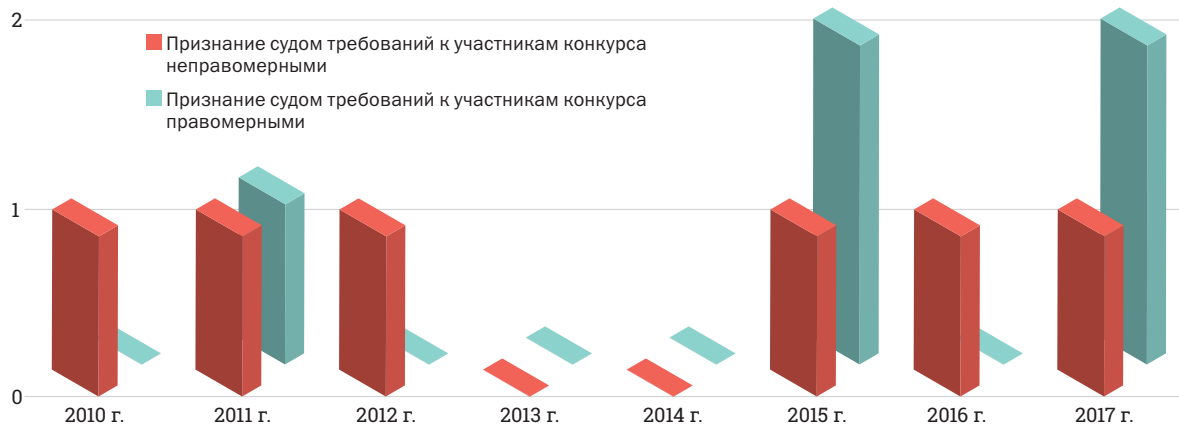
Основная часть оспариваемых требований к участникам конкурса связана с наличием у последних опыта реализации подобных проектов,

² См., например: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.05.2017 № Ф09-1732/17 по делу № А60-39654/2016.

³ Статья 31 Федерального закона от 04.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

⁴ Часть 3 ст. 23 Федерального закона «О концессионных соглашениях».

Рис. 2. Динамика принятия судами решений о правомерности требований к участникам конкурса на право заключения концессионных соглашений



а также опыта финансирования. Следует отметить, что тенденция судебной практики в отношении требования к опыту работ со временем поменяла свой вектор: если ранее суды в основном делали вывод о недопустимости установления в конкурсной документации требования к опыту заявителей⁵, то с 2015 г. все решения судов по данному вопросу принимаются в пользу правомерности указанного требования⁶. Что касается опыта финансирования, то во всех судебных делах такое требование признано правомерным⁷. Для наглядности динамики изменения судебной практики приведем выдержки из доводов судов «за» и «против» в отношении установления требования к опыту реализации подобных проектов (см. табл. 1).

В рекомендациях и руководствах международных организаций не исключается применение требования к опыту заявителей. Например, в законодательных принципах для инфраструктурных проектов, финансируемых за счет частных источников, подготовленных ЮНСИТРАЛ⁸, указано, что на предквалификационной стадии заявитель должен подтвердить свое соответствие

определенным критериям (pre-selection criteria). В частности, он должен обладать профессиональной и технической квалификацией, располагать финансовыми и человеческими ресурсами, оборудованием, управленческими ресурсами, надежностью и опытом, необходимым для исполнения контракта.

В Модельном законе ЮНСИТРАЛ о проектах, финансируемых из частных источников⁹, в качестве одного из критериев оценки названы «необходимые управленческая и организационная компетентность, надежность и опыт управления схожими объектами инфраструктуры». При этом ЮНСИТРАЛ предлагает свой способ исключения ограничения конкуренции при выборе частного партнера: законодательство может предусматривать право публичного партнера отклонить заявку (конкурсное предложение) участника, если он уже участвовал в конкурсах на право заключения концессионных соглашений в соответствующем секторе¹⁰.

Документы, подтверждающие соответствие требованиям

Концессионные соглашения являются разновидностью сделок проектного финансирования, и, как правило, участником конкурса является SPV (special purpose vehicle). Это во многом необходимо и для развития инвестиционных групп, которые уже реализуют успешные проекты в нескольких регионах и имеют необходимую квалификацию. Однако в силу особенностей регулирования банковского кредитования (установления обязательных требований к формированию резервов по кредитам); сложившейся практики налогового планирования

⁵ См., например, постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.08.2011 по делу № А13–12057/2010, от 22.02.2012 по делу № А26–4739/2010.

⁶ См., например, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.06.2015 № Ф01–2196/2015 по делу № А43–1004/2014, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22.04.2016 № Ф09–3880/16 по делу № А71–7057/2015.

