



ЮРИЙ ТУКТАРОВ,
партнер юридической фирмы LECAP

ЕКАТЕРИНА БЕСПАЛОВА,
старший юрист юридической фирмы LECAP

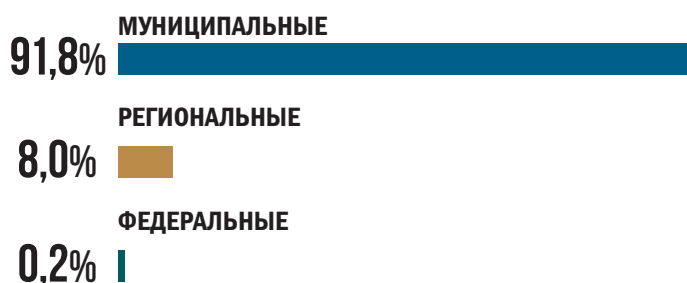
Несовершенство процедуры заключения концессионного соглашения в порядке частной инициативы

На сайте torgi.gov.ru на текущий момент опубликовано более тысячи предложений о заключении концессионного соглашения в порядке частной инициативы. Данная процедура оказалась востребованной, и сейчас уже можно делать первые выводы о практической стороне заключения концессионного соглашения на основании предложения частного инвестора.

Сведения о проектах, реализуемых в порядке частной инициативы

Как показывает статистика, реализация частной инициативы чаще осуществляется на муниципальном уровне, а самой популярной сферой для этого является водоснабжение и водоотведение. Уровень проектов, реализуемых в порядке частной концессионной инициативы (далее — ЧКИ), показан на рис. 1, а сфера реализации таких проектов представлена на рис. 2.

Рис. 1. Уровень проектов, реализуемых в порядке частной концессионной инициативы (ЧКИ), %



Право иных лиц заявить о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения

Целью разработки положений законодательства о реализации концессионных проектов в порядке частной инициативы было привлечение частных инвесторов к созданию и реконструкции инфраструктуры. Предполагалось, что частные инвесторы будут сами анализировать потребности в инфраструктуре, нести расходы по разработке способов решения соответствующих проблем, проведению переговоров с публичным партнером и финансирующими организациями, а также по согласованию документации. Данные инвестиции являются крайне ценными, и их необходимо защищать.

Первое и самое важное, на что обращают внимание частные инвесторы, — это риск подачи альтернативных заявок. Легкость подачи альтернативной заявки снижает заинтересованность частного инвестора в несении расходов на подготовку проекта. Следовательно, для обеспечения условий для конкуренции нужны четкие и понятные для всех барьеры, которые защитят частных партнеров от легкомысленных заявителей.

Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон

о концессионных соглашениях) предоставляет лицам, которые готовы участвовать в конкурсе на заключение концессионного соглашения на условиях, опубликованных в предложении в порядке частной инициативы, право подать заявки на участие. При этом заявители должны подтвердить свое соответствие тем же самым требованиям, которые предъявляются к лицу, подающему предложение о заключении концессионного соглашения в порядке частной инициативы. Таковыми являются:

- отсутствие решения о ликвидации юридического лица — заявителя (лица, подающего заявку на заключение концессионного соглашения) или о прекращении физическим лицом — заявителем (лицом, подающим заявку на заключение концессионного соглашения) деятельности в качестве индивидуального предпринимателя;
- отсутствие определения суда о возбуждении производства по делу о банкротстве в отношении лица, выступающего с инициативой о заключении концессионного соглашения;
- отсутствие недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации за прошедший календарный год, размер которых превышает 25 % от балансовой стоимости активов лица согласно данным бухгалтерской (финансовой) отчетности за последний отчетный период;
- наличие или возможность получения средств в размере не менее 5 % от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций (предельного размера расходов на создание и/или реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые предположительно будут осуществлены концессионером, на каждый год срока действия концессионного соглашения).

В настоящее время имеют место полярные мнения по поводу ЧКИ. Иногда заявители считают перечисленные требования минимальными и полагают достаточным просто заявить о своей готовности к участию в конкурсе. Для антимонопольных органов некоторых регионов достаточно только письма-подтверждения о соответствии данным требованиям без подтверждающих документов.

