



#115-ФЗ изменения

#Концессии изменения в 2023

#01.10.2023

Закон о КС	Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ "О концессионных соглашениях".
296-ФЗ	Федеральный закон от 10.07.2023 № 296-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации".
Концессионное соглашение	Это соглашение, в соответствии с которым инвестор (концессионер) создает недвижимость / объект недвижимости и связанный с ним объект движимого имущества / разрабатывает программное обеспечение, право собственности на которое будет принадлежать государству / субъекту федерации / муниципалитету (концеденту), а концедент на срок действия соглашения передает в эксплуатацию инвестору объект соглашения.
МГД	Минимальный гарантированный доход - возмещение недополученных концессионером доходов от использования объекта (эксплуатации) объекта концессионного соглашения.
Капитальный грант	Финансирование части расходов на создание/реконструкцию объекта концессионного соглашения, осуществляемое на инвестиционной стадии (этапе создания/реконструкции).
Плата концедента	Возмещение и/или финансовое обеспечение расходов концессионера на создание/реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также иного передаваемого концедентом имущества, осуществляемое на эксплуатационной стадии.
Концедент	публичный партнер (Российская Федерация, регион или муниципалитет).
Концессионер	Частный партнер (инвестор).
Концессионная плата	Плата, вносимая концессионером концеденту в период использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения.
ФОИВ	Федеральный орган исполнительной власти.

Фундаментальные изменения в 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» № 296-ФЗ в Закон о КС

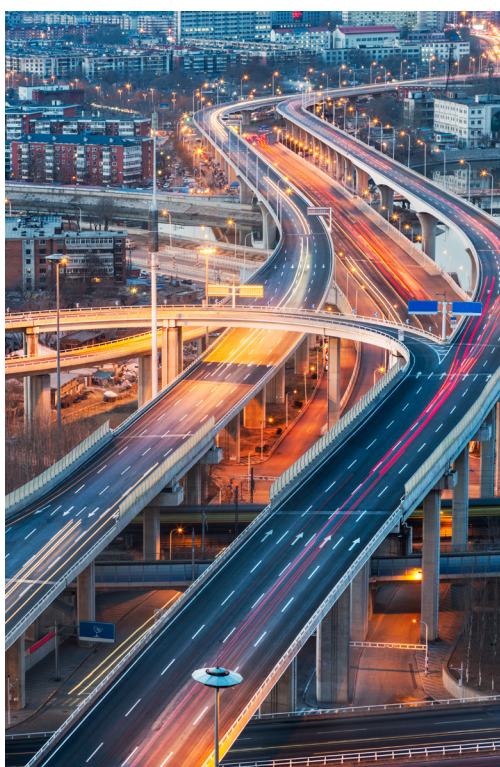
Данные изменения носят комплексный характер и существенным образом затрагивают механизмы реализации концессионных соглашений, в том числе, в транспортной отрасли.

В соответствии со статьей 4 Изменений данный документ вступает в силу с 1 октября 2023 года, за исключением отдельных положений, вступающих в силу в иные сроки.

Рассмотрим наиболее важные изменения, регулирующие концессионные соглашения в автотранспортной отрасли.

1

Об определении круга соглашений, к которым Изменения применимы



Важным вопросом является применение Изменений к заключенным концессионным соглашениям, а также к концессионным соглашениям, в отношении которых проводятся процедуры по их заключению.

В отношении заключенных на момент вступления в силу Изменений концессионных соглашений установлено правило, что Изменения на такие концессионные соглашения не распространяются (ч.5 ст.4 Изменений).

Что касается соглашений, в отношении которых проводятся процедуры по их заключению, то если сообщения о проведении конкурсов на право заключения концессионных соглашений были размещены на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации, до дня вступления в силу Изменений либо приглашения принять участие в которых были направлены **до дня вступления в силу Изменений**, завершаются по правилам, которые действовали на день размещения таких сообщений либо направления таких приглашений (ч.3 ст.4 Изменений).

Если концессионное соглашение заключается на основании частной концессионной инициативы, то Изменения не применяются, если предложение о заключении концессионного соглашения было размещено на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации, если указанные предложения были размещены до дня вступления в силу Изменений (ч.4 ст.4 Изменений).

Соответственно, если соответствующие сообщения публикуются после вступления в силу Изменений, то порядок заключения таких соглашений регулируется Законом о КС с учетом Изменений.

