

Вредные советы по ГТТУ



Новосибирск, Рязань, Москва. Инвестор перелистнул страницу и коротко вздохнул. «Все не то. Где мне реализовать мой концессионный проект? Я так никогда не выберу идеальное место». На глаза вдруг попало необычное сочетание букв – Бумагогорск. Решение было принято быстро.

Уже через час инвестор стоял перед небольшим бумажным зданием, на вывеске которого красными буквами было написано: «Корпорация развития ГЧП в Бумагогорске».



Консультация прошла успешно, вопрос о том, где реализовывать проект, больше не возникал. Возникал следующий: что учесть при реализации проекта с применением механизма концессионного соглашения?



Для поиска ответа на этот вопрос инвестору были вручены дополнительные материалы (разумеется, на бумаге превосходного качества): 116-ФЗ и эта книга.

Вредные советы

по ГПЧ



дело № 304-ЭС21-2748



*Вам наивно стал заказчик все объекты доверять?
 Что ж, вы можете спокойно ничего не улучшать.
 Лучше пользуйтесь объектом, получайте барыши.
 Пусть ремонт годами длится, с этим можно не спешить.*

Мэрия доверила инвестору отремонтировать школу-сад, а после разрешила оказывать там образовательные услуги. Но как-то раз, посетив объект с проверкой, чиновники обнаружили, что работы не закончены, а уроки уже проходят. Они подали в суд и потребовали неосновательное обогащение за весь период, когда инвестор пользовался школой.

Позиция истца

Концессионеру разрешалось пользоваться школой только после ремонта, поэтому он должен заплатить.

Позиция ответчика

Мы не должны платить, потому что:

- школа-сад не отремонтирована, а значит, иск преждевременный;
- правовое основание владения есть — концессионное соглашение, поэтому непонятно, при чем тут неосновательное обогащение;
- взыскивать плату по рыночной ставке — это чересчур.

Позиция суда

Неосновательное обогащение взыскать по рыночной ставке. В концессионном соглашении указана концессионная плата за пользование уже отремонтированным зданием.

Комментарий эксперта

Закон позволяет предусмотреть возможность эксплуатировать объект до завершения реконструкции (ч. 1 ст. 10 и ч. 1 ст. 7 № 115-ФЗ). Но концессионную плату надо предусмотреть в соглашении. Ее размер может быть разной на этапе до реконструкции и после.



*Если чините вы телек государству, например,
То чините, не стесняйтесь. Подключением к сети
Вам не надо заниматься: государство пусть само.
Главное при этом, если не покажут НТВ или
«Новости» на Первом,
Потому что гаснет свет,
Промолчите. Или лучше разрешите не платить,
Даже если обещали вам, что будет все не так.*

Инвестор вложил в установку камер видеонаблюдения на дорогах. Его работу оплачивали из собранных штрафов, но оказалось, что техника не всегда работает из-за проблем с электричеством, а значит, денег не будет. Инвестор не понял, в чем его вина, и пошел в суд. Он потребовал выплату задолженности и процентов за пользование чужими денежными средствами в рамках концессии.

Позиция истца

- Сбои чиним быстро.
- Присоединять камеры к сети должен был ответчик.
- Ответчик раньше соглашался с долгом.

Позиция ответчика

Не плачу, потому что:

- камеры систематически не работают;
- государство теряет доход со штрафов из-за поломок камер.

Позиция суда

Долг признать и оплатить.

Комментарий эксперта

Закон № 115-ФЗ не описывает, как распределять риски в концессионном соглашении. Чтобы предусмотреть выход из спорных ситуаций, можно заранее урегулировать их в соглашении, используя применимые нормы гражданского законодательства.

Например, в рассмотренном случае стоило бы определить, на ком лежат риски, связанные с перебоями в работе объекта соглашения.

дело № А62-8040/2017



*Если власти городские денег вам пообещали
За решение многочисленных запущенных проблем,
Не читая договора, соглашайтесь поскорее,
А не то его подпишет ваш ближайший конкурент.*

Инвестор решил заработать на мусоре — заняться культивацией, сортировкой отходов и другими работами на свалке. Сначала все было нормально, он заключил с администрацией города концессионное соглашение и зарабатывал деньги. Но это не понравилось субъекту РФ. Тот подал в суд, чтобы признать концессионное соглашение незаключенным.

