

Оценка качества концессионных проектов



Семен Мокин,
партнер юридической
компании P&P Unity



Олеся Белоусова,
партнер юридической
компании P&P Unity

В статье представлена правовая оценка качества концессионных проектов в сфере теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения (за первое полугодие 2017 г.). Материал подготовлен в целях информирования участников рынка и других заинтересованных лиц об основных нарушениях, допускаемых при подготовке концессионных проектов в сфере тепло-, водоснабжения и водоотведения. Источником информации для подготовки статьи является официальный сайт Российской Федерации для размещения информации о проведении торгов www.torgi.gov.ru. Приведенная информация актуальна по состоянию на 30 июня 2017 г.

Статья не является юридической консультацией и не может быть использована для принятия юридически значимых или каких-либо инвестиционных решений.

Все значения процентов указаны с учетом округления до ближайшего числа, кратного 5. Авторы допускают погрешность в исследованиях (порядка нескольких процентов) и не несут ответственности за точность и актуальность данных, оценок и прогнозов.

Концессионные соглашения в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения – самый распространенный в настоящее время вид концессий. Можно констатировать определенный «бум концессий» в России в обозначенных сферах. Только с 1 января 2017 г. было объявлено более 365 концессионных конкурсов и запущено 203 «частные инициативы». (Точное число запущенных проектов указать затруднительно в силу наличия большого количества процедурных ошибок при размещении информации о проводимых конкурсах/«частных инициативах» на официальном сайте РФ для размещения информации о проведении торгов www.torgi.gov.ru, а также повторного объявления несостоявшихся из-за отсутствия участников конкурсов).

Подобную активность концедентов и инвесторов объясняет целый ряд причин. Во-первых, это большой инфраструктурный разрыв в этих сферах, во-вторых – постоянное совершенствование нормативной базы в целях создания дополнительных гарантий возврата инвестиций. В частности, Федеральным законом от 03.07.2016 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях”» (далее – Закон № 275) в качестве третьей стороны концессии, гарантирующей компенсацию недополучен-

ных доходов и экономически обоснованных расходов, был введен субъект РФ, а также установлен еще ряд нововведений.

Для подавляющего большинства рассмотренных проектов характерен ряд типичных черт:

- небольшой объем инвестиций;
- разработка документов силами концедента или инвестора, без привлечения внешних специалистов;
- отсутствие качественной «подосновы» – содержательно проработанной схемы теплоснабжения/водоснабжения и водоотведения, технического обследования объектов, объективных показателей объектов и др.

Следствием этого является большое количество ошибок при подготовке проектов, их низкое качество.

Цель настоящей статьи заключается в привлечении внимания к проблеме качества концессионных проектов в сферах теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, а также сокращения количества наиболее часто встречающихся при подготовке проектов ошибок.

Общие выводы

В периметр исследования попало 568 концессионных проектов, сообщения о проведении конкурсов или предложения о заключении концессионных соглашений в порядке «частной инициативы» по которым опубликованы не ранее 1 января 2017 г. По объективным причинам оценивались не все объявленные к запуску проекты (подробнее см. ниже).

Общий вывод по итогам проведенного анализа можно назвать неутешительным. Документация в подавляющем большинстве проектов разработана с серьезными ошибками, такими, например, как отсутствие или несогласованность существенных условий концессионных соглашений, неверные критерии конкурса или ошибочные требования, предъявляемые к его участникам.





Общая статистика.

Конкурсные концессии

За первое полугодие 2017 г. было объявлено более 365 конкурсов в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения. Предметом анализа стало 319 конкурсов (аннулированные и приостановленные конкурсы не оценивались). Стоит отметить, что более 35% из этих конкурсов уже признано несостоявшимися в силу полного отсутствия участников. Столь высокий процент «неудавшихся» конкурсов также говорит не в пользу их качества.

Наиболее распространенной ошибкой при подготовке конкурсной документации является неверное определение критериев конкурса: требованиям закона не соответствуют порядка 90% конкурсов. Немного лучше обстоит ситуация с требованиями к участникам: здесь ошибки содержатся примерно в 65% документов. Что касается условий, предусмотренных проектами концессионных соглашений, – сложнее всего концедентам оказалось выполнить требование об указании размера арендной платы или формулы ее определения.

Инициативные концессии

С 1 января по 30 июня 2017 г. было опубликовано 203 предложения о заключении концессионных соглашений в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения. Предметом анализа стало 178 предложений (остальные были отменены либо не поддавались анализу из-за проблем с публикацией).

