



```
// SL for an opened order
// TP for an opened order
// Period of MA 1
// Period of MA 2
// Distance between MAs
// Strictly set amount of lots
// Percent of free margin
extern double StopLoss =200;
extern double TakeProfit =39;
extern int Period_MA_1=11;
extern int Period_MA_2=31;
extern double Rastvor =0.1;
extern double Prots =0.07;
```

```
// Refresh rates
// Minimal number
// Free margin
// Price of 1 lot
// Step is changed
extern double MinLot;
extern double MarginRequired;
extern double LotStep;
```

```
extern double StopLoss =200; // SL for an opened order
extern double TakeProfit =39; // TP for an opened order
extern int Period_MA_1=11; // Period of MA 1
extern int Period_MA_2=31; // Period of MA 2
```

ГЧП в IT:

НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ

сентябрь 2018



UNITY

ФРЦИ

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	2
ГЛОССАРИЙ.....	5

1. ПОЧЕМУ ГЧП?

10

1.1. ПРЕДЫСТОРИЯ.....	10
1.2. НОВЫЕ ПЕРСПЕКТИВЫ.....	11

2. ГЧП В ИТ: РЕГУЛИРОВАНИЕ

13

2.1. ОБЪЕКТ СОГЛАШЕНИЯ.....	13
2.2. СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ.....	15
2.3. ИНВЕСТИЦИОННЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.....	16
2.4. ИМУЩЕСТВЕННО-ИНФОРМАЦИОННАЯ БАЗА ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТА.....	17
2.5. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВ НА ОБЪЕКТ СОГЛАШЕНИЯ.....	19
2.6. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОБЪЕКТА НА ЭКСПЛУАТАЦИОННОЙ СТАДИИ.....	20
2.7. ОСОБЫЕ УСЛОВИЯ.....	22
2.8. КОНТРАКТНАЯ СТРУКТУРА И РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВ.....	23

3. КАК ЗАПУСТИТЬ ГЧП-ПРОЕКТ?

24

3.1. ПОДГОТОВКА КОНЦЕПЦИИ ПРОЕКТА.....	24
3.2. УСЛОВИЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ФИНАНСИРОВАНИЯ.....	26
3.3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ.....	31

ВВЕДЕНИЕ

Решение принципиально новых задач, стоящих в современном мире перед всеми сферами жизни, экономики, политики, напрямую связано с уровнем информатизации этих сфер. Сейчас активную стадию информатизации проходит медицинская отрасль, ЖКХ, транспорт и многие другие. Такое мощное развитие цифровой инфраструктуры, разумеется, накладывает дополнительную нагрузку на бюджеты всех уровней. Вместе с тем, цифровая трансформация порождает не только обязанности и нагрузку на государство, но и несет в себе дополнительные возможности для IT-бизнеса, например, в результате развития и предоставления новых сервисов IT-инфраструктуры.

Поэтому крайне важно развивать такие правовые механизмы, которые обеспечивают привлечение бизнеса в сферу информационных технологий. Именно в синергии бизнеса и государства при создании новых технологий или развитии уже существующих и состоит ключ к успешным, взаимовыгодным процессам информатизации всех сфер жизни.

Механизмы концессионных соглашений и соглашений о государственно-частном партнерстве являются одними из эффективнейших форм такой синергии: ведь в периметре взаимоотношений между государством и инвестором, заключившим такие соглашения – не только успешное создание продукта, его запуск, но и его дальнейшее функционирование и развитие. Таким образом, инвестор оказывается непосредственно заинтересован в качестве созданной им инфраструктуры, обеспечении ее многолетней эксплуатации. Государство при этом имеет законные основания для поддержки IT-проектов, что делает механизм соглашений экономически взаимовыгодным.

Поэтому в последние годы в большом объеме заключались соглашения и реализовывались проекты государственно-частного партнерства, объектами которых де-факто являлись объекты IT-инфраструктуры. Однако, процесс структурирования таких соглашений существенно осложнялся тем, что до недавнего времени объектом указанных соглашений в соответствии с законодательством могло быть исключительно недвижимое имущество (или движимое, неразрывно связанное с недвижимым). Очевидно, что подобная практика негативно сказывалась на процессе привлечения инвестиций в сферы, нуждающиеся в первоочередном порядке в цифровой трансформации.

Принятый 29 июня текущего года федеральный закон, вносящий изменения в законы о концессионных соглашениях и о соглашениях о государственно-частном (муниципально-частном) партнерстве (Федеральный закон от 29.06.2018 № 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации») решает этот вопрос. В соответствии с законом объекты IT-инфраструктуры, в том числе информационные системы, программы для ЭВМ, базы данных, сайты, а также технологически связанное с указанной инфраструктурой движимое имущество могут быть объектами концессионного соглашения или соглашения о государственно-частном партнерстве, что повышает четкость и прозрачность механизмов взаимодействия государства и инвестора при структурировании и реализации IT-проектов.

Вместе с тем, учитывая особенности правового регулирования вышеназванных объектов, отдельные положения Федерального закона могут вызывать ряд вопросов у правоприменителей, особенно на начальных этапах его реализации. Данная брошюра создана для ответов на многие возникающие вопросы, являясь «путеводителем» по соответствующим положениям закона, описывая предоставленные им возможности, а также механизмы и способы их использования.

АЛЕКСАНДРА ОРЕХОВИЧ
ДИРЕКТОР ПО ПРАВОВЫМ ИНИЦИАТИВАМ ФРИИ

Принятие закона, позволяющего заключать концессионные соглашения и соглашения о ГЧП в отношении объектов информационных технологий, стало важным и своевременным шагом. Как для частного, так и для государственного сектора открылись новые возможности, придающие стимул к переосмыслению многих процессов, особенно в свете общего тренда на цифровизацию экономики.

Вовлечение частного капитала в модернизацию IT-инфраструктуры страны, обеспеченное правовыми гарантиями государства, может стать катализатором роста рынка в целом, так как доступ к масштабным проектам получит целый класс игроков. Надеемся, что возможности закона будут использовать не только признанные лидеры IT-отрасли, но и развивающиеся компании, которые получат новый рынок и канал поддержки своих идей.

Важно также, что использование нового инструментария позволит улучшить качество и доступность государственных услуг для населения: одним из наиболее ожидаемых сообществом последствий реформы является появление проектов, направленных на развитие и повышение эффективности государственных информационных систем.

СЕМЕН МОКИН
ПАРТНЕР ЮРИДИЧЕСКОЙ КОМПАНИИ P&P UNITY



ОГОВОРКИ

Обзор подготовлен экспертами Фонда развития интернет-инициатив и юридической компании P&P Unity в целях информирования участников рынка и других заинтересованных лиц о возможностях реализации ГЧП-проектов в сфере IT.

Приведенные выводы и оценки отражают позицию экспертов ФРИИ и P&P Unity, не претендуют на полноту анализа и актуальны по состоянию на дату публикации.

Обзор не является консультацией и не может быть использован для принятия юридически значимых или каких-либо инвестиционных решений. Обзор не является рекламой и офертой, а распространяется исключительно в информационных целях.



ГЛОССАРИЙ

База данных	Представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ).
ГЧП-проект	Инвестиционный проект, реализуемый на принципах государственно-частного партнерства.
Закон о ГЧП в ИТ	Федеральный закон от 29.06.2018 N 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».
Закон о ГЧП	Федеральный закон от 13.07.2015 N 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».
Закон о концессиях	Федеральный закон от 21.07.2005 N 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».
Концессионное соглашение	<p>ДЛЯ ВСЕХ ОБЪЕКТОВ, КРОМЕ ОБЪЕКТОВ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ:</p> <p>Договор, по которому одна сторона (концессионер) обязуется:</p> <ul style="list-style-type: none">● за свой счет создать и (или) реконструировать определенный этим соглашением объект концессионного соглашения, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), и● осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, <p>а другая сторона (концедент) обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности.</p>

<p>Концессионное соглашение</p>	<p>ДЛЯ ОБЪЕКТОВ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ:</p> <p>Договор, по которому одна сторона (концессионер) обязуется:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ за свой счет создать объект концессионного соглашения, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), и ○ осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, <p>а другая сторона (концедент) обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права использования объектов информационных технологий или права использования объектов информационных технологий и прав владения и пользования техническими средствами обеспечения функционирования объектов информационных технологий.</p>
<p>Лицензионный договор</p>	<p>По лицензионному договору одна сторона – обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах.</p>
<p>Особые обстоятельства</p>	<p>Обстоятельства, наступление которых препятствует надлежащему исполнению соглашения о реализации ГЧП-проекта и (или) наступление которых повлекло или повлечет дополнительные расходы и (или) сокращение выручки.</p>
<p>Программа для ЭВМ</p>	<p>Представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.</p>

