

Роль и вопросы применения механизмов ГЧП в реализации ИТ-проектов в сфере умного города

Владимир Килинкаров, руководитель
русской практики ГЧП, Dentons

ТБ Форум, 15.02.2022

Правовое регулирование ГЧП в сфере ИТ

Правовые модели для ГЧП в ИТ

Зачем совершенствовать регулирование ГЧП в сфере ИТ?

Конкретизация и совершенствование правового регулирования ГЧП в ИТ сделали данный механизм более доступным и понятным для потенциальных инвесторов, публичных партнеров и правоприменителей.

Федеральный закон от 29 июня 2018 г. № 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ»

концессионные соглашения
ФЗ № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»

соглашения о ГЧП (МЧП)
ФЗ № 224-ФЗ «О государственно-частном, муниципально-частном партнерстве в РФ...»

Изменения в положения об **объектах, субъектах, условиях соглашений.**

Отдельные главы о подготовке, заключении, исполнении и прекращении соглашений (гл. 4.1 115-ФЗ, гл. 6.1 224-ФЗ)

Преимущества механизмов ГЧП в ИТ

ВОЗМОЖНОСТЬ
ПРИВЛЕЧЕНИЯ
ВНЕБЮДЖЕТНЫХ СРЕДСТВ
ДЛЯ СОЗДАНИЯ СИСТЕМЫ

ВОЗМОЖНОСТЬ
УСТАНОВЛЕНИЯ ОПЛАТЫ В
ЗАВИСИМОСТИ ОТ
ДОСТИЖЕНИЯ ЭФФЕКТОВ

ВОЗМОЖНОСТЬ
КОМПЛЕКСНОЙ РЕАЛИЗАЦИИ
ПРОЕКТА В РАМКАХ ОДНОГО
СОГЛАШЕНИЯ, НАЧИНАЯ ОТ
ПРОЕКТИРОВАНИЯ ИТ-
СИСТЕМЫ ДО ЕЕ
ЭКСПЛУАТАЦИИ И
МОДЕРНИЗАЦИИ

ОТСУТСТВИЕ ПРИВЯЗКИ
ЗАКЛЮЧЕНИЯ СОГЛАШЕНИЯ
К ФАКТИЧЕСКИ
ИМЕЮЩИМСЯ ЛИМИТАМ
БЮДЖЕТНЫХ СРЕДСТВ
(ЛИМИТЫ МОГУТ БЫТЬ
ВЫДЕЛЕНА В ПРОЦЕССЕ
РЕАЛИЗАЦИИ)

ЭКОНОМИЯ СРЕДСТВ
БЮДЖЕТОВ ЗА СЧЕТ
ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ТЕХНОЛОГИЧЕСКОЙ
ИНФРАСТРУКТУРЫ
БИЗНЕС-ПАРТНЕРА
(КОНЦЕССИОНЕРА)

ВОЗМОЖНОСТЬ ГИБКОГО
РЕАГИРОВАНИЯ НА
МЕНЯЮЩИЕСЯ ТРЕБОВАНИЯ
К ИСПОЛЬЗУЕМЫМ
ТЕХНОЛОГИЯМ

ЭКОНОМИЯ СРЕДСТВ
БЮДЖЕТОВ ЗА СЧЕТ
ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ
ПЛАТНЫХ УСЛУГ
КОНЦЕССИОНЕРОМ

ГАРАНТИИ ВОЗВРАТА
ВЛОЖЕННЫХ
ИНВЕСТИЦИЙ,
ВОЗМОЖНОСТЬ
КОМПЕНСАЦИИ ДОП.
ИЗДЕРЖЕК

ЕДИНЫЙ ОТВЕТСТВЕННЫЙ
ИСПОЛНИТЕЛЬ И ЗА
СОЗДАНИЕ И ЗА
ЭКСПЛУАТАЦИЮ

A white directional sign with a dark border, pointing to the left. The sign is mounted on a metal pole and features the text "Information Technology" in a bold, sans-serif font. The background is a clear blue sky with some light clouds.

Information Technology

Объекты концессионных соглашений и СГЧП

Новые объекты концессий и СГЧП (ст. 4 115-ФЗ, ст. 7 224-ФЗ)

- + объекты информационных технологий (ОИТ) - **нет необходимости включать объекты недвижимости** (ст. 3 115-ФЗ, ст. 12 224-ФЗ) и **привязывать объекты к другим видам объектов концессий и СГЧП**
 - Программы для ЭВМ и/или базы данных (**обязательный элемент**)
 - Информационные системы
 - Сайты в сети Интернет или иных сетях
 - Совокупность объектов
- + Технические средства, обеспечивающие функционирование ОИТ
- + Центры обработки данных

Ключевые новеллы 173-ФЗ – создание объектов и права

- **Создание ОИТ**

разработка новых и (или) переработка (модификация) существующих ОИТ;

Модифицируемый объект **может быть обременен** правами третьих лиц, не обязательно имущество казны (единственное исключение для ГЧП)

Проблемы объединения нескольких подсистем умного города в одном ГЧП и тиражируемости проектов ГЧП в ИТ

- **Создание тех. средств** – разработка новых и (или) модернизация ТС, включая достройку, приобретение и монтаж оборудования, замену комплектующих и реконструкцию.