⁷ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.06.2015 № Ф01–2196/2015 по делу № А43–1004/2014, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2017 № Ф05–8347/2017 по делу № А40–204433/2016, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04 сентября 2017 г. № 09АП-33753/2017, № 09АП-34801/2017 по делу № А40–23141/17.

⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects.

⁹ UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects.

¹⁰ Section 39 of UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects.

Таблица 1

**ДОВОДЫ СУДОВ О ПРАВОМЕРНОСТИ / НЕПРАВОМЕРНОСТИ
ПРИМЕНЕНИЯ ТРЕБОВАНИЯ К ОПЫТУ ЗАЯВИТЕЛЕЙ**

ДОВОДЫ О НЕПРАВОМЕРНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ТРЕБОВАНИЯ К ОПЫТУ ЗАЯВИТЕЛЕЙ	ДОВОДЫ О ПРАВОМЕРНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ТРЕБОВАНИЯ К ОПЫТУ ЗАЯВИТЕЛЕЙ
<p>«Включение... в конкурсную документацию требований к опыту работы самого конкурсанта является ограничением конкуренции, поскольку эти действия не только ограничивают, но и пресекают выход на рынок электроснабжения вновь созданным предприятиям, даже в том случае, если они обладают соответствующей производственной базой и производственными мощностями, квалифицированным персоналом и материальными ресурсами».</p>	<p>«Требование конкурсной документации к участникам конкурса об опыте реализации подобных проектов не создало неравных условий для хозяйствующих субъектов и не ограничило их право на осуществление предпринимательской деятельности».</p>
<p>«Установление требования по наличию опыта эксплуатации объектов... не менее 2 лет противоречит части 2 статьи 17 Закона № 135-ФЗ, поскольку фактически направлено на ограничение доступа юридических лиц к участию в конкурсе, препятствует доступу на рынок передачи и распределения электрической энергии в границах... поселения».</p>	<p>«Требование к участникам конкурса об опыте реализации подобных проектов распространялось на всех участников, не создало неравных условий для хозяйствующих субъектов, искусственно не сузило сферу их деятельности и не ограничило их право на осуществление предпринимательской деятельности».</p>
<p>«... суды признали вывод антимонопольного органа о том, что установление такого требования к участникам конкурса на этапе их предварительного отбора влечет за собой нарушение принципов равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам конкурса, ограничивая количество участников, обоснованным. Судами верно отмечено, что данная ситуация предусматривает допуск участников, существующих на рынке не менее 3 лет и поставивших не менее 20 комплексов, исключая при этом организации, находящиеся на рынке менее 3 лет и имеющие опыт создания меньшего количества комплексов, но способные на высоком уровне выполнить рассматриваемые работы».</p>	<p>«Предварительный квалификационный отбор проводится для выявления участников конкурса, квалификация которых позволит участвовать в конкурсе, и в случаях, когда организатор может четко определить минимальный уровень квалификации участника конкурса, необходимый для успешного выполнения условий соглашения. Предварительный квалификационный отбор основан на удовлетворении (неудовлетворении) требований, касающихся общего и специального опыта участника конкурса, кадровых возможностей, оборудования, финансового состояния, которые подтверждаются участником при предоставлении участником заявки на участие».</p>

в холдингах, отдающих предпочтение привлечению аутсорсинговых компаний на основании гражданско-правовых договоров для выполнения определенных функций; а также по соображениям управления рисками (в связи с необходимостью не связывать риски дефолта по одному проекту с успешностью других проектов) такие холдинги представляют в качестве участника всех конкурсов не одно и то же лицо, а проектную компанию, привлекающую опытных субподрядчиков, ранее уже реализовывавших подобные проекты.

В связи с этим актуальным становится вопрос о возможности подтверждения соответствия требованиям конкурсной документации не самого заявителя, а взаимосвязанных с ним компаний. На сегодняшний день судебная практика по данному вопросу немногочисленна. Есть одно судебное решение, в котором суд признал правомерным подтверждение соответствия установленным квалификационным требованиям к заявителю путем подтверждения соответствия в отдельности или в совокупности следующих лиц¹¹:

«А) учредитель / акционер (участник) заявителя, владеющий не менее 25 % акций / долей участия заявителя, основные (материнские) общества указанного учредителя / акционера (участника) заявителя, а также учредитель / акционер (участник),

владеющий не менее 25 % акций / долей основного (материнского) общества, учредителя/акционера (участника) заявителя;

В) любым одним или несколькими товарищами, являющимися членами простого товарищества, если такое простое товарищество является заявителем, при условии, что между такими лицами — членами простого товарищества заключен договор о совместной деятельности, имеющий обязательную силу для указанных лиц, и если целью деятельности такого товарищества является участие в реализации проекта;

С) лица, входящие в группу лиц учредителей/акционеров (участников) заявителя и (или) группу лиц основных (материнских) обществ таких учредителей / акционеров (участников);

Д) лица, заключившие с заявителем рамочный договор (в соответствии со статьей 429.1 Гражданского кодекса Российской Федерации) или (и) предоставившие письмо о намерениях в подтверждение согласия таких лиц на участие в реализации концессионного соглашения в случае победы заявителя в конкурсе. Указанные документы должны определять права и обязательства таких лиц по отношению к заявителю».