Позиция истца

Признайте соглашение незаключенным и возвращайте полигон, потому что:

- нет условий о реконструкции передаваемого объекта, а закапывать и сортировать отходы на свалке — это не реконструкция;
- нет срока действия соглашения, он установлен лишь допсоглашением.

Позиция ответчика

Закон не требует указывать в соглашении конкретные мероприятия.

Позиция суда

Первая инстанция: «Соглашение не заключено, потому что нет условий, которые должны быть по закону. Но отношения между сторонами нужно сохранить. Поэтому давайте это будет договор аренды — заключенный и действительный».

Апелляция и кассация: «Нет, решение первой инстанции отменить, соглашение признать недействительным».

Комментарий эксперта

Существенные условия потому и существенные: без их согласования заключенное соглашение в случае спора будет признано недействительным. При этом сохранить договорные отношения, переключив договор при установлении обязательных требований к процедуре его заключения, невозможно.

04

Устаревший список

дело № 06АП-2783/2022



*Как детей в спортшколе учат:
Очень важно не сдаваться.
Раздобыл объектов список?
Твердо требуй договор.
Если слышишь возраженья,
Что соперник был быстрее,
Это значит лишь, что надо
Понастойчивей просить.*

Инвестор радостно изучал список: «О, перечень объектов, в отношении которых я могу заключить концессионное соглашение! Сейчас что-нибудь выберу». Он обратился к администрации с предложением совершить сделку в отношении конкретных объектов, но получил отказ. Оказалось, что на тот момент спорные объекты уже были переданы в безвозмездное пользование. Возмущенный инвестор пожаловался в ФАС, но получил отказ, который и обжаловал в суде.

Позиция истца

Решение администрации ограничивает конкуренцию, поскольку на один объект есть два претендента.

Позиция ответчика

Когда администрация отказывала инвестору в концессионном соглашении, договор безвозмездного временного пользования с другим лицом уже действовал. Так что позиция истца несостоятельна.

Позиция суда

Перечень объектов, в отношении которых планируется заключение концессионных соглашений, носит информационный характер и не обязывает администрацию заключать концессионные соглашения.

Комментарий эксперта

Даже включенные в список объекты могут передаваться по другим договорам, например по договорам ссуды, как в рассматриваемом споре. Если процедура заключения такого договора близка к завершению, будет считаться, что объекты обременены правами третьих лиц и в отношении них концессионное соглашение не может быть заключено. Чтобы свести этот риск к минимуму, можно сначала в официальном порядке уточнить у уполномоченного органа статус интересующих объектов.

05

Без опыта ремонта

дело № А12-14563/2020



*Инвестировать мечтаешь в очень сложные проекты
И последовал за модой (ну и прибылью) в айти?
Нету опыта? Неважно, доки подавай на конкурс.
Злой заказчик вновь откажет, но, быть может,
ФАС поймет.*

Не получилось с другими сферами — может, успех ждет в IT. Ведь везде пишут, какая это быстрорастущая отрасль экономики. Инвестор узнал, что комитет информационных технологий области проводит конкурс и ищет концессионера на создание и эксплуатацию систем фотовидеофиксации нарушений ПДД. Но в условиях конкурса было требование — иметь опыт гарантийного обслуживания оборудования. У инвестора было все, кроме опыта. И он решил доказать, что это условие незаконно. ФАС его поддержала. Но комитет обратился в суд и успешно оспорил это решение.

Позиция истца

Требование об опыте необходимое и обоснованное.

Позиция ответчика

Конкурсная документация содержит избыточные требования, которые ограничивают участников конкурса.

Позиция суда

Требование к опыту нельзя рассматривать как необоснованное ограничение доступа к участию в конкурсе, ведь инвестору предстоит заниматься эксплуатацией, обслуживанием и ремонтом оборудования.

Комментарий эксперта

Критерий опыта в конкурсной документации допускается, если объект концессионного соглашения с ним связан. Ведь заказчик вправе искать того, кто имеет реальный опыт аналогичных работ и устойчив финансово, а значит, скорее всего, не подведет.