2

О регулировании финансового участия концедента

Ключевая новелла Изменений заключается в введении понятия «финансового участия концедента» (ст.10.1 Закона о КС). Изменениями установлена возможность участия концедента в финансировании концессионных соглашений с использованием одной или нескольких из установленных Изменениями форм:

- **Капитальный грант**
- **Плата концедента**
- **МГД**



Следует отметить, что перечень финансового участия концедента является закрытым, что подразумевает отсутствие иных возможностей для финансового участия концедента.

Также обращаем внимание, что Изменениями жестко закреплено, что выплата капитального гранта осуществляется на инвестиционной стадии, а выплата платы концедента – на эксплуатационной стадии реализации концессионного соглашения.

Следующим важным моментом является определение предельных значений капитального гранта и общего объема финансирования концедента.

В соответствии с подп.1 п.1 ст.10.1 Закона о КС размер капитального гранта не может превышать восемьдесят процентов расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Таким образом, участие концессионера в финансировании строительства/реконструкции должно составлять не менее 20 процентов.

При этом, остается открытым вопрос, каким образом в указанной пропорции должен учитываться возмещенный концессионером НДС, уплаченный подрядчикам за выполнение строительных работ. Денежный поток в виде возмещенного концессионером НДС может не учитывается в указанной пропорции, однако, рекомендуется для снижения рисков до формирования официальной практики применения указанного положения в решении о заключении концессионного соглашения закреплять «судьбу» возмещенного НДС (учитывается/не учитывается, кому передается либо распределяется в пропорциях, направляется ли на финансирование проекта в последующем (на какие цели)).

Изменения также устанавливают ограничения на предельный размер финансового участия концедента в целом (то есть, с применением всех форм финансового участия).

В п.2 ст.10.1 Закона о КС определен предельный размер финансового участия концедента в проекте (по всем трем формам участия), который должен быть меньше общего размера расходов на создание/реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также на его эксплуатацию.

Изменениями установлен также открытый перечень расходов концессионера, учитываемых при определении общего размера расходов на создание/эксплуатацию объекта концессионного соглашения (которые должны быть обоснованными и документально подтвержденными).

Так, к таким расходам могут быть отнесены:

- расходы на уплату процентов и иных платежей по кредитам (займам),
- страхование риска случайной гибели и (или) случайного повреждения объекта концессионного соглашения и иного имущества,
- обеспечение исполнения концессионером обязательств по концессионному соглашению.

Исходя из приведенного регулирования, можно отметить следующие проблемные моменты, с которыми могут столкнуться стороны при реализации концессионных соглашений:

Во-первых!

Поскольку перечень принимаемых расходов является открытым, включение в общий перечень расходов концессионера затрат, прямо не поименованных в Изменениях, может привести к разногласиям с проверяющими органами. Так, например, возможность учета расходов на содержание специальной проектной компании в настоящее время находится «в серой зоне».

Во-вторых!

Поскольку закон о концессиях говорит о том, что расходы должны быть обоснованы и документально подтверждены, также на практике может привести к разногласиям с проверяющими органами. В данном случае вопросы у проверяющих могут возникать как по «рыночности» стоимостных показателей расходов (в том числе на привлечение как заемного, так и акционерного финансирования, на обслуживание специальной проектной компании), так и по их документальному подтверждению. В последнем случае речь идет, в частности, о том, что параметры финансового участия концедента формируются на этапе заключения концессионного соглашения, в то время как стоимостные параметры финансового закрытия формируются, как правило, после подписания концессионного соглашения, в связи с чем на этапе подписания концессионного соглашения еще могут быть не известны в полной мере общий размер расходов на создание/реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также на его эксплуатацию.

В-третьих!

Поскольку общий объем финансового участия концедента должен быть ниже совокупного размера расходов на создание и эксплуатацию объекта концессионного соглашения, то после вступления в силу Изменений критически затруднена реализация концессионных соглашений с использованием схемы эксплуатационной концессии, поскольку указанная форма была основана на полном возмещении инвестиционной и эксплуатационной стоимости объекта соглашения концессионеру, т.е. суммарно капитальный грант и плата концедента были не меньше, а равны инвестиционной и эксплуатационной стоимости объекта.

Это означает, что в эксплуатационных концессиях (с платой концедента) компенсация отдельных расходов должна осуществляться за счет источников концессионера, которые являются невозвратными (то есть, не компенсируются концедентом).