Например, Иркутское УФАС в Решении от 07.04.2017 № 211 пришло к выводу о том, что ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях носит декларативный характер и не содержит правила, согласно которому иные лица, подающие заявки о готовности к участию в конкурсе, должны документально подтвердить сведения, указанные в Законе о концессионных соглашениях. Документы, представленные к заявке в дополнение

Рис. 2. Сфера реализации проектов, инициированных в порядке ЧКИ, %



к продекларированным сведениям, не являются основанием для признания заявки не соответствующей установленным требованиям.

Данный вывод является редким в практике антимонопольных органов и судов, однако то обстоятельство, что в Законе о концессионных

Таблица 1. Оценка сложившейся ситуации

СРАВНИТЕЛЬНАЯ ОЦЕНКА ПРИВЛЕКАТЕЛЬНОСТИ ПРОЦЕДУРЫ	КОНКУРС	ЧКИ
Расходы на разработку	Концедент	Концессионер
Расходы на переговоры	+	+
Срок, месяцы	6	4 + 12
Риск потери времени и денежных средств инициаторов проекта	Ниже	Выше
Степень неопределенности по защите участниками своих прав и законных интересов	Низкая	Высокая
Вывод	Относительно выгодно для частных инвесторов	Крайне невыгодно для частных инвесторов

соглашениях не предусмотрено обязательство для заявителей по поводу предоставления подтверждающих документов, способствует появлению подобных решений. Если практика и дальше будет развиваться в этом направлении, частная инициатива может стать крайне непривлекательной процедурой по причинам, изложенным в табл. 1.

Требования к заявителям являются формальными. Законодательством не урегулировано представление документов, которыми может подтверждаться соответствие требованиям

Законом о концессионных соглашениях не установлены четкие правила предоставления документов, которыми может быть подтверждено соответствие заявителя предусмотренным требованиям. Согласно Постановлению Правительства РФ от 31.03.2015 № 300 (далее — Постановление № 300), в котором перечислены документы, обязательные для подачи в составе предложения о заключении концессионного соглашения, сведения о соответствии лица, подающего предложение о заключении концессионного соглашения в порядке частной инициативы, требованиям ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях подтверждаются путем предоставления следующих документов:

- выписки из Единого государственного реестра юридических лиц либо из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей (подтверждает соответствие требованиям п. 1 и 2 ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях);
- справки налогового органа, территориального органа Пенсионного фонда РФ и территориального органа Фонда социального страхования РФ о состоянии расчетов принципала (плательщика сбора, налогового агента) по налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации, подтверждающие исполнение принципалом обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, отсутствие задолженности по уплате обязательных платежей, а также задолженности по уплате процентов за пользование бюджетными средствами, соответствующих пеней, штрафов и иных финансовых санкций (подтверждает соответствие требованиям п. 3 ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях);
- копии подтверждающего документа, выданного кредитной организацией, в случае привлечения заявителем заемных средств (подтверждает соответствие требованиям п. 4 ч. 4.11 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях).

Неоднозначность формулировок Постановления № 300 приводит к возникновению споров и порождает противоречия в практике антимонопольных органов и судов. Так, в Постановлении говорится о необходимости предоставить *справку налогового органа о состоянии расчетов принципала* (плательщика сбора, налогового агента) по налогам, подтверждающую исполнение обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, отсутствие задолженности по уплате обязательных платежей, а также задолженности по уплате процентов за пользование бюджетными средствами, соответствующих пеней, штрафов и иных финансовых санкций.

В настоящее время налоговые органы выдают справки двух видов:

- о состоянии расчетов по налогам, сборам, страховым взносам, пеням, штрафам, процентам организаций и индивидуальных предпринимателей за прошедший календарный год, составленную по форме, утвержденной Приказом ФНС России от 28.12.2016 № ММВ-7-17/722@;
- об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, плательщиком страховых взносов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов, пеней, штрафов, процентов, составленную по форме, утвержденной Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@.