*Можно даже согласиться под работу денег дать,
Можно даже соглашение на бумаге подписать.
Но реально эти деньги вам не надо выделять,
Пусть попробуют сначала часть законов
поменять.*

Инвестор вложил в проект ЖКХ, а власти по соглашению обещали погасить часть расходов. Чтобы получить компенсацию, инвестор заполнил заявление. Тут галочка, там галочка. Но одной галочки не хватало: требовалось отсутствие задолженности по возврату инвестиций в бюджет соответствующего уровня. А у инвестора долги были, и поэтому ему отказали в выплате субсидии. Он отправился в суд.

Позиция истца

Концедент не выплатил деньги, хотя должен был, вот соглашение. Просим взыскать долг.

Позиция ответчика

Истец не выполнил должным образом свои обязательства, в требованиях следует отказать.

Позиция суда

- Нужны два правовых акта: решение о бюджете и акт местной администрации, регламентирующий предоставление субсидий. Концессионного соглашения, чтобы получить субсидию, недостаточно.
- Концессионное соглашение не предусматривает порядок предоставления субсидий и бюджетных инвестиций.
- Инвестор не доказал факт исполнения обязательств по концессионному соглашению.

Комментарий эксперта

Суды нередко отказывают во взыскании платы с концедента, если нет необходимого акта о предоставлении субсидии. Лучше указать принятие или непринятие подобного акта в качестве особых обстоятельств. Это поможет получить компенсацию понесенных расходов с помощью другого (договорного) механизма.

07

Плата на случай расторжения договора

дело № А52-65/2019

*Заключайте соглашения на года и на века,
Никогда не стоит думать о презренном плане «Б».
Просчитал пути отхода? Сразу скажут про тебя,
Что повышена тревожность и к психологу пора.*



Инвестор решил досрочно расторгнуть концессионное соглашение, решив, что оно для него невыгодно. Оно обязывало администрацию компенсировать 95% его расходов. Поскольку инвестор отказывался от сделки досрочно, он отправился в суд, где потребовал возместить все 100% расходов.

Позиция истца

Представленные экономические показатели оказались завышенными и необъективными. Администрация должна возместить все убытки.

Позиция суда

Взыскать 95% расходов, подтвержденных судебной экспертизой. Все остальное — общие хозяйственные траты истца. А то, что проект оказался менее прибыльным, чем рассчитывал инвестор, — это его предпринимательский риск.

Комментарий эксперта

Дело показывает: в концессионное соглашение можно включить положения о компенсации иных расходов на случай досрочного расторжения, а также уменьшить размер взыскиваемых расходов и компенсировать не все 100%.

дело № А55-25845/2020



*Надо делать все пораньше и откладывать нельзя.
Даже если нет гарантий, что проект под вас продлят.
Можно смело тратить деньги, их достаточно у вас,
Для успеха в этой жизни надо оптимистом быть.*

Инвестор договорился с правительством области о строительстве медучреждения, очень обрадовался и сразу приступил к подготовке. Оплатил несколько договоров на подготовительные услуги, проектные работы и так далее. Но в итоге правительство так и не выделило землю под здание, и суд расторг свежеподписанное концессионное соглашение. Справившись с разочарованием, инвестор решил хотя бы отсудить затраты на оплату договоров.

Позиция истца

Оплата по договорам произведена на основании концессионного соглашения. А само оно так и не было исполнено по вине областных властей, которые не предоставили участок.

Позиция ответчика

Мы не обязаны оплачивать убытки, потому что не заставляли заключать эти договоры. И вообще, они подписаны даже до заключения концессионного соглашения. Истцу стоило дождаться и его, и оформления прав на земельный участок.

Позиция суда

Отказать, поскольку договоры на услуги были заключены до концессионного соглашения, а конкурс не требовал от претендентов подобной подготовки.

Комментарий эксперта

Дело подтверждает, что механизма компенсации расходов на подготовку проекта нет. В особенности если концессионер несет эти расходы по своему желанию. Здесь суд ссыался также на условия конкурсной документации: мол, таких требований там не было. А если б и были, крайне маловероятно, что публичная сторона компенсировала бы эти расходы.

