

Государственный контракт №0173100014422000008
на выполнение работ по разработке «Комплекс мер «Одно окно»
по созданию (реконструкции) и эксплуатации объектов спортивной инфраструктуры
в рамках государственно-частного (муниципально-частного) партнерства
и концессионных соглашений»

Отчетный документ:

**«ЗАКЛЮЧЕНИЕ О СУЩЕСТВУЮЩИХ ПРОБЛЕМАХ И ОГРАНИЧЕНИЯХ РЕАЛИЗАЦИИ
ПРОЕКТОВ ГЧП В СФЕРЕ ФИЗИЧЕСКОЙ КУЛЬТУРЫ И СПОРТА»**
(п. 6.1.6 Технического задания по Государственному контракту)

Версия от 19.09.2022
(с учетом корректировок и дополнений по итогам обсуждений)

1. СТАТИСТИКА РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТОВ ГЧП В СФЕРЕ ФИЗИЧЕСКОЙ КУЛЬТУРЫ И СПОРТА

1.1 По данным Национального центра ГЧП¹ в последние годы наблюдается повышение качества и доступности инфраструктуры в социальном секторе. Также отмечается рост интереса к проектам ГЧП в сфере физической культуры и спорта, реализация которых способствует развитию и модернизации объектов спорта. Так, в 2021 году было запущено 5 проектов ГЧП по созданию физкультурно-оздоровительных комплексов, а также ледовой арены общей стоимостью 626,3 млн руб., из них 120,9 млн руб. – частные инвестиции. Среди форм реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта наиболее распространены концессионные соглашения.

2. АНАЛИЗ РЕШЕНИЙ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ РОССИИ ПО ПРОЕКТАМ ГЧП В СФЕРЕ ФИЗИЧЕСКОЙ КУЛЬТУРЫ И СПОРТА

2.1 По данным Национального центра ГЧП² в период с августа 2020 года по июль 2021 года включительно антимонопольные органы приняли 64 решения по вопросам, связанным с концессионными соглашениями. По сравнению с предшествующим периодом (с августа 2019 года по июль 2020 года) количество решений увеличилось на 12. Среди принятых решений около 10 % касаются вопросов реализации концессионных соглашений в отношении объектов здравоохранения, образования и спорта.

В рамках подготовки настоящего отчетного документа были изучены следующие дела Федеральной антимонопольной службы:

- Дело №008/01/15-174/2021. Рассмотрено Калмыцким УФАС;
- Дело б/н (отказ в рассмотрении). Заявление рассмотрено Тывинским УФАС.

2.2 Решением Калмыцкого УФАС России №008/01/15-174/2021 от 21 июля 2021 г. концедент был признан нарушившим часть 1 статьи 15 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в связи с заключением без согласования с антимонопольным органом дополнительного соглашения об изменении существенных условий концессионного соглашения о создании и эксплуатации объекта спорта. В частности, дополнительным соглашением предусматривалось изменение предоставляемого концедентом земельного участка. При этом, концедент еще до окончания срока приема заявок на заключение концессионного соглашения знал, что концессионеру будет предоставлен другой земельный участок. Таким образом, концессионер, с которым было заключено концессионное соглашение, был поставлен в преимущественное положение по сравнению с иными участниками рынка (потенциальными инвесторами), которые не могли знать о дальнейшем предоставлении другого земельного участка под создание и эксплуатацию объекта спорта. Действия концедента, как следует из решения Калмыцкого УФАС России, могли привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на рынке создания и эксплуатации объекта спорта.

¹ Аналитический обзор. Основные тренды и статистика рынка ГЧП по итогам 2021 года. [сайт]. URL: <https://pppcenter.ru/upload/iblock/5b4/5b4d97fb08864dd525b2923a2b14b415.pdf>

² Аналитический обзор. Инвестиции в инфраструктуру и ГЧП 2021. [сайт]. URL: <https://pppcenter.ru/upload/iblock/312/312a2ad6182866e21407990ab0bb16a2.pdf>