Подтвердить отсутствие недоимки по налогам, а также задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации в течение всего предыдущего календарного года (на любую дату в течение прошлого календарного года) может только справка о состоянии расчетов. Однако в форме данной справки указано, что она не является документом, подтверждающим исполнение организацией (индивидуальным предпринимателем) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов.

Из-за неопределенности того, какая именно справка налогового органа требуется, одни заявители предоставляют только справку об исполнении обязанности по уплате налогов, составленную по форме, утвержденной Приказом ФНС России от 20.01.2017 № ММВ-7-8/20@, подтверждающую отсутствие задолженности на 31 декабря предыдущего календарного года, другие — только справку о состоянии расчетов по налогам, которая содержит такие сведения за весь календарный год, но не подтверждает исполнения обязанности по уплате налогов на 31 декабря предыдущего календарного года.

Неопределенность наблюдается и в отношении подтверждения наличия у заявителей средств в размере не менее 5 % от объема заявленных в проекте концессионного соглашения инвестиций

(пределного размера расходов на создание и/или реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые, предположительно, будут осуществлены концессионером, на каждый год срока действия концессионного соглашения). Ни Законом о концессионных соглашениях, ни Постановлением № 300 не установлены требования к такому документу. На практике заявители часто предоставляют справку об остатке денежных средств на счетах без подтверждения того, что данные средства зарезервированы на реализацию проекта. Отсутствуют также требования к предоставлению решений об одобрении концессионного соглашения как крупной сделки и финансовой отчетности заявителя, которая могла бы подтвердить, что остаток на его счете содержит свободные денежные средства, не зарезервированные для исполнения иных обязательств.

Отсутствие четких правил по поводу предоставления документов в целях подтверждения соответствия требованиям, предъявляемым к заявителям и инициатору ЧКИ, приводит к тому, что отбор проходят заявки тех лиц, которые лишь формально соответствуют данным требованиям, а в действительности не заинтересованным участвовать в проекте и не располагают финансовыми и материальными ресурсами для его реализации. Кроме того, законодательством не установлены основания для отказа в принятии заявок от лиц, в перечне уставных видов деятельности которых отсутствует та, что является предметом концессионного соглашения (целью деятельности которых не является предмет концессионного соглашения).

Законодательством не предусмотрена обязанность заявителей участвовать в конкурсе, объявленном по результатам рассмотрения поданных ими заявок

Закон о концессионных соглашениях не предусматривает для лиц, подавших заявки о готовности к участию в конкурсе, обязанность участвовать в нем на основании рассмотрения таковых. Процедура ЧКИ не предполагает внесения на счет публично-образовательного задатка, обеспечивающего действительное намерение заявителя участвовать в конкурсе, как это предусмотрено конкурсной процедурой.

Анализ 14 проектов, по которым процедура ЧКИ перешла в конкурс, успешно завершённый впоследствии, показал, что заявители, подавшие заявки о готовности к участию, часто перестают участвовать в конкурсе еще на этапе предварительного отбора либо не подают конкурсных предложений после прохождения предварительного отбора. Статистические данные по конкурсам, проводимым в рамках ЧКИ на основании рассмотренных заявок, приведены на рис. 3

Рис. 3. Статистика конкурсов, проводимых по результатам ЧКИ, %



Таким образом, в настоящее время в законодательстве отсутствуют механизмы, которые защищали бы ЧКИ от перехода в конкурс, проводимый на основании заявлений тех лиц, которые на самом деле не имеют намерения участвовать в реализации проекта.

Для публичного партнера риск поступления таких заявлений выражается в следующем:

- увеличении времени на заключение соглашения (исходя из законодательно установленной процедуры конкурс может длиться в течение четырех-пяти месяцев, также к этому надо прибавить время, необходимое на подготовку конкурсной документации);
- необходимости нести денежные и административные расходы на подготовку конкурсной документации, формирование конкурсной комиссии и обеспечение ее работы.

Переход ЧКИ в конкурс не означает получения публичным партнером более выгодных условий на реализацию проекта. Как показывает статистика, в 64 % случаев конкурс, объявленный по итогам ЧКИ, был признан несостоявшимся или отменен. При этом лицо, предложившее заключить

соглашение в порядке частной инициативы, стало победителем в 57 % случаев, а заявитель, подавший заявку о готовности к участию в конкурсе, победил только в 14 %.