Наличие подобной практики не устраняет правовую неопределенность относительно способов подтверждения соответствия SPV требованиям конкурсной документации. Отношения между SPV и компаниями-подрядчиками, компаниями-операторами

¹¹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.05.2017 № Ф09-1732/17 по делу № А60-39654/2016.

практически всегда оформляются либо на корпоративной основе, либо в договорном порядке (например, подписание договора простого товарищества, генерального подряда, оказания услуг). Во всех указанных случаях заявителю важно иметь возможность подтверждать свой опыт именно через опыт взаимосвязанных с ним лиц, которые будут фактически осуществлять функции по исполнению концессионного соглашения.

В условиях роста числа проектов, где концессионерами являются «нулевые» компании проектного финансирования, важно устранить наличие юридической неопределенности в данном вопросе и прямо установить в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» возможность подтверждения опыта заявителя документами в отношении взаимосвязанных с ним компаний при условии, что заявитель сможет документально подтвердить эту взаимосвязь.

Оценка конкурсных предложений

Федеральный закон «О концессионных соглашениях» устанавливает разные перечни возможных критериев для проведения конкурсов на право заключения концессионных соглашений в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения (далее — объекты ЖКХ) и в отношении иных видов объектов. Оба перечня являются закрытыми, то есть использование каких-либо критериев, помимо указанных в Федеральном законе «О концессионных соглашениях», не допускается.

Жесткое правило о перечне допустимых критериев конкурса объясняет незначительное количество судебных споров по данному вопросу. В судах в основном разрешаются споры об очевидных нарушениях требований Федерального закона «О концессионных соглашениях» в части критериев конкурса, такие как:

- несоблюдение требований Федерального закона «О концессионных соглашениях» к критериям конкурса в отношении объектов ЖКХ (организаторы конкурса применяют общие правила о критериях¹², имеет место некорректное применение правила о критериях конкурса в отношении объектов ЖКХ и т. п.¹³);
- некорректное проведение процедуры рассмотрения и оценки конкурсных предложений по критериям конкурса¹⁴;
- некорректное указание в конкурсной документации начальных значений критериев конкурса¹⁵.

В документации международных экспертных организаций критерии конкурса являются не такой

популярной темой, как требования, предъявляемые к участникам конкурса, тем не менее можно встретить рекомендации по использованию отдельных категорий критериев. Например, по мнению ЮНСИТРАЛ, при выборе концессионера могут быть использованы следующие критерии для оценки конкурсных предложений:

- *критерии оценки технических и технологических предложений:*
 - техническая надежность;
 - соответствие стандартам защиты окружающей среды;
 - эксплуатационная жизнеспособность;
 - качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их оказания;
- *критерии оценки финансовых и коммерческих предложений:*
 - приведенная стоимость оплаты за проезд по платной дороге, цена за единицу товара и другие цены на услуги в течение периода эксплуатации;
 - приведенная стоимость прямых платежей от концедента (если таковые предусмотрены);
 - стоимость проектирования и строительства, ежегодные операционные затраты, приведенная стоимость капитальных и операционных затрат;
 - степень финансовой поддержки, ожидаемой от концедента;
 - стабильность предлагаемых финансовых условий;
 - потенциал социального и экономического развития.

Подводя итоги, можно отметить позитивные тенденции в судебной практике относительно требований к участникам концессионных конкурсов:

- снизился процентный показатель решений судов, в которых требования к участникам конкурса признаются неправомерными;
- суды стали лояльнее подходить к установлению в конкурсной документации требований к опыту, в том числе к опыту финансирования;
- суды начали широко подходить к пониманию «квалификации» участника конкурса (признав, что это не только его личная квалификация, но и квалификация группы или привлеченных по договорам лиц).

В заключение приведем рекомендации по составу и содержанию требований к предквалификационным требованиям и критериям, которые дают международные экспертные организации в области ГЧП:

- требованиями к участникам конкурса могут быть¹⁶:

¹² Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 14.12.2016 по делу № А33-15927/2016.

¹³ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 05.04.2017 № Ф02-795/2017 по делу № А33-15927/2016.

¹⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 14.10.2010 по делу № А75-13304/2009.

