

ГЧП в автодорожном секторе: текущее состояние и перспективы



А. А. Давыдова,
юрист международной
юридической фирмы
«Герберт Смит Фрихилз»

Попытки внедрить в российскую экономику механизм государственно-частного партнерства (ГЧП) предпринимаются на протяжении последних 10 лет, однако экономическая нестабильность, непоследовательность политических решений и недостаточная проработанность законодательства препятствуют развитию института ГЧП в России. Долгое время новые проекты ГЧП не запускались, сроки реализации уже запущенных проектов переносились. В этом отношении 2013 г. стал переломным и продемонстрировал, что ГЧП в автодорожном секторе по-прежнему актуально и востребовано.

Мировая практика показывает, что наиболее востребованы инструменты ГЧП именно в транспортном секторе, и в этом отношении Россия – не исключение. Первыми крупными успешными проектами стали проекты в аэропортовой и дорожной сфере – реконструкция аэропорта «Пулково», строительство трассы Москва – Санкт-Петербург на участке 15-58, участка трассы М1 «Беларусь», «Западного скоростного диаметра» в Санкт-Петербурге.

Почему именно ГЧП

Безусловно, все социально значимые объекты могут быть построены или реконструированы в рамках государственных закупок, однако государственные контракты зачастую неприемлемы в связи со стопроцентной нагрузкой на бюджет, отсутствием возможности расчетов с инвестором по длительной рассрочке на стадии эксплуатации построенного им объекта. Кроме того, законодательство по государственным закупкам не ориентировано на

ФОТО: СЕРГЕЙ ТЮРИН



сложные инфраструктурные проекты, предусматривающие сложный механизм возникновения прав и обязательств в отношении объекта, а также распределения проектных рисков между публичной и частной сторонами.

ГЧП особенно актуально в дорожном секторе, потому что только в рамках ГЧП организация, привлеченная для строительства (реконструкции) объекта, принимает на себя не только строительные, но и эксплуатационные риски. Частный партнер в течение длительного срока после завершения строительства либо использует построенную им автомобильную дорогу по целевому назначению, либо принимает на себя обязательства по ее техническому обслуживанию. И в том, и в другом случае увеличение расходов на капитальный и текущий ремонт автомобильной дороги – риски частного партнера. Таким образом, мотивация инвестора в качественном строительстве в проекте ГЧП намного выше, чем при размещении государственного заказа, поскольку в рамках последнего подрядчик получает полный расчет за выполненные им строительные работы сразу же после подписания государством акта приемки.

Правовое регулирование ГЧП в России

Инфраструктурный проект в большинстве случаев требует заключения между государством и частным инвестором долгосрочного договора, действие которого охватывало бы весь период реализации проекта: инвестиционное привлечение финансирования, строительство / реконструкцию и последующую эксплуатацию объекта.

Непременное условие таких договоров о ГЧП, как любого другого соглашения, – баланс интересов договаривающихся сторон. В связи с этим создание правового поля для ГЧП как механизма, позволяющего реализовывать инфраструктурные проекты на основе взаимовыгодного распределения прав, обязанностей и рисков, уже давно стало одной из наиболее важных потребностей российской экономики.

Закон о концессионных соглашениях

Единственным в России специальным законом, регулирующим ГЧП на федеральном уровне, остается принятый в 2005 г. Закон о концессионных соглашениях [1], устанавливающий поряд-

док и условия заключения концессионных соглашений. Надо признать, что он регулярно подвергается критике и пока не получил должного широкого применения. Это связано в том числе с содержащимися в нем ограничениями возможностей гибкого структурирования проектов и излишне регламентированной процедурой отбора концессионера.

Следует отметить, что в отношении автомобильных дорог в апреле 2012 г. в Закон о концессионных соглашениях были внесены позитивные изменения, и некоторые общие ограничения реализации концессионных проектов в дорожном секторе были сняты. В частности, только в рамках автодорожных проектов публичной стороне разрешается компенсировать затраты концессионера в полном объеме. Это очень важно, поскольку в большинстве случаев инфраструктурные проекты не могут окупаться за счет потребителей.

Указанные изменения в Законе в концессионных соглашениях позволили концеденту полностью компенсировать все расходы концессионера на строительство и эксплуатацию автомобильной дороги для случаев, когда концессионер не может получить такую компенсацию от потребителей (бесплатные автомобильные дороги).