- 2.3 В решении Тывинского УФАС России от 19 августа 2020 г. об отказе в возбуждении дела рассматривался вопрос о разграничении концессионных соглашений и государственных (муниципальных) контрактов и, следовательно, вопрос о том, положения какого закона подлежат применению: федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – «**Закон № 115-ФЗ**») или федерального закона от 05 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – «**Закон № 44-ФЗ**»). Тывинское УФАС России установило, что концессионное соглашение содержало все элементы, присущие концессионному соглашению, и отсутствие в нем признаков, указывающих на осуществление со стороны органа местного самоуправления заказа на определенный вид работ, а также проведение торгов в форме открытого конкурса не позволяло однозначно сделать вывод, что к рассматриваемым отношениям должны применяться положения Закона № 44-ФЗ. Направление средств на концессионное соглашение, заключенное в отношении объекта спорта, было признано правомерным, так как субсидия региональному бюджету из федерального бюджета изначально была предоставлена в целях реализации проектов ГЧП по созданию объектов спорта.
- 2.4 Анализ решений антимонопольных органов, принятых в сфере физической культуры и спорта, в связи с их небольшим количеством не позволяет сделать однозначный вывод относительно существующих проблем и ограничений по вопросу реализации проектов ГЧП в указанной сфере. Приведенные решения касаются различных вопросов правоприменения и не отражают закономерностей возникающих на практике проблем. Вместе с тем, следует отметить, что незначительное количество споров вовсе не свидетельствует об отсутствии проблем в правовом регулировании, поскольку причиной может являться небольшое количество проектов ГЧП, реализуемых в сфере физической культуры и спорта.
3. **Анализ судебной практики по проектам ГЧП в сфере физической культуры и спорта**
- 3.1 По данным Национального центра ГЧП³ в период с августа 2020 года по июль 2021 года включительно арбитражные суды рассмотрели 894 дела по спорам, связанным с концессионными соглашениями. В общей сложности принято 1219 актов, содержащих выводы по применению концессионного законодательства. По сравнению с предыдущим периодом — с августа 2019 года по июль 2020 года — количество дел увеличилось на 230.
- 3.2 В период с августа 2020 года по июль 2021 года включительно было принято 69 судебных актов по концессионным проектам в социальной сфере и 36 судебных актов в иных сферах.
- 3.3 В рамках подготовки настоящего отчетного документа были изучены следующие судебные дела:
- Дело № А41-19359/16. Рассмотрено Десятым арбитражным апелляционным судом;
 - Дело № А40-113371/18-45-809. Рассмотрено Арбитражным судом города Москвы;

³ Аналитический обзор. Инвестиции в инфраструктуру и ГЧП 2021. [сайт]. URL: <https://pppcenter.ru/upload/iblock/312/312a2ad6182866e21407990ab0bb16a2.pdf>

- Дело № А56-108694/2019. Рассмотрено Арбитражным судом Северо-Западного округа;
- Дело № А43-10142/2017. Рассмотрено Арбитражным судом Нижегородской области;
- Дело А27-11078/2021. Рассмотрено Арбитражным судом Кемеровской области;
- Дело № А66-13056/2017. Рассмотрено Арбитражным судом Тверской области;
- Дело А43-33584/2016. Рассмотрено Арбитражным судом Нижегородской области;
- Дело А41-19359/16. Рассмотрено Десятым арбитражным апелляционным судом;
- Дело А27-11078/2021. Рассмотрено Седьмым арбитражным апелляционным судом.

3.4 Анализ принятых решений арбитражных судов позволяет выделить следующие типы споров, возникающие при реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта:

- (1) расторжение концессионных соглашений в связи с существенным нарушением их условий;
- (2) применение гарантий по обеспечению окупаемости инвестиций концессионера вследствие изменения законодательства Российской Федерации;
- (3) применение мер ответственности в связи с нарушением условий концессионных соглашений (взыскание неустойки, убытков);
- (4) нарушение обязанностей по предоставлению земельного участка, необходимого для реализации проекта ГЧП;
- (5) недостаточная определенность условий концессионных соглашений.

Расторжение концессионных соглашений в связи с существенным нарушением их условий

3.5 Одной из причин расторжения концессионных соглашений в сфере физической культуры и спорта является нарушение существенных условий концессионного соглашения, выражающееся, в частности, в использовании (эксплуатации) объекта концессионного соглашения в целях, не установленных концессионным соглашением, использовании объекта концессионного соглашения третьими лицами без согласия концедента.