<p>Проект</p>	<p>Проект в сфере информационных технологий, реализуемый на основании концессионного соглашения или соглашения о ГЧП.</p>
<p>Прямое соглашение</p>	<p>Гражданско-правовой договор, заключенный между концедентом / публичным партнером, концессионером / частным партнером и финансирующим лицом или финансирующими лицами в целях регулирования условий и порядка их взаимодействия в течение срока реализации концессионного соглашения / соглашения о государственно-частном партнерстве, а также при изменении и прекращении такого соглашения.</p>
<p>Публичная сторона</p>	<p>Концедент по концессионному соглашению или публичный партнер по соглашению о ГЧП.</p>
<p>Реконструкция</p>	<p>Для объектов капитального строительства (за исключением линейных объектов) – изменение параметров объекта капитального строительства, его частей (высоты, количества этажей, площади, объема), в том числе надстройка, перестройка, расширение объекта капитального строительства, а также замена и (или) восстановление несущих строительных конструкций объекта капитального строительства, за исключением замены отдельных элементов таких конструкций на аналогичные или иные улучшающие показатели таких конструкций элементы и (или) восстановления указанных элементов.</p> <p><i>Приведенное выше понятие реконструкции применимо для модели соглашения о ГЧП.</i></p> <p>Применительно к модели концессионного соглашения реконструкция включает в себя мероприятия по переустройству объекта концессионного соглашения на основе внедрения новых технологий, механизации и автоматизации производства, модернизации и замены морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым более производительным оборудованием, изменению технологического или функционального назначения объекта концессионного соглашения или его отдельных частей, иные мероприятия по улучшению характеристик и эксплуатационных свойств объекта концессионного соглашения.</p>



Соглашение о ГЧП

ДЛЯ ВСЕХ ОБЪЕКТОВ, КРОМЕ ОБЪЕКТОВ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ:

Договор, заключенный на срок не менее чем три года, по которому одна сторона (частный партнер) обязуется:

- построить и (или) реконструировать полностью или частично за счет собственных либо привлеченных средств объект соглашения и
- осуществлять эксплуатацию и (или) техническое обслуживание такого объекта,

а другая сторона (публичный партнер) обязуется:

- предоставить частному партнеру права владения и пользования для осуществления указанной в соглашении деятельности и
- обеспечить возникновение права собственности частного партнера на объект соглашения.

ДЛЯ ОБЪЕКТОВ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ:

Договор, заключенный на срок не менее чем три года, по которому одна сторона (частный партнер) обязуется:

- создать за счет собственных либо привлеченных средств объект соглашения и
- осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта соглашения,

а другая сторона (публичный партнер) обязуется:

- предоставить (обеспечить предоставление) частному партнеру права использования результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав объекта информационных технологий, права владения и пользования техническими средствами обеспечения функционирования объектов информационных технологий для осуществления указанной в соглашении деятельности и обеспечить возникновение права собственности и (или) исключительного права частного партнера на указанные технические средства.

Специализированное общество проектного финансирования (СОПФ)

Юридическое лицо, созданное путем учреждения, целями и предметом деятельности которого являются финансирование долгосрочного (на срок не менее трех лет) инвестиционного проекта путем приобретения денежных требований по обязательствам, которые возникнут в связи с реализацией имущества, созданного в результате осуществления такого проекта, с оказанием услуг, производством товаров и (или) выполнением работ при использовании имущества, созданного в результате осуществления такого проекта, а также путем приобретения иного имущества, необходимого для осуществления или связанного с осуществлением такого проекта, и осуществление эмиссии облигаций, обеспеченных залогом денежных требований и иного имущества.

Сублицензионный договор	По сублицензионному договору лицензиат, обладающий правом использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации на основании лицензионного договора, предоставляет при письменном согласии лицензиара право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу.
Частная сторона	Концессионер или частный партнер.

В случаях, когда приведенное ниже описание применимо одновременно для концессионного соглашения и соглашения о ГЧП, под соглашением понимается одновременно концессионное соглашение и соглашение о государственно-частном партнерстве.

Под объектом соглашения мы понимаем как один из перечисленных ниже видов объектов, так и многосоставный объект, включающий в себя все доступные категории объектов, в отношении которых возможно заключение соглашения.



1. ПОЧЕМУ ГЧП?

1.1. ПРЕДЫСТОРИЯ

Реализация инфраструктурных проектов на принципах государственно-частного партнерства (ГЧП) — один из устойчивых трендов последних лет. ГЧП-проект — это инвестиционный проект, реализуемый совместно публичной и частной сторонами.

Частная сторона берет на себя обязательства по полному или частичному финансированию создания и (или) модернизации имущества и его дальнейшей эксплуатации. Публичная сторона может предоставлять необходимое для реализации проекта имущество, а также гарантировать возврат инвестиций частной стороны, в том числе за счет бюджетных выплат.

Благодаря сбалансированному распределению рисков, публичное образование получает возможность решить поставленные перед ним задачи при нехватке бюджетного финансирования, а частные инвесторы, участвующие в ГЧП-проекте, приобретают ряд закрепленных на уровне закона гарантий.

С ростом популярности ГЧП на его принципах стали реализовываться масштабные проекты в отношении капиталоемких комплексных объектов, что поставило перед участниками ГЧП-проектов новые вопросы.

Перечень потенциальных объектов соглашений о ГЧП и концессионных соглашений закрыт и закреплен на уровне закона. До принятия Закона о ГЧП в IT все эти объекты представляли собой исключительно материальную инфраструктуру — здания, линейные объекты и иные объекты недвижимости. Заключение концессионного соглашения или соглашения о ГЧП в отношении исключительно движимого имущества было невозможно даже теоретически. А возможность включения в объект соглашения объектов интеллектуальной собственности вообще не была упомянута в законодательстве.



Вместе с тем многие создаваемые или реконструируемые на основании таких соглашений объекты имели комплексную природу, а для их успешной эксплуатации необходимо было использование объектов информационных технологий.

Например, дорожные концессии в числе прочих полномочий концессионера зачастую предусматривают установку и эксплуатацию автоматической системы управления дорожным движением (АСУДД)¹.

Разработка и использование различного рода информационных систем при реализации ряда ГЧП-проектов иногда являлись даже более важным элементом соглашения, чем «строительная» составляющая.

Ярким примером подобного проекта является концессионное соглашение в отношении объектов, предназначенных для взимания платы, используемых в целях обеспечения функционирования системы взимания платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешенную максимальную массу свыше 12 тонн².

Однако императивные требования Закона о ГЧП и Закона о концессиях делали невозможным заключение соглашений исключительно в отношении информационных систем и иных объектов интеллектуальной собственности даже если их функционал и правовой статус отвечал целям законов.

Такое ограничение являлось существенным препятствием как для государства, так и для частных инвесторов. Механизмов, предусматриваемых законодательством о закупках, было недостаточно, так как речь в большинстве случаев шла не только о разработке объекта ИТ для публичных нужд, но и о его дальнейшей длительной и квалифицированной эксплуатации.

Необходимость в новой инструментарии стала еще более очевидной с утверждением и началом реализации программы по внедрению цифровой экономики: ИТ составляющая станет ключевой для развития практически всех отраслей.

1.2. НОВЫЕ ПЕРСПЕКТИВЫ

Принятие Закона о ГЧП в ИТ сделало возможным заключение концессионных соглашений и соглашений о ГЧП в отношении объектов информационных технологий и центров обработки данных (ЦОД)³.

Регулирование, устанавливаемое Законом о ГЧП в ИТ для концессионных соглашений и соглашений о ГЧП, весьма схожее. Ключевая разница заключается в распределении прав участников проекта на объект соглашения.

1 См. напр. распоряжение Правительства Российской Федерации от 22 мая 2014 г. N 874-р

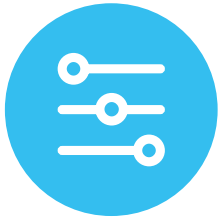
2 См. распоряжение Правительства Российской Федерации от 29 августа 2014 г. N 1662-р

3 Подробное описание, что входит в составе объекта информационных технологий и ЦОД см. ниже в пункте 1 раздела II.

В случае реализации проекта по концессионной модели объекты информационных технологий (исключительные права на них) и ЦОД обязательно должны находиться в собственности публичной стороны (принадлежать публичной стороне), несмотря на то, что концессионер будет выполнять мероприятия по их созданию и эксплуатации. Соглашение о ГЧП, напротив, при сходном объеме обязательств частного партнера предполагает, что объект (исключительные права) временно или навсегда перейдет в частную собственность.