Законодательством не урегулирован вопрос о компенсации расходов лица, предложившего заключить концессионное соглашение в порядке частной инициативы

В законодательстве отсутствуют нормы, которые регулировали бы компенсацию лицу, подавшему предложение о заключении концессионного соглашения в порядке частной инициативы, в том случае, если соглашение с ним не будет заключено. Вследствие этого заявки подаются без действительного намерения участвовать в конкурсе, так как для заявителей полностью отсутствуют риск потери задатка или обязанность компенсировать все издержки лица, подготовившего предложение о заключении концессионного соглашения и его проект, разработавшего техническую и финансовую модель концессии и участвовавшего в переговорах с публичным партнером в целях согласования условий, удовлетворяющих интересам публичного и частного партнеров.

Неопределенность в вопросе наличия у территориальных управлений ФАС России полномочий на рассмотрение жалоб о нарушениях конкуренции в процессе ЧКИ в порядке ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Процедура рассмотрения жалоб, установленная ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), является наиболее подходящей для рассмотрения жалобы лица, направившего предложение о заключении концессионного соглашения, либо жалоб лиц, направивших заявки о готовности к участию в конкурсе на право заключения концессионного соглашения, на решения, принимаемые в ходе процедуры ЧКИ:

- решение о заключении концессионного соглашения без проведения конкурса с лицом, подавшим предложение о заключении такового, в соответствии с ч. 4.10 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях *принимается только по истечении 45 дней с момента размещения на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет предложения о заключении концессионного соглашения и только в том случае, если за этот период не поступило заявок о готовности к участию в конкурсе. Следовательно, до вынесения такого решения заключение концессионного соглашения, не являясь процедурой конкурса, тем не менее представляет собой конкурентную процедуру, проводимую для предоставления неограниченному количеству лиц права*

заявить о желании заключить соглашение с публичным партнером. В рамках этой процедуры должны обеспечиваться такие общие принципы антимонопольного законодательства, как равенство, равные требования, недопущение ограничения конкуренции и недопущение предоставления преимущественных прав и/или неравных требований;

- ст. 18.1 Закона о защите конкуренции устанавливает семидневный срок для рассмотрения жалобы по существу, что более всего отвечает интересам всех участников процедуры заключения концессионного соглашения, поскольку позволяет оперативно принимать решения и не затягивать весь процесс;
- ст. 18.1 Закона о защите конкуренции предусматривает обязательную приостановку процедуры заключения соглашения, если таковая является предметом жалобы. Эта мера антимонопольного органа крайне важна для защиты конкуренции при заключении концессионных соглашений, так как позволяет заключать только те концессионные соглашения, в отношении которых соблюдено законодательство о защите конкуренции.

В настоящее время единая практика по данному вопросу отсутствует. Одни территориальные управления отказывают в рассмотрении таких жалоб со ссылкой на отсутствие у них соответствующих полномочий, другие принимают жалобы и рассматривают их в порядке ст. 18.1.

Некоторые территориальные управления ФАС рассматривают жалобы, поданные в рамках ЧКИ в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции. Так, Новосибирское УФАС в Решении от 20.09.2017 указало, что рассмотрение заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения, подаваемых в порядке ч. 4.9 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях, *по сути является конкурентной процедурой*. Комиссия УФАС отклонила довод государственного органа концедента о том, что процедура по сбору заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения не является процедурой проведения торгов и что у Новосибирского УФАС России отсутствуют правовые основания для рассмотрения жалобы в порядке, предусмотренном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, и полномочия на выдачу предписаний концеденту. Комиссия УФАС рассмотрела по существу жалобу, поданную заявителем в порядке ч. 4.9 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях, и признала ее необоснованной¹.

К такому же выводу пришло Забайкальское УФАС в Решении от 09.10.2017 по делу № 02–05–16–2017.