Большинство недостатков обнаружено в описании задания и основных мероприятий – такие недостатки были выявлены в 90% концессионных соглашений. На втором месте (более 85%) – условие о переносе сроков исполнения инвестиционных обязательств. Замыкает тройку антилидеров условие о размере арендной платы за пользование земельными участками – более 80% концессионных соглашений.

Статистика и наиболее

распространенные недостатки

1.1. Недостатки в существенных условиях, которые являются общими для всех регулируемых концессий вне зависимости от объектного состава.

В целом можно отметить, что при формулировке общих существенных условий сложностей у разработчиков документации возникает меньше всего.

Так, в описании условий концессионных соглашений об обязательствах концессионера по созданию и (или) реконструкции, а также осуществлению деятельности по эксплуатации объекта концессионного соглашения допущены ошибки всего в 3% инициативных и 10% конкурсных концессий.

Относительно невысокая частота ошибок наблюдается в отношении условия о порядке передачи земельных участков – 5% инициативных и конкурсных концессий, в отношении описания объекта – 10% «частных инициатив» и 15% конкурсов, а также в отношении сроков по концессионному соглашению – 10% инициативных и 25% конкурсных концессий.

Количество недостатков при определении условия о концессионной плате значительно отличается в инициативных и конкурсных концессиях – 5% и 30% соответственно.

В части условия об обеспечении исполнения концессионером обязательств ошибки обнаружены в 60% инициативных и 75% конкурсных концессий. К наиболее распространенным недостаткам этой группы относятся:

1) неправильно выбранный способ обеспечения (для концессий в сфере теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения в качестве способа обеспечения допустимо использовать только банковскую гарантию. См. п. 11 ч. 1 ст. 23, ч. 4 ст. 42 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»);

2) отсутствие положений об обеспечении, что означает несогласованность существенного условия;

3) игнорирование нового правила об установлении величины банковской гарантии в виде процентного значения от суммы обязательств концессионера по его расходам на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, введенное Законом № 275.

Статистика недостатков по условиям о компенсациях концессионеру при прекращении действия концессионного соглашения следующая:

- порядок возмещения расходов сторон в случае досрочного расторжения концессионного соглашения – около 50% инициативных и 70% конкурсных концессий;
- порядок возмещения фактически понесенных расходов концессионера, подлежащих возмещению в соответствии с нормативными правовыми актами и не возмещенных ему на момент окончания срока действия концессионного соглашения – около 70% инициативных и 80% конкурсных концессий (табл. 1).

Наиболее распространенные недостатки в отношении компенсационных условий:

- 1) порядок не указан в принципе;
- 2) указан лишь срок компенсации;
- 3) указание на то, что компенсация осуществляется в порядке, предусмотренном законодательством.

1.2. Недостатки в существенных условиях, касающихся описания инвестиционных обязательств.

1.2.1. Предельный размер расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Ошибки при указании предельного размера расходов в конкурсных концессиях напрямую связаны с ошибками, допускаемыми при формулировании критериев конкурса, и будут рассмотрены ниже. В отношении инициативных концессий недостатки присутствуют в менее чем

15% соглашений и представляют собой:

- отсутствие цифрового значения указанного условия или полное отсутствие такого условия;
- установление минимального, а не максимального предельного размера.

1.2.2. Плановые значения показателей деятельности концессионера.

Статистика указывает на то, что около половины конкурсных и инициативных концессий содержат ошибки. Их основные виды:

- отсутствие некоторых групп показателей, например, показателей энергосбережения и энергоэффективности;
- полное отсутствие условий о плановых значениях показателей либо указание на то, что они определяются уполномоченными органами;
- отсутствие цифровых значений плановых значений показателей для инициативных концессий.

1.2.3. Обязательства концедента и (или) концессионера по подготовке территории, необходимой для реализации концессионного проекта.

По статистике, 70% инициативных и 65% конкурсных концессий содержат недостатки.

Как правило, в проектах концессионных соглашений либо отсутствует упоминание об этом условии в принципе, либо оно описано таким образом, что не позволяет определить, как именно распределяются обязательства по подготовке территории. Даже в случаях, когда обязанности распределены и возложены на одну из сторон соглашения (чаще – концессионера), их детальное раскрытие встречается крайне редко.

1.2.4. Задание и основные мероприятия по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения.