К сожалению, изменения имели не только положительный эффект. Новая формулировка пункта 13 статьи 3 Закона не позволяет заключать концессионное соглашение, по условиям которого концессионер может самостоятельно осуществлять сбор платы за проезд в свою пользу и при этом обращаться к концеденту за финансовой поддержкой в случае, если объема собираемых за оплату проезда средств недостаточно для окупаемости проекта. Указанная норма необоснованно императивно установила, что если концедент перечисляет концессионеру какую-либо плату за концессионное соглашение, то концессионер не вправе взимать с иных лиц плату за использование автомобильной дороги.

Тем самым внесенные изменения стали препятствием для реализации самого востребованного вида концессионных проектов, предполагающего распределение между сторонами риска спроса и лишь частичную финансовую поддержку со стороны концедента. Проекты ГЧП, при которых возврат частных инвестиций в строительство платной автомобильной дороги предполагается

только за счет ее эксплуатации и платы потребителей, без финансовой поддержки государства, не являются работоспособными.

Однако наиболее существенный недостаток Закона заключается в том, что он не допускает разнообразия форм концессионных соглашений, устанавливая, что концессионные соглашения могут заключаться только в рамках одной модели ГЧП – модели ВТО (Build–Transfer–Operate, «строй–передай–управляй»). Модель ВТО предполагает, что в течение срока концессионного соглашения инвестор (концессионер) должен осуществить строительство (реконструкцию) и эксплуатацию объекта концессионного соглашения, право собственности на который сохраняется за публичным образованием (концедентом). Возможность иного сочетания прав и обязанностей сторон концессионного соглашения законодательством не предусмотрена.

Иные формы ГЧП. Региональные законы

Необходимость реализации иных форм ГЧП подтверждает тот факт, что даже в отсутствие специального законодательства о ГЧП на федеральном уровне регионы России в порядке опережающего правового регулирования принимают собственные законы, расширяющие диапазон их возможного участия в проектах государственно-частного партнерства. Один из наиболее успешных результатов регионального законодательства с точки зрения и правового инструментария, и практики применения – Закон Санкт-Петербурга «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частном партнерстве» [2]. На его основе структурированы и реализуются хорошо известные рынку проекты реконструкции аэропорта «Пулково», строительства завода по переработке твердых бытовых отходов, строительства автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр» и другие.

С одной стороны, реализация подобных проектов не требует обязательного наличия регионального закона о ГЧП – она возможна и на основе общего принципа гражданского законодательства о свободе договора, а также общих полномочий по управлению и распоряжению имуществом субъектов РФ [3]. Однако отсутствие какой бы то ни было законодательной базы, определяющей возможности ГЧП в регионе, неприемлемо прежде всего для инвестора и

банков. Можно сказать, что принятие региональных законов о ГЧП было во многом обусловлено стремлением создать некий политический комфорт для финансирующих организаций.

Позднее практика принятия законов субъектов РФ о ГЧП и уже имеющийся опыт их применения продемонстрировали, что одного только регионального законодательства явно недостаточно для активного использования механизмов ГЧП в российской экономике.

Во многих регионах законы о ГЧП не принимались или полностью дублировали уже имеющиеся положения федерального законодательства ввиду высоких рисков их оспаривания контролирующими органами. Уже на стадии обсуждения законопроектов представителями прокуратуры и управлений Федеральной антимонопольной службы высказывались определенные опасения. В основном они сводились к тому, что принятие регионального закона о ГЧП вторгается в сферу регулирования гражданских отношений и превышает полномочия субъекта РФ. Кроме того, нередко утверждалось, что до принятия федерального закона о различных формах ГЧП сделки о строительстве объектов инфраструктуры между публичным

образованием и частным лицом могут структурироваться только на основе Закона о концессионных соглашениях или законодательства о государственных закупках. По распространенному мнению контролирующих органов, договоры, в основе которых предполагается неконцессионная модель ГЧП, следует признавать недействительными как противоречащие условиям, определенным федеральным законодательством для концессионных соглашений или государственных контрактов.