С вступлением Закона о ГЧП в IT в силу все возможности, которые дает реализация проекта на принципах ГЧП, теперь будут распространены на сферу IT:

- частный инвестор получит возможность в рамках одной процедуры брать на себя комплекс обязательств, связанных с созданием объекта информационных технологий или ЦОД, и его дальнейшим обслуживанием в течение длительного периода, зависящего в первую очередь от срока окупаемости проекта. Кроме этого не потребуется отдельных процедур для получения необходимых земельных участков (для случая ЦОД), что исключает риск несовпадения победителей различных торгов;
- для соглашений о ГЧП и концессионных соглашений на уровне Бюджетного кодекса РФ закреплена возможность финансирования за пределами горизонта планирования. При этом заключенное соглашение будет являться достаточным основанием для направления бюджетных средств, что повышает уровень уверенности частного инвестора в источниках рефинансирования проекта;
- допуск к реализации проектов, связанных с использованием государственных информационных систем, частных инвесторов, обладающих необходимыми квалификациями, положительно повлияет на их коммерциализацию и повысит эффективность использования;
- благодаря инструменту “частной инициативы” инвесторы на легальном основании могут выяснять у уполномоченных органов требующуюся для подготовки проекта информацию и прорабатывать все детали, необходимые для принятия стратегических решений по проекту, а также самостоятельно формировать условия будущего соглашения;
- интересы участников проектов получают защиту на законодательном уровне: частный инвестор будет защищен в части возврата вложенных им средств, а публичный – в части сохранения за собой целевого объекта (если это для него актуально) и средств контроля за процессом реализации проекта. Гарантии возврата инвестиций частной стороне обеспечиваются целым набором инструментов, как законных (компенсация затрат при досрочном расторжении соглашения, принятие мер в случае пагубного для проекта изменения регулирования и др.), так и договорных (прямое бюджетное финансирование, минимальный гарантированный доход и др.).



2. ГЧП В ИТ: РЕГУЛИРОВАНИЕ

2.1. ОБЪЕКТ СОГЛАШЕНИЯ

В периметр проекта могут быть включены:

- объекты информационных технологий;
- технические средства обеспечения функционирования таких объектов (**“технические средства”**);
- центры обработки данных (**“ЦОД”**).

Определение указанных видов объектов приведено в таблице 1.

Объекты могут присутствовать в проекте совместно или по отдельности. При этом объект соглашения может быть составным производением, включающим в себя помимо программ для ЭВМ и (или) баз данных также программы для ЭВМ и (или) базы данных, право использования которых предусмотрено открытой лицензией.

Законодательство позволяет не только реализовать сугубо “информационные” проекты, но и запускать проекты со смешанным объектом. Например, проект может включать в себя одновременно создание или реконструкцию объекта здравоохранения с созданием обучающих, научно-исследовательских или иных информационных систем, банков информации. В целом, запрета на реализацию подобных проектов не было и раньше, однако, отсутствовало регулирование порядка вовлечения в проект информационных объектов, распределения обязательств в отношении них и иных важных аспектов. Такой подход создавал дополнительные риски для участников проекта.

Таблица 1. Объекты

Виды объектов:	Объекты информационных технологий ⁴	Технические средства	Центр обработки данных
<p>Описание объектов</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ программы для ЭВМ; базы данных ○ информационные системы (в том числе государственные информационные системы) ○ сайты в сети “Интернет” или других сетях, в состав которых входят программы для ЭВМ и (или) базы данных 	<p>имущество, технологически связанное с одним или несколькими объектами информационных технологий и предназначенное для обеспечения их функционирования или осуществления иной деятельности, предусмотренной соглашением</p>	<p>совокупность зданий, частей зданий или помещений, объединенных единым назначением с движимым имуществом, технологически связанным с объектами информационных технологий, и предназначенных для автоматизации с использованием программы для ЭВМ и баз данных процессов формирования, хранения, обработки, приема, передачи, доставки информации, обеспечения доступа к ней, ее предоставления и распространения</p>
<p>Вид имущества/ прав</p>	<p>интеллектуальные права</p>	<p>движимое имущество, интеллектуальные права</p>	<p>недвижимое и движимое имущество</p>

⁴ Объектом соглашения может являться как каждый из перечисленных объектов в отдельности, так и многосоставный объект.

2.2. СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ

ПУБЛИЧНАЯ СТОРОНА

Публичным партнером/концедентом может выступать Российская Федерация или субъекты Российской Федерации. Реализация проектов на муниципальном уровне не допускается.

Отдельные права и обязанности публичного партнера или концедента могут осуществляться органами и юридическими лицами, уполномоченными публичным партнером в соответствии с федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации (**“лица, выступающие на публичной стороне”**).

ЧАСТНАЯ СТОРОНА

Концессионером может быть индивидуальный предприниматель, юридическое лицо или объединение таких лиц (простое товарищество) (с учетом ограничения, описанного ниже).

Частным партнером по соглашению о ГЧП может быть российское юридическое лицо. В отличие от концессионного соглашения заключить соглашение о ГЧП с индивидуальным предпринимателем или объединением лиц на основе договора простого товарищества нельзя.

Не могут являться частными партнерами, а также участвовать в соглашении о ГЧП на стороне частного партнера юридические лица, подконтрольные публичному партнеру (унитарные предприятия, учреждения, публично-правовые компании, общества, находящиеся под контролем РФ или субъекта РФ, НКО, созданные РФ или субъектом РФ, а также дочерние организации перечисленных юридических лиц).

Для концессионеров и частных партнеров действует специальное ограничение, применимое только для проектов в сфере ИТ: частным партнером или концессионером не могут являться:

- иностранные инвесторы (иностранное физическое лицо и (или) иностранное юридическое лицо);
- российские юридические лица, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические лица и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы.

Исключения могут устанавливаться международным договором Российской Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации.

2.3. ИНВЕСТИЦИОННЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Инвестиционные обязательства – обязательный элемент концессионного соглашения и соглашения о ГЧП. Содержание таких обязательства зависит от типа объектов, а также вида соглашения. Так объекты информационных технологий могут быть разработаны “с нуля” и (или) могут быть переработаны (модифицированы) из уже существующих. Технические средства создаются или модернизируются. ЦОД может создаваться или реконструироваться.

Для исполнения инвестиционных обязательств частная сторона привлекает заемные средства и (или) использует собственные средства. Бюджетное финансирование релевантно скорее для проектов с низким коммерческим потенциалом, либо для проектов, когда частная сторона не может являться получателем средств со стороны пользователей объекта (например, когда сбор средств – это властное полномочие публичной стороны).

Поскольку содержание инвестиционных обязательств в отношении существующих на момент заключения соглашения объектов отличается, мы привели описание таких обязательств в таблице 2. Для создаваемых объектов набор мероприятий зависит от видов и характеристик объектов.

Таблица 2.
Содержание инвестиционных
обязательства для существующих
на момент заключения соглашения
объектов

Закон о ГЧП в ИТ отдельно уточняет, что только перевод программы для ЭВМ или базы данных с одного языка на другой не может быть предметом соглашения, соответственно, такой объем мероприятий нельзя считать полноценным инвестиционным обязательством.

Объекты информационных технологий	Технические средства	Центр обработки данных
<p>переработка (модификация):</p> <p>изменение технических и (или) экономических и (или) организационных и (или) иных решений, составляющих содержание объекта информационных технологий, в целях улучшения характеристик и эксплуатационных свойств объекта соглашения</p>	<p>модернизация:</p> <p>достройка, приобретение и монтаж оборудования, замена комплектующих оборудования, реконструкция и иные виды работ, которые приводят к улучшению (повышению) показателей функционирования объекта соглашения, его технического уровня и (или) появлению у него новых или улучшенных характеристик и эксплуатационных свойств</p>	<p>реконструкция, при этом объем мероприятий по реконструкции для концессионного соглашения и соглашения о ГЧП различаются:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● для концессии используется более широкое понятие реконструкции, которое может не совпадать с реконструкцией в соответствии с градостроительным законодательством ● для соглашения о ГЧП применимо определение из градостроительного законодательства <p>Подробнее см. глоссарий.</p>

2.4. ИМУЩЕСТВЕННО- ИНФОРМАЦИОННАЯ БАЗА ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТА

В зависимости от условий проекта в его периметр могут вовлекаться результаты интеллектуальной деятельности (РИД), информация и имущество (**“имущественно-информационная база”**) в целях:

- осуществления частной стороной инвестиционных обязательств и (или)
- использования частной стороной соответствующей базы на эксплуатационной стадии.

Имущество, информация и РИД могут предоставляться публичной стороной и частной стороной (см. Таблицу 3). Необходимость использования в проекте имущества, информации и РИД, а также объем такого использования зависят от условий проекта и определяется для каждого конкретного случая.