3.6 Так, Десятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 25 января 2017 г. № 10АП-14606/2016 по делу № А41-19359/16 установил, что объект концессионного соглашения использовался не по назначению, поскольку на объекте концессионного соглашения размещались рекламные конструкции, помещения внутри объекта концессионного соглашения использовались различными коммерческими организациями для осуществления деятельности по предоставлению гражданам услуг, большинство из которых не соответствовало целям назначения использования помещений, определенным условиями концессионного соглашения. В частности, помещения использовались в качестве солярия, банкетного зала. Как установлено судом, недобросовестность концессионера проявлялась также в неоднократном нарушении обязательств по внесению арендных платежей. На

основании указанных обстоятельств арбитражный суд расторг концессионное соглашение.

- 3.7 В результате расторжения соглашений по проектам ГЧП могут возникать сложности, связанные с определением правового положения имущества, предоставленного на основании таких соглашений. Как следует из решения Арбитражного суда города Москвы от 07 февраля 2019 г. по делу № А40-113371/18-45-809 между публичным и частными партнерами было заключено соглашение о государственно-частном партнерстве, предметом, которого являлось объединение усилий и ресурсов сторон с целью развития и популяризации студенческого спорта, а также эффективного использования и развития ресурсной базы комплекса спортивных сооружений. Соглашение было заключено сторонами 10 февраля 2013 г., то есть до принятия федерального закона от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – «**Закон № 224-ФЗ**»), поэтому не могло учитывать его положения. По условиям соглашения о ГЧП частный партнер размещал на территории публичного партнера спортивное и иное оборудование, право собственности на которое оставалось у частного партнера, а также проводил на территории публичного партнера ремонтные работы. Соглашение было расторгнуто в одностороннем порядке. Однако публичный партнер спортивное оборудование частному партнеру не вернул, в связи с чем арбитражным судом было удовлетворено требование частного партнера об истребовании имущества у публичного партнера и его передаче частному партнеру.
- 3.8 Приведенные примеры споров, возникающих при реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта, являются следствием частных случаев нарушений условий концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП. Они не свидетельствуют о несовершенстве правового регулирования. Вместе с тем, приведенные правовые позиции судов показывают необходимость четкого формулирования в концессионных соглашениях / соглашениях о ГЧП/МЧП в сфере физической культуры и спорта целей эксплуатации предоставляемых объектов, последствий несоблюдения условий об их эксплуатации в указанных целях, оснований расторжения концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП и последствий их расторжения.
- 3.9 При этом, предусмотренное частью 2 статьи 15 Закона № 115-ФЗ, статьей 14 Закона № 224-ФЗ, положениями постановления Правительства Российской Федерации от 30 декабря 2015 г. № 1490 «Об осуществлении публичным партнером контроля за исполнением соглашения о государственно-частном партнерстве и соглашения о муниципально-частном партнерстве» регулирование по вопросу расторжения концессионных соглашений в связи с нарушением целей эксплуатации передаваемых объектов достаточно и позволяет в полной мере обеспечить права и законные интересы сторон при реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта.

Применение гарантий по обеспечению окупаемости инвестиций концессионера вследствие изменения законодательства Российской Федерации

- 3.10 Ограничением в реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта может стать изменение законодательства Российской Федерации, приводящее к увеличению совокупной налоговой нагрузки на концессионера или ухудшающее его положение таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения.
- 3.11 Статьей 20 Закона № 115-ФЗ предусмотрена обязанность концедента принять меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера и получение им валовой выручки в объеме не менее объема, изначально определенного концессионным соглашением. Однако решения арбитражных судов свидетельствуют, что наличие такой обязанности не всегда является основанием для удовлетворения требований концессионера.
- 3.12 Так, постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 26 марта 2021 г. № Ф07-1381/2021 по делу № А56-108694/2019 оставлены без изменения постановление арбитражного апелляционного суда и решение арбитражного суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований концессионера об обязанности концедента внести изменения в концессионное соглашение о создании и последующей эксплуатации объекта спорта.