Однако если на запуске первых проектов ГЧП риски оспаривания соглашений о ГЧП были сугубо теоретическими, не подтвержденными каким-либо мнением суда, то в последнее время, к сожалению, принято достаточное количество судебных решений, в которых был применен Закон о концессионных соглашениях, несмотря на то что стороны заключали инвестиционный (а не концессионный) договор. В качестве примеров таких судебных решений можно привести Постановления ФАС Уральского округа от 3 сентября 2012 г. № Ф09-6746/12 по делу № А50-22136/2011 и от 6 июля 2011 г. № Ф09-3353/11 по делу № А50-18951/2010; Постановление ФАС Уральского округа от

14 февраля 2012 г. № Ф09-9224/11 по делу № А50-7082/2011.

Есть и судебная практика о пере-квалификации региональных соглашений о ГЧП в договоры подряда (закупки для государственных нужд). В недавно принятом Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 14 марта 2013 г. по делу № А28-10757/2012, которое было поддержано кассационной инстанцией, суд установил необходимость применения законодательства о размещении государственного заказа к соглашениям о ГЧП, заключенным на основе регионального Закона Кировской области о ГЧП.

Судебные решения о недействительности договоров ввиду неприменения законодательства о концессионных соглашениях или о государственных закупках в большинстве случаев были обусловлены нарушениями порядка распоряжения уже существующим государственным имуществом или порядка финансирования инвестора с точки зрения бюджетного законодательства. Тем не менее, само по себе наличие негативных судебных решений уже служит сигналом о необходимости создания на федеральном уровне соответствующей законодательной базы, позволяющей реализовывать различные формы ГЧП.

Нельзя забывать о том, что до настоящего времени в действующем законодательстве отсутствует само понятие государственно-частного партнерства. Соответственно, в земельном, антимонопольном и бюджетном законодательстве нет положений, учитывающих специфику проектов ГЧП. Поэтому их реализация на основе регионального закона при отсутствии соответствующих норм на федеральном уровне связана также с рисками оспаривания конкурсных процедур и предоставления имущества, находящегося в государственной собственности субъектов РФ, а также с рисками неисполнения финансовых (бюджетных) обязательств публичного партнера.

Проект федерального закона о государственно-частном партнерстве

Дискуссии о недостаточной проработанности законодательства о ГЧП при очевидной потребности в использовании этого механизма привели к тому, что 13 марта 2013 г. Правительством РФ был подготовлен и внесен в Государственную Думу РФ проект федерального



ФОТО: СЕРГЕЙ ТЮРИН

закона «Об основах государственно-частного партнерства в Российской Федерации». 26 апреля 2013 г. он принят в первом чтении.

В настоящее время законопроект активно обсуждается и поддерживается представителями государственных структур, банков и бизнеса, а также экспертами в области права и финансов. Есть у законопроекта и противники, которые полагают, что его формулировки будут способствовать произволу на местах, коррупции и обходу принципов антимонопольного законодательства. Такая позиция связана с тем, что законопроект предусматривает открытый перечень форм ГЧП, не ограничивает жестко стороны соглашения о ГЧП в определении своих прав и обязанностей, а также не содержит детально прописанной обязательной процедуры проведения конкурса на право заключения соглашения о ГЧП. Представляется, что на этапе доработки законопроекта очень важно сохранить эти заложенные в нем принципы: оставить свободу субъектам РФ и муниципальным образованиям в определении форм и условий их участия в проектах ГЧП. В противном случае будет принят второй Закон о концессионных соглашениях, который очень сложно использовать на практике ввиду огромного количества вышеуказанных ограничений и запретов. Открытый перечень форм ГЧП – одно из основных преимуществ законопроекта и главное условие широкого применения закона в случае его принятия.

Проект закона о ГЧП имеет ряд недоработок, которые в настоящее время устраняют эксперты по ГЧП при подготовке документа ко второму чтению. Однако несмотря на необходимость данной работы, в целом законопроект отвечает основным международным принципам и должен дать существенный толчок для развития института ГЧП в российской экономике.

Первый региональный концессионный проект в дорожной сфере

1 октября 2013 г. в рамках Инвестиционного форума ВТБ Капитал «Россия зовет!» состоялась церемония подписания соглашения по концессионному проекту строительства мостов через реки Кама и Буй в Удмуртской Республике. Трехстороннее соглашение о взаимодействии Удмуртской Республики, ВТБ

и концессионера засвидетельствовало финансовое закрытие (в терминологии концессионного соглашения) проекта, которое ожидалось с мая 2012 г.