Часть предоставляемой имущественно-информационной базы относится к объекту соглашения (или впоследствии входит в него), а часть носит сопутствующий характер и обеспечивает либо функционирование объекта, либо исполнение соглашения в целом (например, средства устранения ограничений использования РИД). Поэтому в отношении такой сопутствующей части имущественно-информационной базы не устанавливаются инвестиционные обязательства.

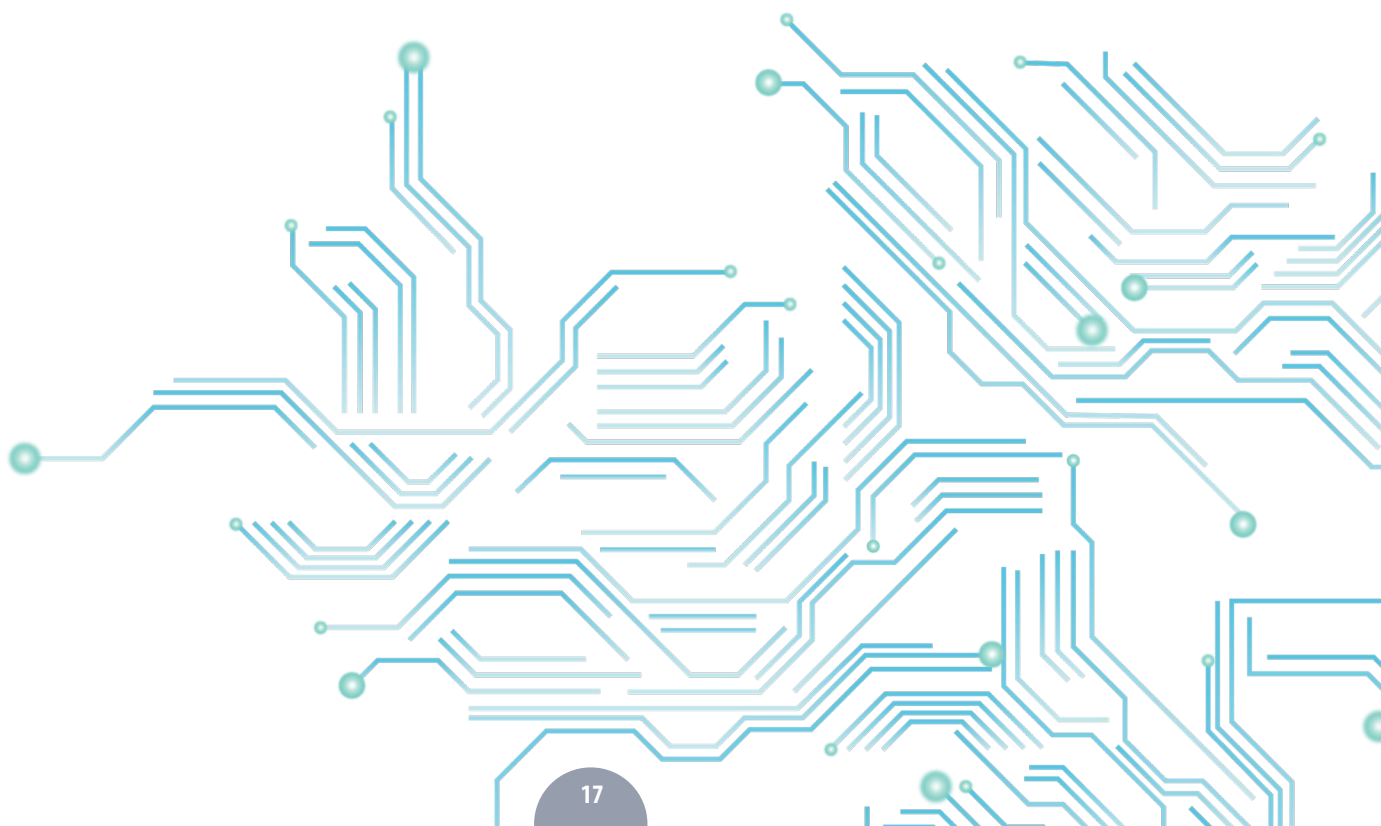


Таблица 3.

Состав, основания для вовлечения и правовой статус имущественно-информационной базы

Вид компонента, особенности	Права на момент запуска проекта	Применимость в зависимости от вида инвестиционных обязательства	Основание для передачи/использования ⁵	Соотношение с объектом соглашения
Публичная сторона - провайдер компонента				
объект информационных технологий, исключительное право или право пользование которым принадлежит публичному партнеру	на момент заключения соглашения компоненты должны принадлежать публичной стороне и быть свободными от прав третьих лиц на момент передачи частной стороне	применимо для переработки объекта информационных технологий	соглашение, лицензионный и (или) сублицензионный договор	входит в объект соглашения
технические средства	исключение: компоненты могут быть обременены правами лиц, выступающих на стороне публичной стороны, на момент их передачи частной стороне	применимо для создания и переработки объекта информационных технологий	соглашение	входят в объект соглашения
результаты интеллектуальной деятельности и (или) средства индивидуализации, которые образуют единое целое с объектом информационных технологий и (или) предназначены для использования в целях осуществления деятельности по соглашению	исключительное право или право пользование принадлежит публичной стороне	предоставление не зависит от вида инвестиционных обязательств	соглашение, лицензионный и (или) сублицензионный договор	<ul style="list-style-type: none"> ○ относятся к категории “иные предоставляемые по соглашению объекты” ○ могут входить в состав объекта соглашения
средства законного устранения ограничений использования результатов интеллектуальной деятельности, установленных путем применения средств защиты авторских и смежных прав	требование не устанавливается, публичная сторона обеспечивает предоставление средств	предоставление не зависит от вида инвестиционных обязательств	соглашение	не входит в объект соглашения, но обеспечивает возможность осуществления деятельности по соглашению
информация в документальной форме или в форме записи на электронных носителях	-	предоставление не зависит от вида инвестиционных обязательств	соглашение	используется в целях исполнения прав и обязанностей частной сторон
ЦОД	в случае реконструкции должен принадлежать на праве собственности публичной стороне и быть свободен от прав третьих лиц	применимо для случая реконструкции ЦОД	соглашение	входит в объект соглашения
имущество (движимое и (или) недвижимое), принадлежащее публичной стороне на праве собственности, образующее единое целое с объектом соглашения и (или) предназначенное для использования в целях создания условий осуществления или осуществления частной стороной деятельности, предусмотренной соглашением	должно принадлежать публичной стороне на праве собственности	<ul style="list-style-type: none"> ○ относится к категории “иное имущество” и не входит в объект соглашения ○ его предоставление не зависит от вида инвестиционных обязательств 	соглашение	не входит в объект соглашения
Частная сторона - провайдер компонента				
<ul style="list-style-type: none"> ○ результаты интеллектуальной деятельности ○ технические средства 	<ul style="list-style-type: none"> ○ исключительные права или права пользования принадлежат частной стороне или приобретаются им (для РИД) ○ право собственности или права владения и пользования принадлежат частной стороне или приобретаются ей у третьих лиц 	используются в целях создания объекта информационных технологий	соглашение	могут входить в состав объекта соглашения

5 Речь о соглашениях, заключаемых между публичной стороной и частной стороной.

2.5. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВ НА ОБЪЕКТ СОГЛАШЕНИЯ

Для исполнения обязательств по соглашению, в том числе на эксплуатационной стадии, частному партнеру потребуется определенный объем прав на объект соглашения. Порядок распределения прав и их объем зависят от выбранной правовой модели.

ПРАВА НА ОБЪЕКТЫ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ И РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОСТАВЕ ТЕХНИЧЕСКИХ СРЕДСТВ

Учитывая правовую природу объектов информационных технологий и РИД в составе технических средств, в отношении таких объектов возникает исключительное право. Исключительное право – это некий “аналог” права собственности, обладатель такого права может использовать результат интеллектуальной деятельности по своему усмотрению, в том числе отчуждать его или предоставлять право использования (лицензию) третьим лицам. Право использования дает обладателю возможность пользоваться результатом интеллектуальной деятельности (объектом информационных технологий), в установленных соглашением пределах.

Распределение прав осуществляется в зависимости от правовой модели и условий проекта:

Таблица 4.
Распределение прав на объекты информационных технологий и РИД в составе технических средств.

Виды соглашений/ права на объект соглашения	Концессионное соглашение	Соглашение о ГЧП
Исключительные права	всегда принадлежат концеденту	<p>принадлежат частному партнеру</p> <p>соглашением о ГЧП может быть предусмотрено обязательство по отчуждению публичному партнеру исключительных прав на соответствующий объект</p> <p>соглашением о ГЧП должна быть предусмотрена обязанность частного партнера по отчуждению исключительного права в пользу публичного партнера если объем финансирования создания объекта соглашения⁶ публичным партнером, либо рыночная стоимость исключительных прав на объекты в составе объекта соглашения в совокупности превышают объем финансирования создания объекта соглашения частным партнером⁷</p>
Права использования	принадлежат концессионеру условиями соглашения может быть предусмотрено, что концедент приобретает право использования в отношении отдельных результатов интеллектуальной деятельности в составе объекта соглашения	<p>предоставление права использования частному партнеру не требуется, поскольку ему принадлежит исключительное право</p> <p>соглашением может предусматриваться предоставление права использования публичному партнеру</p>
Возможность залога прав	нет	есть

6 Под созданием в данном случае также подразумевается переработка (модификация) объектов информационных технологий, модернизация технических средств.