дело № А33-27680/2018



Если вас юрист-зануда
Беспокоит днем и ночью:
«Непорядок с договором,
Надо допник подписать»,
Отвечайте ему строго:
«Больше ничего не надо.

Я с Витальцем и Степой
Все на встрече обсудил».

В новом проекте инвестор открыл для себя загадочную комбинацию букв — ТЭП, то есть технико-экономические показатели. В концессионное соглашение инвестора с муниципальным казенным учреждением их почему-то не включили. Хотя потом исправились: подписали «допник», где учли эти показатели. Потом концедент решил признать соглашение незаключенным по причине отсутствия там ТЭПов. Его поддержали антимонопольщики. Но точку поставил суд.

Позиция истца

Соглашение незаключенное, потому что стороны не достигли соглашения по всем существенным условиям. Нет ТЭПов — значит, нет возможности оценить риски и размер капиталовложений. Имущество надо вернуть.

Позиция ответчика

Все согласовано, в иске надо отказать.

Позиция суда

Соглашение надо сохранить, ведь в дополнительном соглашении ТЭПы указаны. После того как стороны его заключили, у них не было претензий или разногласий, значит, все всё одобряют.

Комментарий эксперта

На основе ТЭПов в концессионном соглашении может:

- оцениваться деятельность концессионера по созданию, реконструкции, эксплуатации объекта, в том числе на их основе могут рассчитываться штрафы;
- устанавливаться требования к ремонту объекта и иного имущества;
- рассчитываться гарантированный объем услуг.

На наш взгляд, ТЭПы в концессионном соглашении — необходимость в момент его подписания.

10

План «лучше»

дело № А46-16308/2020



*Исполняют договоры
Лишь ботаники-зануды.
Это чрезвычайно скучно
И невыгодно весьма.
То ли дело схематозы
Настоящих бизнесменов,
Эдак выгоду двойную
С ходу можно получить.*

Инвестор подписал концессионное соглашение по реконструкции старой котельной, но не особенно старался. «Зачем заниматься ремонтом и модернизацией, это одни расходы. Зато нелегальная котельная — вот это интересно», — решил он. Ему удалось четыре года зарабатывать на муниципальном имуществе. Но потом чиновники подали в суд, потребовав расторгнуть концессионное соглашение и взыскать неосновательное обогащение.

Позиция истца

Инвестор не занимался котельной, поэтому она пришла в аварийное состояние, использовать ее невозможно. Несмотря на требования отремонтировать котельную и даже решение суда, ничего не сделано. Учитывая, что инвестор в то же время пользовался имуществом, он получил неосновательное обогащение, которое надо вернуть.

Позиция ответчика

Другую-то котельную мы купили, а значит, соглашение исполнили.

Позиция суда

Иск удовлетворить. Концессионер плохо выполнял свои обязанности, состояние котельной неудовлетворительное, использовать ее по назначению нельзя. Ответчик пользовался имуществом четыре года, но не инвестировал в него и не модернизировал. Довод о другой котельной не принимается, поскольку это, по сути, не котельная, а всего лишь несертифицированный набор оборудования.

Комментарий эксперта

При выполнении обязательств необходимо внимательно следовать условиям соглашения. Если концессионер не вложит инвестиции, то с него могут еще и взыскать расходы, которые понесла публичная сторона.

11

Денег нет, но это не точно

дело № А54-7448/2020



*Нету ничего похвальней,
Чем стремление улучшить
Стояки и теплотрассы
Разных пунктов населенных.
Если власти вам откажут,
Объяснив, что денег мало,*

*Принимать отказ не стоит,
Пусть поищут их еще.*

«Денег нет», — так сказали инвестору в администрации уездного города N. на предложение заключить концессионное соглашение в отношении объектов водоснабжения. Чиновники сослались на ежегодный дефицит бюджета города и перечислили другие причины отказа. Инвестор с этим не согласился и обратился в суд, так как соглашение не предусматривало каких-либо платежей из бюджета.

Позиция истца

Гражданское законодательство обязывает собственника содержать имущество, финансировать подведомственные организации и так далее.