Тех. средства: материальные и нематериальные

- Предусмотрено **гибкое распределение исключительных прав и прав использования**
- **Оператор информационной системы – функции в договор!**
- **Право использовать государственный информационный ресурс – разрешено, регламентировать соглашением**

Субъекты ГЧП в ИТ

Цель ГЧП

удовлетворение государственного интереса, выполнение задач, являющихся функцией государства или местного самоуправления, в том числе создание инфраструктуры для оказания публичных услуг

СТОРОНЫ КС/СГЧП

Субъекты
предпринимательской
деятельности

Публично-правовые образования
РФ, субъект РФ,
? по МО в
концессиях, запрет
в СГЧП
? по подвед.
организациям на
стороне ПП

Концессия:

- ЮЛ, в т.ч. контролируемые государством
- Консорциумы, ИП

ГЧП:

- коммерческие организации, не контролируемые государством

кроме ин. физ. и юр. лиц, = рос. юр. лиц, решения которых прямо или косвенно определяют ин. лица, ин. государства, их органы (искл. – международный договор, ФЗ, решение Президента РФ)

определение надлежащего ПП: критерий собственности в КС не работает, т.к. может не быть недвиж. / движ. имущества. Нужно следить за наличием гос. и мун. полномочий.

Проблемы муниципальных полномочий по проектам в сфере ИТ и множественности лиц на стороне публичного партнера

Проблемы иностранного участия

Проблема толкования: “прямое или косвенное определение решений российского юридического лица”

1. Проблема цепочек с иностранными холдингами

Что если под **прям./косв. контролем российских физ. лиц**? Если возможность ин. холдинга определять решения ЧП обусловлена необходимостью согласования со стороны российских физ. лиц? Применение 57-ФЗ по аналогии?

2. Проблема термина “определения решений”

Негативный **контроль со стороны миноритариев**, которые имеют право лишь блокировать решения органов управления? Блокирование ключевых решений в целях защиты миноритариев ≠ блокирование текущих решений и деятельности ЧП. Применение 57-ФЗ по аналогии?

3. Проблема в отношении лиц на стороне ЧП в СГЧП

Такие же ограничения, как для ЧП. Подпадают ли **акционеры, финансирующие лица, лицензиары, поставщики, субподрядчики**? Самый большой вопрос – в отношении субподрядчиков.

Факторы, влияющие на выбор концессии / СГЧП

+ В пользу СГЧП:

- ✓ **Исключительное право (право собственности) на объект** (стратегический характер, политические и информационные риски), **возможность отчуждения** с согласия публичного партнера
- ✓ **Необходимость передачи функциональной эксплуатации публичному партнеру**
- ✓ **Возможность залога объекта в пользу банка**

- Против СГЧП:

- ✓ **Экономическая эффективность и сравнительное преимущество проекта vs. госзакупок** (необходимость оценки)
- ✓ **Сроки реализации проекта** (min 3 года в ГЧП, сроки на этапе заключения СГЧП больше)
- ✓ **Политические и информационные риски** возникновения права собственности (исключительного права) на объекту у ЧП
- ✓ **Объем рисков и аппетит к риску** (судебная практика концессий, риски залога, предоставления ЗУ)
- ✓ **Участие государственных структур, гос. банков**

ГЧП или госзакупки?

Госзакупки

- Большая часть рисков – на публичной стороне
- стоимость кредитов под государственные гарантии и отсутствие дополнительных издержек (до 5-10%) на сложные тендерные процедуры для отбора частного партнера и структурирование проекта ПЧП
- отсутствует возможность возмещения капитальных/ инвестиционных затрат за пределами срока оплаты работ по 44-ФЗ
- короткий срок государственных контрактов, отсутствие долгосрочных гарантий бюджета



ГЧП

- отложенная нагрузка на бюджет (забаланс. обязательства)
- не всегда имеет хорошее соотношение цена/качество («value for money»)
- долгосрочные соглашения
- политический аспект в СГЧП – приобретение права собственности на объект частным партнером, при этом, как правило, ЧП принимает на себя большую часть рисков проекта (исключение – проекты с ЦЭ на ПП)
- ГЧП интересно в связи с технологическим и управленческим потенциалом

Базовое распределение рисков в ГЧП



ГЧП или инвестиционные соглашения?