Обращаясь в арбитражный суд с указанными требованиями, концессионер ссылаясь на то, что осуществление финансирования проекта предполагалось концессионером, в числе прочего, за счет получения из федерального бюджета возмещения налога на добавленную стоимость (далее – «НДС») со всех понесенных им капитальных затрат. Однако в результате внесения изменений в Налоговый кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации был установлен запрет на возмещение налогоплательщиком сумм НДС с расходов, произведенных им за счет бюджетных инвестиций вне зависимости от уровня бюджета их предоставляющего.

Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области в решении от 11 августа 2020 г. по данному делу отказал в удовлетворении требований концессионера по следующим основаниям:

- (1) концессионное соглашение не содержало условий относительно размера валовой выручки, на получение которой рассчитывал концессионер при заключении соглашения, поэтому критерий, исходя из которого концедент обязан принять меры по обеспечению окупаемости инвестиций отсутствовал;
- (2) несмотря на наличие на день заключения концессионного соглашения возможности возмещения НДС, условиями концессионного соглашения не предусматривалось финансирование объекта концессионного соглашения за счет средств, полученных с возмещения НДС, и получение налогового возмещения по НДС не было предусмотрено концессионным соглашением, следовательно, концедент не брал на себя риск неполучения возмещения НДС концессионером;
- (3) до окончания стадии эксплуатации объекта концессионного соглашения не представляется возможным определить, лишается ли концессионер того, на что он вправе был рассчитывать на момент заключения концессионного соглашения, так как окупаемость инвестиционных затрат зависит, в том числе

от денежных потоков на стадии эксплуатации объекта концессионного соглашения;

- (4) предусмотренные статьей 20 Закона № 115-ФЗ меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера, принимаются концедентом в случае существенного ухудшения положения концессионера. Положения указанной статьи корреспондируют положениям статьи 451 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК РФ»), в соответствии с которыми существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из его существа. Концессионер не доказал наличие оснований, предусмотренных статьей 451 ГК РФ.

- 3.13** Реализация проектов ГЧП во многом зависит от условий порядка их финансирования. Увеличение объема финансовых вложений, необеспечение окупаемости инвестиций, неполучение субсидий и другие аспекты могут стать существенными проблемами и ограничениями при реализации проектов ГЧП, в том числе в сфере физической культуры и спорта. В связи с этим при подготовке условий концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП необходимо тщательно анализировать все финансовые риски и предусматривать механизмы их минимизации. Вместе с тем, важно обеспечить ясность и определенность положений нормативных правовых актов, регулирующих вопросы финансирования проектов ГЧП. Также необходимо не только предусмотреть в нормативных правовых актах гарантии минимизации финансовых рисков, но и обеспечить возможность реализации данных гарантий на практике.

Применение мер ответственности в связи с нарушением условий соглашений о ГЧП (взыскание неустойки, убытков)

- 3.14 Некоторые из рассмотренных арбитражными судами споров касаются требований о взыскании неустойки в связи с нарушением сроков, установленных концессионным соглашением. Так, решением Арбитражного суда Нижегородской области от 03 июля 2017 г. по делу № А43-10142/2017, оставленным в силе постановлением арбитражного суда апелляционной инстанции, с концессионера была взыскана неустойка за несоблюдение им сроков реализации инвестиционного проекта по концессионному соглашению о строительстве, оснащении оборудованием и эксплуатации физкультурно-оздоровительных комплексов.
- 3.15 Решением Арбитражного суда Кемеровской области от 30 августа 2021 г. по делу № А27-11078/2021 с концессионера была взыскана неустойка за нарушение им сроков исполнения мероприятий по реконструкции объекта. Постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05 марта 2022 г. № Ф04-312/2022 по тому же делу с концессионера были взысканы убытки в размере стоимости предоставленных ему объектов на дату их предоставления. Основанием исковых требований стали обстоятельства, связанные с фактическим сносом и утратой имущества, которое перестало существовать как объект недвижимости.
- 3.16 Решением Арбитражного суда Тверской области от 26 февраля 2018 г. по делу № А66-13056/2017 с концессионера была взыскана неустойка в связи с ненадлежащим

исполнением концессионером обязанностей по поддержанию объекта концессионного соглашения в исправном состоянии.