В этой связи возникает как вопрос, связанный с определением размера таких расходов, который будет признан приемлемым для целей соблюдения условий законодательства, так и вопрос, связанный с определением источника покрытия таких расходов концессионером.

В первом случае определение размера некомпенсируемых концессионеру расходов подлежит установлению практикой применения, хотя очевидно, что при определении такого размера в абсолютной величине (1 руб., 1 млн. руб.) с высокой долей вероятности может привести к спорам с проверяющими. Это обусловлено тем, что, принимая во внимание высокий объем затрат по автодорожным концессионным проектам определение расходов в абсолютном выражении может составлять незначительную величину при соотношении с общей стоимостью проекта, что будет приводить к признанию такого условия как фиктивного.

В качестве возможного варианта до формирования правоприменительной практики видится определение конкретного вида расходов концессионера, некомпенсируемого концедентом, с закреплением указанного условия в решении о заключении концессионного соглашения.

Что касается второго случая, то необходимо отметить, что поскольку концессионер - специальная проектная компания, у него отсутствуют источники дохода вне деятельности по проекту.

Очевидно, что получение заемного финансирования на такие расходы не представляется возможным в связи с отсутствием с источником их покрытия.

Привлечение акционерного финансирования также представляется проблематичным, поскольку цель акционеров в участии в концессионном проекте - получение прибыли, а не формирование убытков. Кроме того, акционеры и так несут риски неполучения прибыли в случае дефолта как проекта в целом, так и отдельных обязательств по нему.

В качестве возможного варианта решения сложившейся ситуации является вариант передачи концессионеру права осуществления деятельности, связанной с реализацией проекта, но не относящейся к эксплуатации объекта концессионного соглашения и иного имущества концедента. А иная деятельность, связанная с объектом КС.

Так, например, в качестве источника покрытия некомпенсируемых концедентом расходов может выступать предоставление концессионеру права создавать и эксплуатировать объекты придорожного сервиса (с закреплением указанного права в решении о заключении концессионного соглашения).

Подытоживая сказанное, можно констатировать, что после вступления в силу Изменений единственным вариантом реализации автодорожных концессий на региональном уровне остается реализация концессий с механизмом прямого сбора платы (в пользу концессионера).

Отдельные ограничения установлены в Изменениях для МГД (п.3 ст.10.1 Закона о КС).

Общий объем МГД не может превышать размер определенного концессионным соглашением МГД за вычетом фактически полученных доходов концессионера от использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения, а также за вычетом доходов в виде субсидий и иных платежей, полученных концессионером по концессионному соглашению из бюджетов бюджетной системы Российской Федерации либо от юридических лиц, созданных на основании федерального закона.

В данной связи возникает вопрос о необходимости учета при расчете МГД размера возмещенного концессионером НДС.

Поскольку возмещение НДС является по своей правовой природе платежом из федерального бюджета, есть основания полагать, что указанное положение Закона о КС будет трактоваться как предусматривающее необходимость учета возмещенного концессионером НДС при расчете МГД (консервативное толкование). Однако нельзя исключить возможность и более мягкого толкования, при котором под такими платежами будут пониматься только те платежи, выплата которых осуществляется непосредственно по условиям соглашения (т.е. суммы возмещенного НДС учитываться не должны).

Также следует отметить, что подобная оговорка, обязывающая учитывать денежный поток в виде возмещенного Концессионером НДС при определении предельного размера финансирования Концедента по иным формам финансового участия Концедента (выплата капитального гранта либо платы концедента), в Законе о КС отсутствует.

3

О регулировании особых обстоятельств



Законодательно впервые закреплена возможность (но не обязательность) использования механизма особых обстоятельств в концессионных соглашениях, что позволило полностью сделать легитимным применение указанного механизма при реализации концессионных соглашений и исключить риск их оспаривания.

В соответствии с подп. 10.1 п.11 ст.12 Закона о КС концессионное соглашение наряду с существенными условиями может содержать иные не противоречащие законодательству условия, включая **«обстоятельства, наступление которых может привести к неисполнению или ненадлежащему исполнению концессионером обязательств по соглашению и (или) возникновению у него дополнительных расходов и (или) недополученных доходов по соглашению, связанных с наступлением указанных обстоятельств, а также последствия наступления обстоятельств, к которым может относиться в том числе, обязательство концедента по возмещению таких дополнительных расходов и (или) компенсации таких недополученных доходов концессионера»**.