«Традиционные»
инвестиционные
соглашения

(на основе общих норм
гражданского
законодательства и
свободы договора)

*Проблема применения
Федерального закона
от 25.02.1999 N 39-ФЗ*

*"Об инвестиционной
деятельности в
Российской Федерации,
осуществляемой в
форме капитальных
вложений"*

- Все риски на частном партнере
- Отсутствие долгосрочных гарантий со стороны бюджета
- Публичный партнер предоставляет недвижимость, другое необходимое имущество или права на инвестиционных условиях
- Цель проекта, как правило, не связана с выполнением задач публичных субъектов, а заключается, например, в создании объектов для достижения полезного эффекта
- **Пример:** инвестиционное соглашение, аренда на инвестиционных условиях
- **Проблема: необходимость проведения торгов за право заключения соглашения, иначе антимонопольные риски, но сроки отбора инвестора при частной инициативе могут быть короче ГЧП**

Множественность объектов / подсистем в рамках платформы

Может ли публичный партнер выбрать условия конкурса и соглашения, **наиболее отвечающие его потребностям и интересам граждан** (в т.ч. объединить в один лот несколько объектов для удовлетворения потребностей субъекта / МО)?

Пример: объединение в один РГИС «Умный город» различных модулей в целях ускорения создания и обеспечения эффективности эксплуатации системы; включение платных модулей, функционально и технологически не связанных, но обеспечивающих удобство пользователей, окупаемость проекта и бюджетную экономию

Может ли публичный партнер, исходя из принципа **экономии бюджетных средств и уменьшения транзакционных издержек**, объединить в один лот несколько объектов?

Пример: объединение нескольких объектов (путепроводы в Санкт-Петербурге), разделение которых на разные проекты (в силу рентабельности создания одних и нерентабельности других) повысит расходы бюджета и снизит бюджетную эффективность

Может ли публичный партнер объединять объекты **в целях укрупнения проекта** для участия в конкурсе меньшего количества мелких компаний, но при этом большего количества **крупных, опытных и финансово стабильных** хозяйствующих субъектов?

Пример: строительство в рамках одного проекта нескольких поликлиник, школ и т.п.

Множественность объектов: ограничение конкуренции?



Ч. 5 ст. 4 115-ФЗ (= ч. 3 ст. 7 224-ФЗ):

- “КС может быть заключено в отношении **нескольких объектов** концессионных соглашений, указанных в ч. 1 ст. 4”.
- “допускается, **если указанные действия (бездействие) не приведут к недопущению, ограничению, устранению конкуренции**” (в частности, если такое объединение будет рассмотрено как дискриминирующее условие по Закону о защите конкуренции).



Ч. 3 ст. 23 115-ФЗ (= ч. 3 ст. 21 224-ФЗ):

- “конкурсная документация не должна содержать требования к участникам конкурса, **необоснованно ограничивающие доступ** **какого-либо из участников конкурса к участию в конкурсе** и (или) создающие кому-либо из участников конкурса **преимущественные условия участия в конкурсе**”.

Вопрос о наличии достаточного основания

Возможность публичного партнера выбрать условия конкурса и соглашения, **наиболее отвечающие его потребностям и финансовым возможностям**, не должны признаваться сами по себе ограничением конкуренции (по аналогии с позицией Обзора Президиума ВС РФ по госзакупкам от 28.06.2017).



Эксклюзивность сервисов частного партнера на цифровой платформе

Проект окупаем, если в будущем трафик и финансовый поток не снизятся по причине **создания конкурирующих объектов / сервисов**

Цифровая платформа

Эксклюзивность платформы и доступных в ней сервисов

Доход от платных сервисов, ценность информации

Появление конкурирующих объектов / сервисов, снижение выручки от использования объекта – можно сформулировать как основания для изменения соглашения, применения МГД*, особых обстоятельств

* Минимальный гарантированный доход

Пределы возможностей публичного партнёра

Договорные обязательства:

- Обеспечивать эксклюзивность
- Не поддерживать конкурирующие проекты
- PR проекта

Административные обязанности, компетенция:

- Выдавать разрешительную документацию
- Не создавать дискриминационных условий



Необходимо обеспечить исполнение публичной функции



Формулировать договорные обязательства нужно подробно, точно, избегая коллизий



За нарушение обязательств можно предусматривать возмещение расходов или недополученных доходов (МГД, особые обстоятельства)

Спасибо за внимание!

大成 DENTONS



Владимир Килинкаров

К.ю.н., руководитель российской практики в области инфраструктуры и ГЧП Dentons Europe

T : +7 (921) 77 66 954

E : vladimir.kilinkarov@dentons.com

Dentons – крупнейшая в мире юридическая фирма*, предоставляющая полный спектр юридических услуг. Dentons входит в число лидеров рейтинга ведущих юридических брендов мира, составленный Acritas, получила награду BTI Client Service 30 Award, а также – высокую оценку деловых и юридических изданий за инновации, включая создание Nextlaw Labs и Nextlaw Global Referral Network. Dentons предоставляет юридические услуги российским и иностранным компаниям, банкам и другим финансовым институтам, фондам прямых инвестиций, государственным предприятиям и некоммерческим организациям. www.dentons.com

* 2017 The American Lawyer – Рейтинг 100 международных юридических фирм по количеству юристов (Global 100).

© 2018 Dentons. Dentons – международная юридическая фирма, предоставляющая услуги клиентам по всему миру через свои и аффилированные офисы. Содержание данной публикации не является юридической консультацией и не может служить основанием для осуществления каких-либо действий или отказа от действий. Более подробная информация представлена в разделе «Правовая информация» на сайте dentons.com.