Позиция ответчика

Мы не можем заключить концессионное соглашение, поскольку оно предусматривает целевое финансирование оплаты услуг концессионера и обязанность возмещать его потери в некоторых случаях. А у нас ежегодный дефицит бюджета.

Позиция суда

Принимать на себя часть инвестиционных и эксплуатационных расходов — это право, а не обязанность концедента. При оценке расходов бюджета нельзя ограничиваться только платой концеденту и капитальным грантом, так как могут быть еще обязательные гарантии инвестору по закону. Учитывая дефицит бюджета в городе, иные финансовые обязательства невозможны.

Комментарий эксперта

С одной стороны, дело фактически дает любому публично-правовому образованию с дефицитным бюджетом возможность отказываться на основании отсутствия ресурсного обеспечения даже в проектах, которые полностью реализуются за счет инвестора. С другой стороны, это дело можно использовать как обоснование необходимости предоставить концеденту гарантии для любого реализующегося проекта.

дело № А07-7515/2019



*Если ваш объект законом не был в перечень включен,
То бояться вам не нужно, вам проблемы нипочем.
Проводите смело конкурс, это ведь не в первый раз,
А родной законодатель вмиг подстроится под вас!*

Мэрия доверила инвестору ремонт пищеблоков, заключив с ним концессионное соглашение. При этом еще до заключения мэрия терзалась сомнениями, можно ли в принципе заключить такое соглашение: ведь напрямую закон не относит пищеблоки к объектам концессионного соглашения. Мэрия обратилась за советом в прокуратуру, региональный Минфин, антимонопольный орган, корпорацию развития. Умные люди посоветовали концессионное соглашение не заключать. Несмотря на это, его подписали. Прокуратура сказала расторгнуть соглашение, инвестор не согласился. Мэрия пошла в суд.

Позиция истца

Мы выяснили, что условия концессионного соглашения противоречат закону в части обязательного проведения конкурентных процедур. Поэтому соглашение надо признать недействительным.

Позиция ответчика

Необходимо сохранить соглашение, так как все процедуры были соблюдены, все желающие могли поучаствовать в торгах.

Позиция суда

Признать соглашение недействительным. Ведь целью соглашения была организация услуг питания, а значит, нужны были конкурентные процедуры.

Комментарий эксперта

Если вашего объекта нет в списке объектов концессионного соглашения, а в отношении аналогичных объектов обычно заключаются государственные контракты, велик риск, что придет прокурор и потребует переqualифицировать концессию в госзакупку. Подумайте заранее, как обосновать, почему в вашем конкретном случае концессия была эффективнее госзакупки для заказчика.

13

Заклучил концессионное соглашение — пользуйся объектом бессрочно

дело № А73-22713/2019



*Если хочется объектом больше срока поручить,
Ты его по договору не спеши освободить!
Если даже концеденты тебя сразу не поймут,
То тебе тогда поможет самый справедливый суд.*

Инвестор отлично управлял школой в рамках соглашения, вкладывал инвестиции. Срок соглашения истек, но инвестор продолжил вести образовательную деятельность и отказался вернуть объект. Концедент обратился в суд, чтобы вернуть свое помещение.

Позиция истца

Нужно вернуть помещение, так как:

- инвестор нарушает условия соглашения — срок истек, поэтому нужно передать объект;
- срок соглашения зависит от окупаемости проекта, он не может быть неограниченным;
- истец теряет возможность получить новые инвестиции по новому соглашению;
- это нарушение права собственности.

Позиция ответчика

Помещение не нужно возвращать, а нужно заключить новые договоры, так как:

- инвестор неоднократно предлагал продлить срок соглашения;
- никакое новое место для образовательной деятельности не предоставлено истцом.

Позиция суда

По мнению суда, инвестор осуществляет в этом здании социально значимую, общественно полезную образовательную деятельность и ее процесс в настоящее время нельзя прерывать.

Комментарий эксперта

Такие решения существенным образом ущемляют в правах собственника имущества и ограничивают конкуренцию. Да и вообще, в любом концессионном соглашении должны быть прописаны сроки возврата имущества, принадлежащего концеденту и последствия «развода» сторон.