Как уже отмечалось, Закон о концессиях для целей строительства крупных автомагистралей применялся редко – лишь в нескольких федеральных проектах. Строить Орловский тоннель в Санкт-Петербурге также предполагалось на базе концессионного соглашения, однако привлечь финансирование под проект в необходимых объемах не удалось. Проект в Удмуртии можно считать первой региональной концессией в транспортном секторе, а для региона – одной из самых амбициозных и важных задач. Инвестиции в проект в объеме 14 млрд руб. ожидаются из трех источников: Российской Федерации, Удмуртской Республики и от частного инвестора.

Объект концессионного соглашения – участок автодороги Ижевск – Сарапул – Камбарка, мостовой переход через реку Кама у города Камбарка (длина 1081,6 м), участок автодороги Камбарка – граница Башкирии, мостовой переход через реку Буй (длина 223,5 м), а также пункты для взимания платы с владельцев автотранспортных средств. После завершения строительства объект будет оформлен в собственность республики Удмуртия и передан концессионеру на 49 лет для его технического обслуживания и взимания платы за проезд по платным секциям (мостам).

Концессионер по проекту был определен по итогам конкурса, им стало простое товарищество «Консорциум „Региональная инвестиционная компания“». Несмотря на то что Закон о концессионных соглашениях прямо предусматривает возможность участия на стороне концессионера простого товарищества, на практике консорциумы для участия в российских ГЧП предпочитали создавать специальные проектные компании. Заключая соглашение о ГЧП в одном лице, инвесторам проще структурировать смежные сделки, кредитно-обеспечительную документацию, привлечь банковское финансирование и подрядчиков. В связи с этим долгое время стороны проекта не могли добиться окончательной договоренности об условиях концессионного соглашения. Республиканские власти считали их слишком рискованными для бюджета региона, интересы инвесторов были недостаточно защи-

щены, соответственно, привлечь заемное финансирование долгое время не удавалось. Кроме того, как показывают реализуемые в России капиталоемкие проекты, трехсторонние соглашения с банками обычно регулируются английским правом. Подчинение прямых соглашений российскому законодательству может быть сопряжено с некоторыми юридическими рисками, связанными с недостаточной гибкостью российского права. В России отсутствует практика правоприменения некоторых стандартных для проектного финансирования принципов, юридических концепций, которые признаются и защищаются в рамках иностранного, например английского, права. Однако поскольку все договоры по проекту следовало структурировать по российскому праву, подписание соглашений с финансирующей организацией откладывалось, срок финансового закрытия проекта неоднократно переносился. Но все же компромиссы были найдены, в начале сентября правительство Удмуртской Республики одобрило пакет изменений в концессионном соглашении, разработанных с учетом позиции банка и концессионера. ВТБ, в свою очередь, продекларировал намерение финансировать проект. Он соответствует основным критериям bankability, и его коммерческое закрытие – еще одно доказательство того, что в регионах России есть возможности привлечения проектного финансирования и перспективы развития ГЧП в дорожном секторе.

Новые дорожные проекты

Федеральное дорожное агентство (Росавтодор) в 2013 г. запустило два крупных концессионных проекта: строительство моста через р. Лена в Якутии и создание системы взимания платы с транспортных средств с разрешенной максимальной массой более 12 т.

24 октября 2013 г. в Росавтодоре состоялась процедура вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе по второму проекту. Срок концессионного соглашения 13 лет, в течение этого срока концессионер обязан создать и начать эксплуатировать систему взимания платы с транспортных средств, имеющих разрешенную максимальную массу свыше 12 т в счет возмещения ущерба, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения. По оценкам специалистов, ориентиро-

вочный объем капиталовложений в проект составляет около 26 млрд руб. Всего на конкурс было подано четыре заявки.

Государственная компания «Российские автомобильные дороги» (Автодор) в преддверии чемпионата мира по футболу также запустила несколько новых проектов строительства автомагистралей.