7 Аналогичное положение действует и для передачи имущества.

Таблица 5.

Распределение прав на имущества в составе технических средств и ЦОД

Для распределения прав на имущество в составе технических средств и ЦОД используются общие правила, установленные Законом о концессиях и Законом о ГЧП:

Виды соглашений/ права	Концессионное соглашение	Соглашение о ГЧП
Право собственности	всегда принадлежит концеденту	принадлежит частному партнеру условиями соглашения может предусматриваться передача объекта соглашения в собственность публичного партнера условие о передаче объекта в собственность публичного партнера обязательно, если объем финансирования создания объекта соглашения и рыночная стоимость передаваемого публичным партнером имущества (прав на него) превышает объем финансирования создания объекта частным партнером
Права владения и пользования	принадлежат концессионеру	могут принадлежать частному партнеру или публичному партнеру (в зависимости от распределения обязательств)
Возможность залога прав	нет	есть

2.6.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОБЪЕКТА НА ЭКСПЛУАТАЦИОННОЙ СТАДИИ

Стадия эксплуатации включает в себя несколько компонентов:

1. Целевая эксплуатация, т.е. непосредственное оказание услуг. Услуги могут оказываться пользователям объекта или публичному партнеру (например, доступ к информационной системе и т.д.).
2. Техническое обслуживание, включающее в себя мероприятия, направленные на поддержание объекта в исправном, безопасном, пригодном для эксплуатации состоянии и осуществлении его текущего и капитального ремонта (если применимо).

Участие частного партнера в осуществлении всех или одного компонента обязательно – отнесение рисков эксплуатационной стадии на частную сторону это одно из характерных черт ГЧП.

Таблица 6.
Распределение обязанностей
между партнерами на стадии
эксплуатации

Распределение обязанностей между партнерами на стадии эксплуатации зависит от выбранного вида соглашения:

Вид соглашения:	Концессионное соглашение	Соглашение о ГЧП
Целевая эксплуатация	всегда на концессионере	может быть или на частном партнере, или на публичном партнере
Техническое обслуживание	по общему правилу на концессионере, иное может быть предусмотрено условиями концессии	может быть или на частном партнере, или на публичном партнере

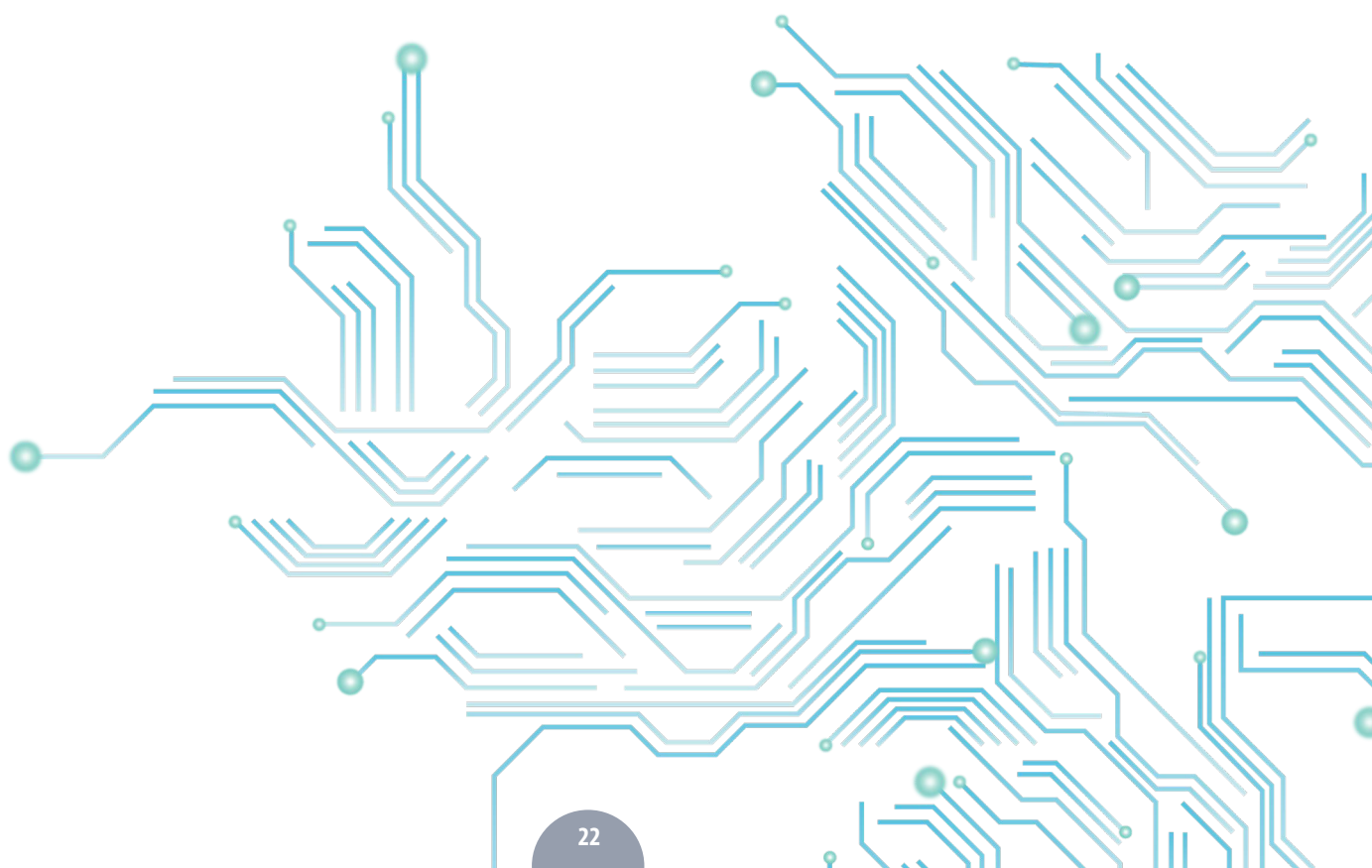
На эксплуатационной стадии концессионер может осуществлять предпринимательскую или иную деятельность с использованием информационных систем, в состав которых входят объекты информационных технологий. Это означает возможность продажи пользователям услуг и сервисов, позволяющих окупить ресурсные затраты и получить прибыль.

Для соглашения о ГЧП упомянутая выше опция прямо не указана, однако считаем, что подобные условия также могут быть включены в соглашение о ГЧП или структурированы иным образом.

2.7. ОСОБЫЕ УСЛОВИЯ

Соглашения, объектом которых являются объекты информационных технологий, помимо существенных условий, релевантных для иных видов инфраструктуры, должны содержать специальные условия:

- обязательства публичной стороны по предоставлению вовлекаемых в проект прав и имущества, если этого требуют условия проекта (см. выше описание вовлекаемой имущественно-информационной базы);
- обязательства частной стороны по соблюдению установленных законодательством требований к обработке персональных данных, информации ограниченного доступа;
- обязательства частной стороны по осуществлению государственной регистрации созданного объекта информационных технологий в случаях, предусмотренных Гражданским кодексом РФ;
- обязательства сторон при передаче исключительного права и (или) права использования объекта информационных технологий по предоставлению информации об авторах, участвовавших в создании такого объекта, а также документальному подтверждению приобретению прав на соответствующий объект, если он входит в состав объекта соглашения (если применимо).