¹ <http://solutions.fas.gov.ru/to/novosibirskoe-ufas-rossii/b-n-c5b26b5a-da50-4d43-9838-7d5309e788be>

Таблица 2. Практика антимонопольных органов относительно признания ЧКИ конкурсной процедурой

Региональные управления ФАС России	Случаи признания ЧКИ конкурсной процедурой и рассмотрения жалоб в порядке ст. 18.1	Случаи непризнания ЧКИ конкурсной процедурой и отказа в рассмотрении жалобы в порядке ст. 18.1
Амурское УФАС	1	
Астраханское УФАС		2
УФАС по Забайкальскому краю	2	
Ивановское УФАС	1	
Иркутское УФАС	1	
Калужское УФАС		1
Карельское УФАС		2
Краснодарское УФАС	1	
Новосибирское УФАС	1	
Хакаское УФАС	1	1
Челябинское УФАС		1
Всего	8	7

Жалоба на отказ в принятии заявки, поданной в соответствии с ч. 4.9 ст. 37 Закона о концессионных соглашениях, была рассмотрена комиссией УФАС по существу в связи с отсутствием определенных ч. 9 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции оснований для возврата таковой заявителю².

Подобный вывод содержится в решениях Амурского УФАС России от 06.12.2017 по делу № Т-43/2017³ и Хакаского УФАС от 23.08.2017 по делу № 57-Т⁴.

Другие территориальные управления делают прямо противоположный вывод, признавая, что ЧКИ не является процедурой торгов, из чего следует, что у антимонопольного органа отсутствуют полномочия на рассмотрение жалоб, поданных в рамках ЧКИ.

Согласно Решению Челябинского УФАС от 16.08.2016 по делу № 42-07-18.1/16⁵ порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и правил заключения договоров регламентирован ст. 18.1 Закона о защите конкуренции. Поскольку администрацией не проводились торги на право заключения концессионного соглашения, жалоба не может быть рассмотрена в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции. Рассмотрение жалобы, поданной в рамках ЧКИ, было прекращено без вынесения решения.

Хакаское УФАС Решением от 14.09.2017 по делу № 64-Т⁶ прекратило рассмотрение жалобы,

поскольку сбор заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения не является процедурой торгов и, соответственно, у комиссии Хакаского УФАС отсутствуют правовые основания для рассмотрения жалобы в порядке, предусмотренном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

К такому же выводу пришли Карельское УФАС России в Решении от 01.12.2016 № 04-45/60-2016⁷, Астраханское УФАС в Решении от 15.08.2017 по делу № 52-НТ-04-17⁸, Калужское УФАС в Решении от 16.02.2016 по делу № 02/03т/2016⁹.

Статистические данные относительно практики антимонопольных органов по поводу признания или непризнания ЧКИ конкурсной процедурой приведены в табл. 2.

Недоступность административного порядка рассмотрения жалоб в ходе ЧКИ, установленного ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, а также неопределенность по иным вопросам, описанным в настоящей статье, делают процедуру ЧКИ непривлекательной как для инициатора — частного партнера, так и для публичного образования. Наилучшим решением данных проблем представляется внесение дополнений в законодательство, однако вопрос может быть решен и посредством разъяснений для территориальных управлений и участников рынка со стороны федеральных органов власти.

² <http://solutions.fas.gov.ru/to/zabaykalskoe-ufas-rossii/02-05-16-2017>

³ <http://solutions.fas.gov.ru/to/amurskoe-ufas-rossii/t-43-2017>

⁴ <http://solutions.fas.gov.ru/to/hakasskoe-ufas-rossii/57-t-7a3cd589-469b-44ca-b4eb-a21a09e1f165>

⁵ <http://solutions.fas.gov.ru/to/chelyabinskoe-ufas-rossii/42-07-18-1-16>

⁶ <http://solutions.fas.gov.ru/to/hakasskoe-ufas-rossii/64-t>

⁷ <http://solutions.fas.gov.ru/to/karelskoe-ufas-rossii/04-45-60-2016>

⁸ <http://solutions.fas.gov.ru/to/astrahanskoe-ufas-rossii/52-nt-04-17>

⁹ <http://solutions.fas.gov.ru/to/kaluzhskoe-ufas-rossii/02-03t-2016>