Таким образом, Изменениями дано как определение особых обстоятельств, так и установлены возможные последствия наступления таких обстоятельств. Перечень последствий является открытым, в качестве ключевого указано право концессионера требовать возмещение дополнительных расходов/компенсацию недополученных доходов. При этом иное часто встречающееся последствие наступления особых обстоятельств - увеличение срока исполнения обязательств концессионера, - прямо не указано, что также не снимает возможность возникновения споров с проверяющими.

4

О концессионной плате



Изменениями установлено отсутствие обязанности в обязательном порядке устанавливать концессионную плату по концессионному соглашению.

В действующей редакции Закона о КС концессионная плата устанавливается, если она предусмотрена концессионным соглашением.

5

О внесении изменений в концессионное соглашение



Изменениями дополнен перечень оснований для изменения условий региональных и местных концессионных соглашений, требующих получение согласования антимонопольного органа.

Если до вступления в силу Изменений согласие антимонопольного органа требовалось в случае изменения существенных условий концессионного соглашения, то после вступления в силу Изменений такое согласие требуется также в случае изменение условий концессионного соглашения, определенных на основании конкурсного предложения концессионера по критериям конкурса.

При этом установлено исключение - согласие антимонопольного органа не требуется, если:

- концессионное соглашение заключено без конкурса с концессионером, определенным решением Правительства РФ;
- не изменяются условия финансового участия концедента в части используемых в концессионном соглашении форм финансового участия концедента и;
- не изменяется общий размер денежных обязательств концедента в рамках финансового участия концедента и;
- нет переноса сроков осуществления финансового участия концедента на более ранний срок.

6

О подаче частной концессионной инициативы

Изменениями уточнена процедура подачи частной концессионной инициативы (п.4.7 - 4.12 ст.37 Закона о КС).

Одним из ключевых изменений, направленных на поощрение потенциальных инвесторов подавать соответствующие инициативы, стало решение вопроса о компенсации расходов инициатора на подготовку частной инициативы в ситуации, когда концессионное соглашение заключается не с инициатором.



В ч.4.9-3 ст.37 Закона о КС установлено, что **«в конкурсной документации может быть предусмотрена обязанность лица, с которым заключено концессионное соглашение, возместить лицу, выступившему с инициативой заключения концессионного соглашения, расходы на подготовку предложения о заключении концессионного соглашения в размере, не превышающем предельного размера расходов, установленного Правительством Российской Федерации.**

Расходами на подготовку предложения о заключении концессионного соглашения признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты. Размер, порядок и срок возмещения расходов на подготовку предложения о заключении концессионного соглашения устанавливаются конкурсной документацией, а также в концессионном соглашении».

7

О сроках предоставления земельных участков

До вступления в силу Изменений действовало правило, в соответствии с которым концедент обязан был исполнить обязанность по предоставлению земельных участков в течение 60 рабочих дней с даты заключения концессионного соглашения, если иные сроки не установлены конкурсной документацией.

Поскольку зачастую на этапе проведения конкурса определить точные сроки предоставления земельных участков не представлялось возможным, на практике в условиях концессионных соглашений сохранялись 60-дневные сроки, что зачастую приводило к возникновению особых обстоятельств. Кроме того, при заключении концессионных соглашений на основании частной концессионной инициативы у публичной стороны отсутствовала возможность изменить указанный срок.

В действующей редакции п.1 ст.11 Закона о КС положения о сроках предоставления земельных участков исключены.

8

О контроле концедента



Изменения внесли корректировки в название статьи 9 Закона о КС.

Если прежнее название звучало «Статья 9. Права концедента на осуществление контроля за исполнением концессионного соглашения», то теперь в Законе о КС указано «Статья 9. Осуществление концедентом контроля за исполнением концессионного соглашения».

При этом сами условия статьи 9 Закона о концессионных соглашениях принципиальных изменений не претерпели.

Указанное изменение направлено на исключение имевшейся в практике применения неоднозначности, при которой регионы периодически не осуществляли надлежащий контроль за исполнением концессионного соглашения, ссылаясь на то, что это их право.

Согласно текущей редакции закона, по сути, подчеркнута ответственность публичной стороны за необходимостью надлежащего и полного осуществления такого контроля.

9

Иные изменения

В настоящей статье приведен не исчерпывающий перечень изменений в концессионное законодательство, а лишь тех, которые, по мнению Консультанта, являются наиболее значимыми для целей реализации региональных концессионных соглашений в автотранспортной отрасли.