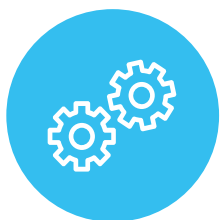
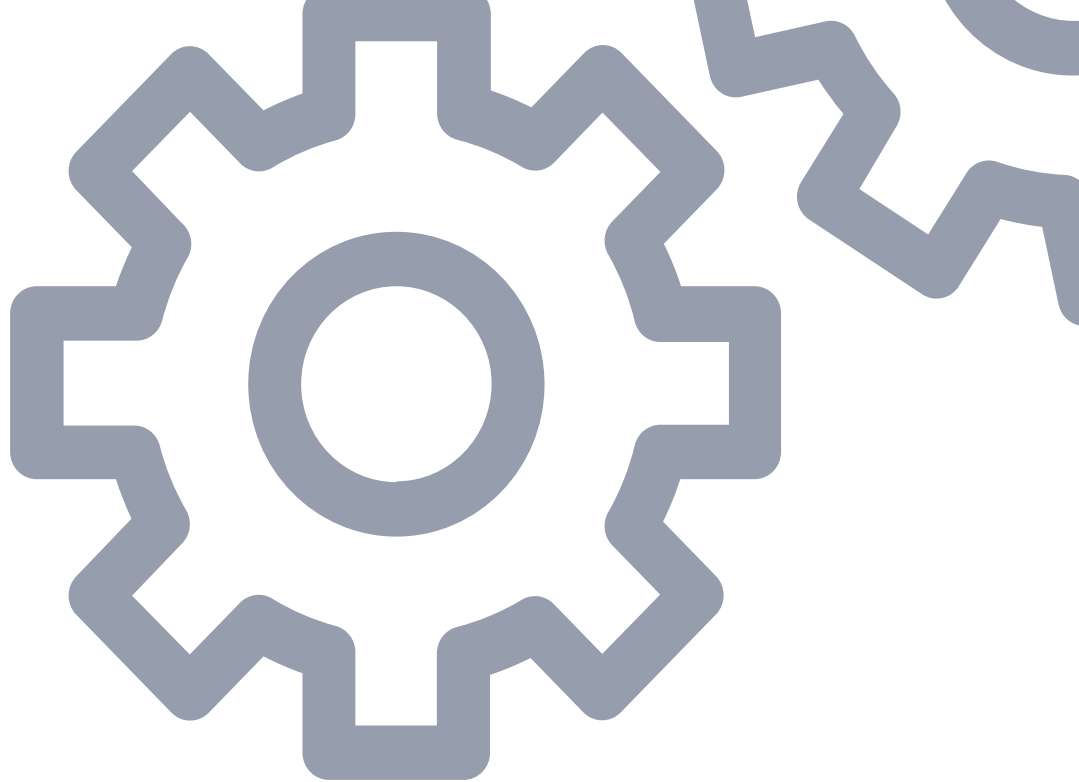
2.8. КОНТРАКТНАЯ СТРУКТУРА И РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВ

СОГЛАШЕНИЕ О ГЧП



КОНЦЕССИОННОЕ СОГЛАШЕНИЕ





3. КАК ЗАПУСТИТЬ ГЧП-ПРОЕКТ?

3.1. ПОДГОТОВКА КОНЦЕПЦИИ ПРОЕКТА

Инициатором ГЧП-проекта, в том числе проекта в сфере IT, может выступать как частная, так и публичная сторона. Несмотря на то, что их конечные цели различаются, существует ряд действий, которые, как показывает практика, необходимо осуществить для того, чтобы процесс запуска стал успешным.

КОНЦЕПЦИЯ ГЧП-ПРОЕКТА

Одно из необходимых условий успешной реализации ГЧП-проекта – наличие у его участников объективной картины того, что они хотят получить в итоге, и какие исходные данные имеются на текущем этапе. Ответы на эти вопросы как правило можно получить при подготовке концепции ГЧП-проекта.

Законодательные требования по подготовке документа подобного рода отсутствуют, но в некоторых субъектах РФ наличие подготовленной концепции – необходимое условие для запуска конкурса на право заключения соглашения о ГЧП или концессионного соглашения. Однако даже если формальная обязанность по разработке концепции отсутствует, ее наличие будет просто необходимо как публичной, так и частной стороне, так как поможет сформулировать и согласовать ключевые условия реализации ГЧП-проекта, которые позже найдут отражение в тексте соглашения.

Традиционно концепция состоит из трех частей – юридической, финансовой и технической.

Таблица 7.
Содержание концепции ГЧП-проекта

<p>Юридическая часть</p>	<p>возможные правовые модели реализации ГЧП-проекта, контрактная структура, схема привлечения финансирования, возникающие в рамках таких моделей правовые риски и методы борьбы с ними.</p> <p>Задача - выбор оптимальной правовой модели реализации ГЧП-проекта.</p>
<p>Техническая часть</p>	<p>общее описание планируемого объекта, требования, которым он должен соответствовать, анализ имеющихся исходных данных, предпроектные проработки и иные технические исследования.</p> <p>Задача - сформировать техническое задание для частного инвестора, определить техническую реализуемость и целесообразность ГЧП-проекта.</p>
<p>Финансово-экономическая часть</p>	<p>ключевые финансовые потоки проекта, предпосылки (оценка доходной и расходной частей, условия привлечения финансирования и иные допущения), финансовая модель.</p> <p>Задача - вывод об объеме, вариантах и условиях получения необходимых для реализации ГЧП-проекта финансовых ресурсов</p>

МАТРИЦА РИСКОВ

Неотъемлемой частью концепции является матрица рисков. Распределение рисков между публичной и частной стороной – один из основных принципов ГЧП. Под рисками понимаются события, наступление которых может негативно повлиять на ГЧП-проект (например, затягивание сроков, увеличение стоимости строительства, неполучение запланированной выручки и т.д.). Как будут распределены риски в конкретном случае, зависит от договоренностей между сторонами и их возможностей по управлению теми или иными рисками. Для управления рисками используются различные механизмы: включение в соглашение условий о привлечении в спорных случаях независимых экспертов, использование дополнительных обеспечительных мер, разработка дополнительных требований к привлекаемым подрядчикам, включение в соглашение категории “особых обстоятельств” (событий, которые могут негативно повлиять на ГЧП-проект) и последствий их наступления и т.д.

Задача подготовки матрицы рисков – описать возможные риски, механизмы их минимизации, стороны, которые за них отвечают, и степень влияния рисков на ГЧП-проект. Своевременная подготовка такого документа может позволить полностью исключить некоторые риски уже на предварительной стадии, в то время как после запуска ГЧП-проекта их внезапное выявление может стать критичным. Такой подход делает реализацию ГЧП-проекта более прогнозируемой.

Существует много классификаций возможных рисков, одним из общепринятых является деление рисков по природе их возникновения. К техническим рискам

относятся ошибки документации, срывы сроков, ненадлежащее качество создаваемого объекта и др. Коммерческие риски – это факторы, которые снижают планируемый объем финансовых поступлений, например, падение спроса. Финансовые риски включают в себя изменение банковских процентных ставок, курсов валют, уровня инфляции, иные негативные финансовые колебания. Наконец, политические и правовые риски связан с изменением законодательства или публичной политики по отношению к ГЧП-проекту в целом.

Распределение рисков для каждого случая уникально, но можно выявить некие общие тенденции, которые чаще всего встречаются в практике реализации ГЧП-проектов:

Таблица 8.
Основные риски ГЧП-проектов

Виды рисков	Ответственная сторона	
	Публичный партнер	Частный партнер
Технические		///
Коммерческие	///	///
Финансовые		///
Политические	///	
Правовые	///	///

ДОРОЖНАЯ КАРТА

Как часть концепции или в качестве самостоятельного документа целесообразно разработать укрупненную дорожную карту ГЧП-проекта. Она позволит участникам определить последовательность дальнейших действий, круг уполномоченных органов, которые необходимо будет привлечь к согласованию, а также нормативные акты, изменение которых может стать необходимым для успешной реализации ГЧП-проекта.

3.2. УСЛОВИЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ФИНАНСИРОВАНИЯ

Еще одним важным этапом подготовки является предварительная проработка источников и условий привлечения финансирования. Реализация большинства ГЧП-проектов требует привлечения значительного объема денежных средств, которое невозможно без участия финансирующих организаций. Несмотря на то, что в проектах сферы ИТ высокую значимость имеет именно интеллектуальный капитал (труд разработчика), с большой долей вероятности необходимость использования заемных средств будет актуальна и для таких проектов.

Применительно к сфере ГЧП речь чаще всего идет о проектном финансировании: частный инвестор привлекает заемные средства не на осуществление хозяйственной деятельности в целом, а на реализацию конкретного ГЧП-проекта. Условия финансируемого ГЧП-проекта и условия привлечения денежных средств, как правило, тесно связаны. Это достигается путем использования целого комплекса инструментов как общего характера, так и разработанных специально для сферы ГЧП.

СПОСОБЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ФИНАНСИРОВАНИЯ

ОСНОВНЫМИ СПОСОБАМИ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ФИНАНСИРОВАНИЯ В ГЧП-ПРОЕКТЫ В РОССИИ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ ЯВЛЯЮТСЯ:

БАНКОВСКОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ

- кредиты, в том числе синдицированные

НЕБАНКОВСКОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ

- участие в капитале
- займы в том числе субординированные и синдицированные
- облигации

Наиболее популярным способом привлечения заемных денежных средств в ГЧП-проект сейчас является заключение кредитного соглашения с финансирующей организацией (банком). В условия кредитного соглашения в этом случае, как правило, включаются ковенанты, связанные с процессом исполнения заемщиком обязательств по концессионному соглашению или соглашению о ГЧП.