Анализ выявил ошибки в 90% инициативных и 80% конкурсных концессий (табл. 2):

- задание отсутствует полностью (чаще всего встречается в инициативных концессиях);
- в задании отсутствует информация о величинах необходимой мощности в определенных точках (поставки, приема, подачи и т.д.), сроках ввода мощностей в эксплуатацию и вывода их из эксплуатации. (Ч. 2 ст. 45 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»);
- задание и основные мероприятия смешиваются с показателями деятельности концессионера;

Табл. 1. Статистика по недостаткам в общих существенных условиях.

Наименование условия	Инициативные концессии	Конкурсные концессии
Обязательства концессионера	3%	10%
Порядок передачи ЗУ	5%	5%
Описание объекта	10%	15%
Сроки по концессионному соглашению	10%	25%
Концессионная плата	5%	30%
Обеспечение исполнения обязательств	60%	75%
Порядок возмещения расходов при досрочном расторжении	50%	70%
Порядок возмещения расходов при окончании срока действия	70%	80%

- для конкурсных концессий – основные мероприятия детально описаны в конкурсной документации. Чаще всего такая ошибка сочетается с указанием в конкурсной документации цифрового значения предельного размера расходов концессионера на строительство и реконструкцию;

- для инициативных концессий – в тексте концессионного соглашения отсутствует описание основных мероприятий (иногда, например, указывают, что мероприятия устанавливаются в соответствии с инвестиционной программой).

Большое количество ошибок при подготовке задания может свидетельствовать о том, что участники проектов не понимают его роль. Задание – это основа для подготовки мероприятий, в нем указываются мощности в конкретных точках, сроки их присутствия там. Зачастую его путают с техническим заданием, но оно таковым не является и не должно содержать в себе описание каких-либо технических деталей. Еще одной причиной может быть неоднозначное толкование положений концессионного законодательства о мощностях: часто под мощностями понимают объекты строительства/реконструкции, а не натуральные показатели. В любом случае, данный вопрос требует пристального внимания и, при необходимости, корректировки действующего законодательства в этой части.

1.3. Недостатки в существенных условиях, связанных с государственным регулированием деятельности концессионера.

Более чем в 65% инициативных и конкурсных концессий есть недостатки, связанные с описанием долгосрочных параметров регулирования деятельности концессионера (далее – ДПР). Наиболее распространены следующие их типы:

- ДПР указаны одним цифровым показателем без разбивки по годам концессии (не относится к базовому уровню операционных расходов);
- в составе ДПР указаны не ДПР, предусмотренные законодательством, а иные параметры (например, объем отпуска воды);
- в конкурсных концессиях ошибки при определении ДПР часто связаны с неверным разделением плановых значений показателей на подлежащие и не подлежащие включению в состав ДПР.

Условие об объеме валовой выручки некорректно в 65% инициативных и более чем 75% конкурсных концессионных соглашений.

Табл. 2. Статистика по недостаткам в существенных условиях, касающимся описания инвестиционных обязательств.

Наименование условия	Инициативные концессии	Конкурсные концессии
Предельный размер расходов на создание и (или) реконструкцию	15%	60%
Плановые значения показателей деятельности концессионера	50%	55%
Обязательства по подготовке территории	70%	65%
Задание и основные мероприятия	90%	80%

Табл. 3. Статистика по недостаткам в существенных условиях, связанным с государственным регулированием деятельности концессионера.

Наименование условия	Инициативные концессии	Конкурсные концессии
ДПР	65%	65%
Объем валовой выручки	65%	75%

Для инициативных концессий недостаток в описании такого условия, как правило, выражается в отсутствии описания, либо в указании на то, что объем валовой выручки определяется по правилам, предусмотренным законодательством. В конкурсных концессиях также наиболее частой ошибкой является игнорирование данного условия (табл. 3).

1.4. Недостатки в условиях, обязательных к включению с 1 января 2017 г. в соответствии с требованиями Закона № 275.

Ниже описаны недостатки только в отношении проектов, к которым применимы положения Закона № 275 – это 129 инициативных концессий (были поданы после 1 января 2017 г.) и все конкурсные (так как конкурсы объявлены после вступления в силу Закона № 275).

Упоминания об участии субъекта Российской Федерации и, соответственно, описание обязательств субъекта Российской Федерации не обнаружено в 40% инициативных и более чем 65% конкурсных концессий. Субъект РФ может не участвовать в концессии в случае, если все полномочия, связанные с тарифным регулированием переданы на уровень муниципалитета-концедента. Предполагаем, что процент проектов с таким положением дел гораздо ниже приведенных показателей.