- 3.17 Нарушение условий концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП и, как следствие, применение мер ответственности в виде взыскания неустойки и убытков являются препятствием при реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта. Однако причины нарушений, как свидетельствуют приведенные судебные акты, не связаны с несовершенством законодательного регулирования.

Нарушение обязанностей по предоставлению земельного участка, необходимого для реализации проекта ГЧП

- 3.18 Трудности в реализации проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта возникают также в связи с предоставлением земельных участков. Так, Арбитражный суд Нижегородской области в решении от 16 июля 2018 г. по делу № А43-33584/2016 установил, что концедент не предоставил в аренду земельный участок, в связи с чем сроки строительства были нарушены. Новые сроки строительства концедентом согласованы не были. При этом, задержка реализации концессионного соглашения по вине концедента повлекла невозможность привлечения кредитных ресурсов на согласованных условиях. На момент заключения концессионных соглашений ключевая ставка составляла 7,5% годовых. В связи с изменением экономических условий ключевая ставка увеличилась до 17% годовых.
- 3.19 Постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда от 25 января 2017 г. № 10АП-14606/2016 по делу № А41-19359/16 установлено, что ответчик пользовался земельным участком в отсутствие правовых оснований, поскольку государственная регистрация договора аренды земельного участка произведена не была.
- 3.20 Приведенные правовые позиции арбитражных судов свидетельствуют о необходимости при подготовке концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП детально регулировать порядок внесения в них изменений, связанных с предоставлением земельных участков, а также предусматривать механизм привлечения к ответственности концедента / публичного партнера при нарушении им условий концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП о порядке предоставления земельных участков для того, чтобы в случае нарушения обязанностей по предоставлению земельного участка, компенсировать потери концессионера / частного партнера и обеспечить стабильность соглашения о ГЧП.

Недостаточная определенность условий соглашений о ГЧП

- 3.21 Анализ решений арбитражных судов свидетельствует, что затруднения в реализации концессионных соглашений в сфере физической культуры и спорта возникают также в связи с недостаточной определенностью их условий. В частности, как следует из постановления Десятого арбитражного апелляционного суда от 25 января 2017 г. № 10АП-14606/2016 по делу № А41-19359/16 условия концессионного соглашения не позволяли определить, какие именно действия по реконструкции объекта концессионного соглашения концессионер обязан был совершить, так как эти обязательства концессионным соглашением конкретизированы не были.

- 3.22 При рассмотрении Седьмым арбитражным апелляционным судом дела № А27-11078/2021 (постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16 ноября 2021 г. № 07АП-10071/2021 по делу № А27-11078/2021) концессионер ссылался на отсутствие экономической целесообразности восстанавливать переданные ему по концессионному соглашению объекты спорта, поскольку, согласно техническому отчету, здания, являющиеся объектом концессионного соглашения, находились в аварийном состоянии. Суд указанные доводы концессионера отклонил в связи с тем, что технический отчет не отражал состояния объектов на момент их передачи, и концессионер, участвуя в конкурсе на право заключения концессионного соглашения, должен был знать о состоянии объектов, а также о наличии у него самой реальной возможности реконструировать их. Кроме того, концессионер совершил действия, которые привели к утрате предоставленного ему на основании концессионного соглашения объекта спорта.
- 3.23 Недостаточная определенность условий концессионных соглашений / соглашений о ГЧП/МЧП, в частности, относительно характеристик объекта соглашения, перечня действий, подлежащих совершению сторонами, неизбежно приводит к ненадлежащему исполнению обязанностей, установленных концессионным соглашением / соглашением о ГЧП/МЧП. Поскольку большое количество проектов ГЧП в сфере физической культуры и спорта связано с реконструкцией объектов спорта, для осуществления которой необходимо точно знать технические характеристики объекта, подлежащего реконструкции, в качестве способа минимизации риска ненадлежащего исполнения условий соглашения о ГЧП предлагается установить обязанность концедента / публичного партнера предоставлять сведения обо всех, имеющих значение для реализации проектов ГЧП, характеристиках объекта спорта.