Частный инвестор также может привлечь денежные средства путем эмиссии облигаций в рамках проекта. Основными покупателями проектных облигаций являются институциональные инвесторы: негосударственные пенсионные фонды, фонды, специализирующиеся на вложениях в инфраструктуру. Кроме того, заинтересованными в покупке облигаций могут быть кредитные организации. На законодательном уровне в последние годы предпринят целый ряд шагов, направленных на создание возможности для вложения средств этих инвесторов в ГЧП-проекты:

- упрощенное включение в котировальный список высшего уровня облигаций, выпущенных в целях финансирования ГЧП-проекта (облигации частного партнера);
- специальные требования к облигациям, выпущенным в целях финансирования концессии, соблюдение которых необходимо для того, чтобы вложить в них пенсионные или страховые деньги.

Таблица 9.
Способы привлечения
финансирования: преимущества и
недостатки

	Банковское финансирование	Небанковское финансирование
Преимущества	<ul style="list-style-type: none"> ○ проработанный рынок в Российской Федерации ○ плотное взаимодействие с заемщиком, включая отстаивание интересов заемщика перед государственным партнером ○ возможность гибкого подхода к соблюдению ковенант (мягкая реструктуризация возможна и реализуема) ○ гибкий подход к наличию рейтингов, финансовой отчетности и проч. ○ более мягкие требования к минимальному объему финансирования 	<ul style="list-style-type: none"> ○ более мягкие ковенанты (в т.ч. из-за отсутствия необходимости соблюдения инвесторами требований банковского надзора) ○ широкая возможность использования плавающих ставок (в том числе привязанных к ИПЦ, дефляторам, иным формулам) ○ для облигаций – возможность обращения на вторичном рынке ○ для облигаций – доступ к институциональным инвесторам (НПФ, страховые организации)
Недостатки	<ul style="list-style-type: none"> ○ ограниченные возможности по использованию плавающих ставок (особенно – ИПЦ, индексы-дефляторы и проч.) ○ более жесткий подход к установлению изначальных кредитных ковенант ○ в случае синдицированного кредитования – схема взаимодействия кредиторов может быть достаточно сложной и неторопливой 	<ul style="list-style-type: none"> ○ слабое развитие рынка ○ рыночные ограничения на объем финансирования через облигации (на российском рынке – больше 1, а лучше 2 млрд. руб.) ○ классический профиль погашения (bullet bond – в конце срока) не совсем применим – требуется амортизация ○ реструктуризация крайне затруднена ○ законодательные требования к наличию рейтингов, отчетности и проч. ○ выборка происходит либо целиком сразу, либо частями

Одним из правовых инструментов, созданным специально для развития проектного финансирования, в том числе финансирования ГЧП-проектов, является СОПФ – специализированное общество проектного финансирования. Упрощенно механизм использования СОПФ можно описать следующим образом. СОПФ аккумулирует на себе все входящие денежные потоки концессионера или частного партнера (либо само является стороной концессионного или ГЧП-соглашения), а затем выпускает облигации, обеспеченные этими потоками. Денежные средства, полученные от продажи облигаций, СОПФ направляет на реализацию проекта. С помощью такого инструмента могут финансироваться любые долгосрочные (не менее 3 лет) проекты. Основная цель использования СОПФ – предоставить дополнительную защиту инвесторам. Такая защита обеспечивается за счет запрета на осуществление СОПФ деятельности, не связанной с проектом. Это позволяет локализовать проектные риски и исключить вероятность появления рисков, не связанных с исполнением базового соглашения.

Еще одним специфическим инструментом, характерным именно для ГЧП-проектов, является прямое соглашение. Если концессионное или ГЧП-соглашение заключается только между частной и публичной стороной, то прямое соглашение позволяет добавить в эти отношения третье лицо – финансирующую организацию. Как правило, прямое соглашение заключается практически одновременно с соглашением о реализации ГЧП-проекта и предусматривает положения, направленные на дополнительную защиту инвесторов. Прямое соглашение закрепляет права, обязанности и ответственность сторон и позволяет связать исполнение концессионного или ГЧП-соглашения и исполнение соглашений о финансировании. Тот факт, что его стороной могут являться не только банки, но и, например, владельцы облигаций, если облигации выпущены для целей финансирования ГЧП-проекта, делает инструмент еще более удобным.

В случае заключения прямого соглашения права частной стороны используются в качестве предмета залога при обеспечении требований кредиторов. Механизм залога прав требования не был разработан специально для сферы ГЧП, но его ценность для проектного финансирования велика: такой залог позволяет привлечь в ГЧП-проект денежные средства, предоставив кредиторам в обеспечение свои права на будущий денежный поток от потребителей или публичной стороны (в зависимости от особенностей ГЧП-проекта). Залогом прав требования при этом может быть обеспечен не только банковский кредит, но и облигационный заем.

Залог прав частного партнера или концессионера по банковскому счету также является универсальным правовым инструментом и, как правило, используется совместно с залогом прав требования. Такая дополнительная гарантия позволяет кредитору осуществлять постоянный контроль за тем, как именно его должник расходует получаемые денежные средства. При обнаружении, например, нецелевого расходования или серьезных задержек в реализации ГЧП-проекта кредитор может обратиться за взысканием на заложенные права по банковскому счету и получить находящиеся на нем деньги.

НАЛОГОВЫЕ ОСОБЕННОСТИ ЗАЕМНОГО ФИНАНСИРОВАНИЯ ПРОЕКТОВ

Согласно действующему налоговому законодательству финансирование, предоставленное банком, который является взаимозависимым лицом с частным партнером, признается контролируемой задолженностью для целей правил недостаточной капитализации в случае, если кредит обеспечен иностранной организацией, взаимозависимой с заемщиком. Также задолженность, возникшая перед независимой организацией, признается контролируемой в случае, если данная задолженность обеспечена иностранной организацией, взаимозависимой с заемщиком. Указанные положения ограничивают использование акционерных и групповых обеспечений займов и кредитов, привлекаемых участниками ГЧП-проектов, а также порождает неблагоприятные налоговые последствия при участии банка-кредитора в капитале частного партнера.

С 2017 года обеспеченные кредиты от банков, не взаимозависимых с группой заемщика, при соблюдении определенных условий не признаются контролируемой задолженностью. Указанное освобождение неприменимо к задолженности перед ЕАБР, учитывая его правовой статус.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ

Можно назвать следующие ограничения по привлечению долгового финансирования в ГЧП-проекты.

Частный партнер не может находиться под контролем государства. В соответствии со статьей 5 Закона о ГЧП действует запрет на участие в соглашении о ГЧП в качестве частного партнера (и (или) на его стороне) хозяйственных обществ, находящихся под контролем государства.

Данная норма противоречит сложившейся в Российской Федерации практике финансирования проектов и существенно влияет на возможности привлечения частным партнером финансирования для реализации проектов ГЧП. Регулирование не позволяет таким финансирующим организациям, как, например, Банк ВТБ, УК «РФПИ», Банк ГПБ (АО), участвовать в качестве инвестора частного партнера в соответствии с Законом о ГЧП.

На случай досрочного прекращения проекта права инвесторов по соглашению о ГЧП могут быть не полностью защищены. В соответствии с частью 9 статьи 13 Закона о ГЧП предусмотрено уменьшение размера компенсации, выплачиваемой публичным партнером при досрочном прекращении соглашения на сумму убытков, причиненных публичному партнеру и третьим лицам таким досрочным прекращением. Правило работает только в случае, если в соглашении содержится обязательство частного партнера по передаче объекта соглашения в собственность публичному партнеру. Такой подход может создать риски невозврата затрат частного партнера, в том числе, связанных с обеспечением доходности инвестиций частного партнера (собственных и заемных).

3.3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ

Заключение соглашения о ГЧП или концессионного соглашения возможно одним из двух способов — с использованием конкурсных процедур и во внеконкурсном порядке. Конкурс проводится в случае, когда инициатором реализации проекта выступает публичное образование. Если говорить коротко и простым языком, то базовые условия будущего соглашения и требования публичной стороны в установленном законом порядке доводятся до потенциальных инвесторов, и тот из них, кто предложит наилучшие условия, становится победителем конкурса.

Оснований для заключения концессионного соглашения и соглашения о ГЧП без проведения конкурса несколько. Не считая случаев, когда конкурс был запущен, но признан несостоявшимся из-за недостаточной явки участников, это:

- для концессионного соглашения — определение концессионера решением Правительства РФ, а также частная концессионная инициатива;
- для соглашения о ГЧП — инициатива частного партнера и — новелла, появившаяся благодаря принятию Закона о ГЧП в IT, — заключение соглашения о ГЧП с организацией, которой в соответствии с федеральным законом или актом Правительства РФ на срок до заключения соглашения о ГЧП переданы права использования программ для ЭВМ и баз данных, входящих в состав информационной системы, а также передана информация, входящая в ее состав.