Очень часто в текст концессионных соглашений не включается условие о возможности переноса сроков реализации инвестиционных обязательств концессионера – более 85% инициативных и конкурсных концессий. Такая возможность должна появляться в случае принятия Правительством Российской Федерации решения о возможности изменения долгосрочных тарифов и (или) необходимой валовой выручки и (или) долгосрочных параметров регулирования в связи с ухудшением экономической конъюнктуры (п. 7 ч. 1 ст. 42 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»). Между тем, нельзя не отметить, что необходимость включения этого условия является скорее формальной, поскольку оно прямо дублирует положения законодательства.

Табл. 4. Статистика по недостаткам в существенных условиях, обязательных к включению с 1 января 2017 г.

Наименование условия	Инициативные концессии	Конкурсные концессии
Участие субъекта Российской Федерации в качестве стороны	40%	65%
Перенос сроков реализации инвестиционных обязательств	85%	85%
Размер арендной платы за земельные участки	80%	90%

Размер арендной платы за пользование земельными участками либо формула расчета размера арендной платы – условие, которое некорректно установлено или отсутствует вовсе в 80% инициативных и более чем 90% конкурсных концессионных соглашений (табл. 4). Наиболее распространенный недостаток – указание на то, что размер арендной платы рассчитывается в соответствии с местными актами, регулирующими вопросы установления размера арендной платы за земельные участки (без установления размера арендной платы или формулы расчета, как этого требует законодательство).

Отдельно отметим применение новых положений Закона № 275, позволяющих вовлекать в концессионные проекты незарегистрированное недвижимое имущество. Такая новелла используется, но достаточно редко – около 7% всех проектов. Полагаем, что пока участники концессий не «распробовали» предлагаемые законодательством возможности.

1.5. Критерии конкурса.

Отдельного внимания заслуживают ошибки, допускаемые концедентами при формировании критериев проводимого конкурса. Статистика нарушений говорит о том, что критерии определены неверно более чем в 90% случаев. К числу наиболее распространенных ошибок относятся:

- неверное указание критерия «предельный размер расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые предполагается осуществить концессионером». В нарушение требований законодательства в конкурсной документации устанавливаются его начальные значения – максимальные, минимальные или и те, и другие сразу;
- применение неверных критериев конкурса (в качестве критериев конкурса организаторы предлагают срок реконструкции, величину тарифа, величину концессионной платы и др.);
- неверное определение ДПР и плановых значений показателей, являющихся критериями конкурса: неуказание их числовых значений, нехватка необходимых ДПР и

показателей, отсутствие указания на их начальные значения (минимальными или максимальными они являются).

1.6. Нарушения при публикации материалов.

Публичность проведения процедур по заключению концессионного соглашения крайне важна для поддержки конкуренции. Наиболее типичными ошибками, допускаемыми при публикации материалов, являются следующие:

- опубликованы не все необходимые документы;
- опубликованные документы нечитабельны (либо не открываются архивы);
- вместо проекта концессионного соглашения публикуется типовое концессионное соглашение в формате «как есть» (характерно для конкурсов);
- приложения к проекту концессионного соглашения публикуются в незаполненном виде и др.

Тенденции

В числе тенденций, характерных для концессионных проектов в сфере теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, запущенных за последние полгода, можно отметить следующие.

1. «Концессия ради концессии» – количество ошибок показывает, что при подготовке большинства проектов используется формальный подход – запустить концессию, но при этом сам проект должным образом не готовится.

2. Концеденты в большинстве своем не научились правильно применять положения Закона № 275.

3. Незаслуженно мало внимания уделяется условиям о порядке компенсаций при досрочном расторжении и окончании срока действия концессионного соглашения.

4. Большие сложности возникают при применении положений концессионного законодательства о задании, это характерно как для документов, разрабатываемых концедентами, так и для инициативных концессий.

5. Участие унитарных предприятий на стороне концедента стало редким явлением (обнаружено всего 31 концессионное соглашение), несмотря на требование законодательства о таком участии, если имущество принадлежит предприятию на праве хозяйственного ведения (ч. 1.1 ст. 5 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»).

6. В целом уровень подготовки инициативных концессий немного выше, чем конкурсных, однако существенная разница отсутствует. □