¹⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.01.2011 по делу № А66-12967/2009.

¹⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects.

- необходимая профессиональная и техническая квалификация, персонал, оборудование и иные средства производства для каждой стадии реализации проекта;
- способность организовать все финансовые аспекты проекта, а также предыдущий опыт реализации инфраструктурных проектов на базе публичной собственности или опыт оказания услуг в регулируемых государством сферах (например, количественные показатели предыдущего опыта);
- уровень опыта ключевого персонала, вовлеченного в реализацию проекта, удовлетворительная техническая оснащенность (наличие минимально необходимого оборудования для строительства, эксплуатации и технического обслуживания);
- способность исполнить все финансовые обязательства на инвестиционной и эксплуатационной стадии проекта (которая может быть подтверждена, например, доказательством возможности заявителя обеспечить вложение определенного количества собственных средств, а также заверением какого-либо надежного банка в удовлетворительном финансовом положении заявителя);
- вовлечение финансирующих организаций на ранней стадии конкурса (особенно, если между его участниками существует сильная конкуренция), позволяющее публичному партнеру осознать и учесть инвестиционную привлекательность проекта еще до заключения концессионного соглашения¹⁷;
- выстраивание процедуры проведения конкурса таким образом, чтобы вопросы

инвестиционной привлекательности проекта для финансирующих организаций были отражены в конкурсных предложениях участников (что может быть выражено в предложениях по изменению условий концессионного соглашения) и чтобы концедент мог оценить такие условия до заключения концессионного соглашения (соответственно, участники конкурса при подготовке конкурсных предложений должны располагать информацией о будущих инвесторах и стоимости заемного финансирования)¹⁸;

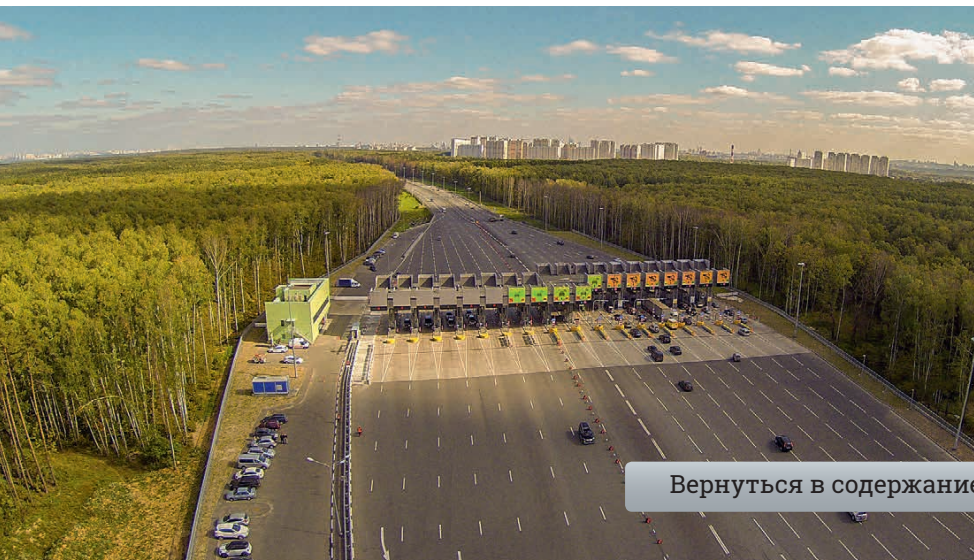
- обязанность концедента обеспечить одинаковую возможность участия в конкурсе как местным, так и иностранным участникам¹⁹;
- предоставление возможности конкуренции и обеспечение единых правил всем участникам конкурсов на право заключения концессионного соглашения, чтобы потенциальные концессионеры видели возможность выхода на рынок других потенциальных концессионеров²⁰.

¹⁸ Draft Report on Recommended PPP Contractual Provisions, 2016 Edition, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.

¹⁹ OECD Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, May 2012.

²⁰ OECD Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, May 2012.

¹⁷ Draft Report on Recommended PPP Contractual Provisions, 2016 Edition, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.



Менее чем 20-километровый участок трассы «Новый выход на МКАД с федеральной автомобильной дороги М-1 „Беларусь“ Москва-Минск», или обход города Одинцово, стал одним из первых инфраструктурных проектов федерального уровня, который реализуется в рамках концессии. Концессионное соглашение было заключено в июле 2009 г. Российской Федерацией в лице Федерального дорожного агентства Минтранса РФ (концедент) и ОАО «Главная дорога» (концессионер). С мая 2010 г. функции концедента исполняет ГК «Автодор». Протяженность участка 18 535 км. Обход торжественно открыли в ноябре 2013 г. В церемонии участвовал премьер-министр РФ Дмитрий Медведев.