Одним из наиболее значимых по праву считается строительство скоростной трассы М11 между Москвой и Санкт-Петербургом. В связи с технической сложностью объекта и неподъемным объемом инвестиций, изначально было принято решение о поэтапной реализации проекта. Модель ГЧП, особенности отбора инвестора и соглашения с ним определяются для каждого участка трассы исходя из его специфики и доли бюджетного финансирования. Один из первых этапов строительства трассы, на участке 15–58 км, осуществляется в рамках концессионного соглашения с ООО «Северо-Западная концессионная компания».

В конце августа госкомпания объявила конкурс на шестой этап строительства автомагистрали на участке 334–543 км. Проект инвестиционного соглашения предусматривает обязательство инвестора по строительству и эксплуатации объекта с оформлением его в собственность государства. Плата с пользователей автодороги будет собираться привлеченным госкомпанией оператором, Автодор, в свою очередь, будет осуществлять регулярные платежи в пользу инвестора, компенсирующие его капитальные и текущие затраты. Структурировать сделку по этому участку в соответствии с Законом о концессионных соглашениях инициаторы посчитали нецелесообразным, вероятно, в связи с невысокой долей частных инвестиций. Непосредственного участия и гарантий Российской Федерации в соглашении не предполагается: конкурс одноэтапный и будет проведен согласно положению о закупках ГК «Автодор».

По такой же юридической схеме планируется реализация проекта строительства первого участка Центральной кольцевой автомобильной дороги вокруг Москвы.

На этапе конкурса – и по первому, и по второму проекту – у участников нет возможности представить изменения к утвержденному проекту соглашения, юридический критерий оценки заявок не предусмотрен. Не будет и процедуры переговоров с победителем торгов. Воз-

ФОТО: СЕРГЕЙ ТЮРИН



можно, такие условия конкурса связаны с очень сжатыми сроками, в течение которых дороги должны быть построены. Тем не менее, чтобы привлечь инвесторов в проекты, ГК «Автодор» следует учесть позицию рынка по условиям соглашений и устранить все потенциальные юридические препоны до даты подачи конкурсных предложений.

В последнее время нередки дискуссии о том, что ГЧП в России не развивается и не пользуется популярностью у инвесторов. Однако 3 сентября 2013 г. ГК «Автодор» были вскрыты конверты с заявками по концессионному проекту строительства еще одного участка трассы М11 на 543–684 км. Общая стоимость строительных работ составляет 83,1 млрд руб., из которых как минимум 25 % должны быть профинансированы частным партнером. Намерение участвовать в проекте выразили четыре консорциума (все они прошли предварительный отбор).

Практика показывает, что в предварительной квалификации по капиталоемким проектам ГЧП обычно участвуют 3–6 компаний. Поэтому тот факт, что в ГК «Автодор» и Росавтодор поступило по четыре заявки, свидетельствует о неспадающем интересе к дорогостоящим проектам в России и по-прежнему высокой конкуренция среди инвесторов.

Вскрытие заявок по проектам Автодора и Росавтодора показало также, что за ситуацией на российском рынке ГЧП продолжают следить зарубежные инвесторы. Среди консорциумов-претендентов – французская Vinci, уже зарекомендовавшая себя в российских

проектах, испанский холдинг Sacyr, австралийский фонд Macquarie, крупная австрийская строительная компания Kapsch TrafficCom. Что касается российских компаний, то помимо постоянных участников конкурсов – Газпромбанка, ВТБ, УК «Лидер» – за концессионные контракты готовы побороться не участвовавшие прежде в подобных проектах ОАО «ДСК „АВТОБАН“», ОАО «Навигационно-информационные системы». Появление новых игроков – как зарубежных, так и отечественных – подтверждает, что перспективы развития конкурентной среды для ГЧП в России по-прежнему есть, а инициативы государства по реализации инфраструктурных проектов интересны бизнесу. ■

Литература

1. Федеральный закон от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // Рос. газ. 2005. № 3830.
2. Закон Санкт-Петербурга от 20 декабря 2006 г. N 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частном партнерстве». URL: <http://www.bestpravo.ru/leningradskaya/bz-postanovlenija/m3r.htm> (дата обращения 12.09.2013).
3. Федеральный закон от 06 октября 1999 г. N 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Рос. газ. 1999. URL: <http://www.rg.ru/1999/10/19/fz-284-dok.html> (дата обращения 28.08.2013).