Единственным вариантом, зависящим исключительно от инвестора, является, таким образом, направление частной инициативы. Стоит отметить, что Закон о ГЧП в IT не устанавливает каких-либо особенностей, связанных с процедурами заключения соглашения, для концессионных соглашений и соглашений о ГЧП в отношении объектов IT.

ЧАСТНАЯ ИНИЦИАТИВА

В рамках частной инициативы любое заинтересованное лицо может обратиться к публично-правовому образованию и донести до него условия, на которых такое лицо готово реализовать проект. Форма обращения установлена на нормативном уровне⁸ и предполагает предоставление инициатором предполагаемого соглашения со всеми существенными условиями.

Затраты на подготовку частной инициативы полностью ложатся на частного инвестора. Это касается как затрат на подготовку документов, так и на проведение необходимых предварительных финансовых и технических исследований. Публичная сторона в данном случае только предоставляет информацию в рамках предварительных переговоров (в допустимых законом рамках). Пока что действующее законодательство

⁸ Постановление Правительства РФ от 31.03.2015 № 300 «Об утверждении формы предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения», Постановление Правительства РФ от 19.12.2015 № 1386 «Об утверждении формы предложения о реализации проекта государственно-частного партнерства или проекта муниципально-частного партнерства, а также требований к сведениям, содержащимся в предложении о реализации проекта государственно-частного партнерства или проекта муниципально-частного партнерства».



не содержит специальных инструментов, обеспечивающих компенсацию средств, затраченные инициатором, если в результате соглашение было заключено не с ним, а с третьим лицом, хотя необходимость такой нормы обсуждается давно.

Предложение направляется инициатором публичному партнеру (уполномоченному органу концедента). Далее алгоритм действий отличается в зависимости от того, какое соглашение планируется заключить.

КОНЦЕССИОННОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Потенциальный концедент после получения предложения принимает одно из трех решений: об отказе в заключении концессионного соглашения, о возможности заключить соглашение на предложенных инициатором условиях либо о возможности заключить соглашение на иных условиях. В последнем случае в целях согласования компромиссного варианта стороны начинают переговоры. Проект соглашения, устраивающий концедента, подлежит публикации на официальном сайте torgi.gov.ru. В течение 45 дней любые заинтересованные лица могут обратиться с заявкой о желании принять участие в проекте на данных условиях. Если такие лица находятся, то проводится полноценный конкурс (срок, в течение которого должен быть объявлен конкурс, законом не урегулирован). Если нет – соглашение заключается с первоначальным инициатором.

СОГЛАШЕНИЕ О ГЧП

В отличие от концессии по итогам рассмотрения инициативы в рамках Закона о ГЧП публичный партнер принимает решение: о направлении предложения о реализации проекта на рассмотрение в уполномоченный орган в целях оценки эффективности и определения его сравнительного преимущества, либо о невозможности реализации проекта.

Оценка эффективности включает в себя оценку финансовой эффективности, а также социально-экономического эффекта. Сравнительное преимущество определяется путем сопоставления с государственным контрактом по параметрам чистых дисконтированных расходов бюджета и объема принимаемых публичным партнером обязательств в случае возникновения рисков при реализации проекта. В случае получения положительного заключения от уполномоченного органа публичный партнер принимает решения о реализации проекта, содержащее сведения о целях и задачах реализации проекта, публичном партнере и существенных условиях соглашения о ГЧП и публикует его на сайте torgi.gov.ru. В течение 45 дней любые заинтересованные лица могут обратиться с заявкой о желании принять участие в проекте на данных условиях. Если такие лица находятся, то в течение 180 дней объявляется конкурс.

На протяжении срока рассмотрения предложения о реализации проекта до момента принятия решения о его реализации стороны могут проводить переговоры, а частный партнер – корректировать исходное предложение по их итогам.

Схемы реализации частной инициативы по концессионному соглашению и соглашению о ГЧП приведены в Приложениях № № 2.1, 3.1.

КОНКУРС

В отличие от частной инициативы, решение о запуске конкурса зависит исключительно от публичной стороны. Так как конкурсная документация содержит все существенные условия планируемого к заключению соглашения, то перед началом конкурсных процедур от публичной стороны требуется тщательная предварительная подготовка проекта. Затраты на такую подготовку, как правило, ложатся на бюджет, что делает механизм частной инициативы более привлекательным для публичных партнеров.

Если речь идет о конкурсе на право заключения соглашения о ГЧП, то перед его объявлением проект должен пройти оценку эффективности, аналогичную описанной выше. Для концессионного соглашения такая процедура не нужна, достаточно принятия уполномоченным органом концедента решения о заключении концессионного соглашения, содержащего описание всех его существенных условия

Конкурс на право заключения концессионного соглашения или соглашения о ГЧП является двухэтапным. На первом этапе потенциальные участники оцениваются по их профессиональным и деловым качествам. Те из них, которые отвечают требованиям, заявленным публичной стороной, переходят на следующий этап и получают право подать конкурсное предложение. Для конкурса на право заключения соглашения о ГЧП предварительный этап не обязателен: публичный партнер может установить, что конкурсное предложение могут направить все лица, соответствующие минимальным законным требованиям.

На втором этапе оцениваются конкурсные предложения участников конкурса. Предложения сравниваются на основании критериев, установленных публичным партнером (концедентом) на основе требований Закона о ГЧП и Закона о концессиях соответственно.

Закон о ГЧП предусматривает три категории критериев конкурса: технические, финансовые и юридические, оставляя список конкретных критериев открытым. Закон о концессиях, напротив, предусматривает закрытый перечень критериев, в том числе сроки создания объекта, его технико-экономические показатели, объем производства, товаров, выполнения работ, оказания услуг и т.д.

Конкурсная комиссия рассматривает и оценивает поступившие конкурсные предложения в соответствии с установленными конкурсной документацией критериями конкурса. Участник конкурса, сделавший лучшее предложение по критериям конкурса, признается его победителем и с ним заключается соглашение о реализации проекта. Схемы реализации частной инициативы по концессионному соглашению и соглашению о ГЧП приведены в Приложениях №№ 2.2, 3.2.

Сроки проведения мероприятий как в рамках конкурса, так и в рамках частной инициативы регламентированы соответствующими законами. Рассчитать время, необходимое для реализации соответствующей процедуры, можно с помощью калькулятора сроков по ссылке

<http://pppadvisor.ru/timeline-key-date-calculator/>.

СРАВНЕНИЕ ПРАВОВЫХ МОДЕЛЕЙ ПО КЛЮЧЕВЫМ КРИТЕРИЯМ⁹

Критерий оценки	Концессионное соглашение	Соглашение о ГЧП
Частная сторона¹⁰	<ul style="list-style-type: none"> ○ Индивидуальный предприниматель ○ Российское юридическое лицо ○ Простое товарищество (объединение юридических лиц) 	Российское юридическое лицо (за исключением лиц, находящихся под публичным контролем)
Особенности инвестиционных обязательств в отношении недвижимого имущества	Более широкое по сравнению с Градостроительным кодексом РФ понятие реконструкции, включающее в себя модернизацию	—
Обязательства на эксплуатационной стадии в периметре соглашения	<ul style="list-style-type: none"> ○ Концессионера: (а) целевая эксплуатация и (б) техническое обслуживание (опционально) ○ Концедента (опционально): техническое обслуживание 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Частного партнера: (а) целевая эксплуатация и (или) (б) техническое обслуживание ○ Публичного партнера (опционально): (а) целевая эксплуатация или (б) техническое обслуживание
Финансирование за счет публичной стороны	<ul style="list-style-type: none"> ○ Капитальных затрат: в полном объеме или частично ○ Эксплуатационных затрат: в полном объеме или частично 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Капитальных затрат: частично ○ Эксплуатационных затрат: в полном объеме или частично
Заемное финансирование: особые инструменты	<ul style="list-style-type: none"> ○ Облигации эмитента-концессионера ○ Прямое соглашение 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Облигации эмитента-частного партнера ○ Прямое соглашение
Специальные гарантии возврата инвестиций, в том числе в случае досрочного расторжения	<ul style="list-style-type: none"> ○ Общие законные гарантии, включая возмещение затрат при досрочном расторжении ○ Законные гарантии в сфере тарифного регулирования (если применимо) ○ Договорные гарантии 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Общие законные гарантии, включая возмещение затрат при досрочном расторжении ○ Законные гарантии в сфере тарифного регулирования (если применимо) ○ Договорные гарантии

9 Различия, касающиеся распределения прав на объект соглашения приведены в пункте 5 Раздела II выше.

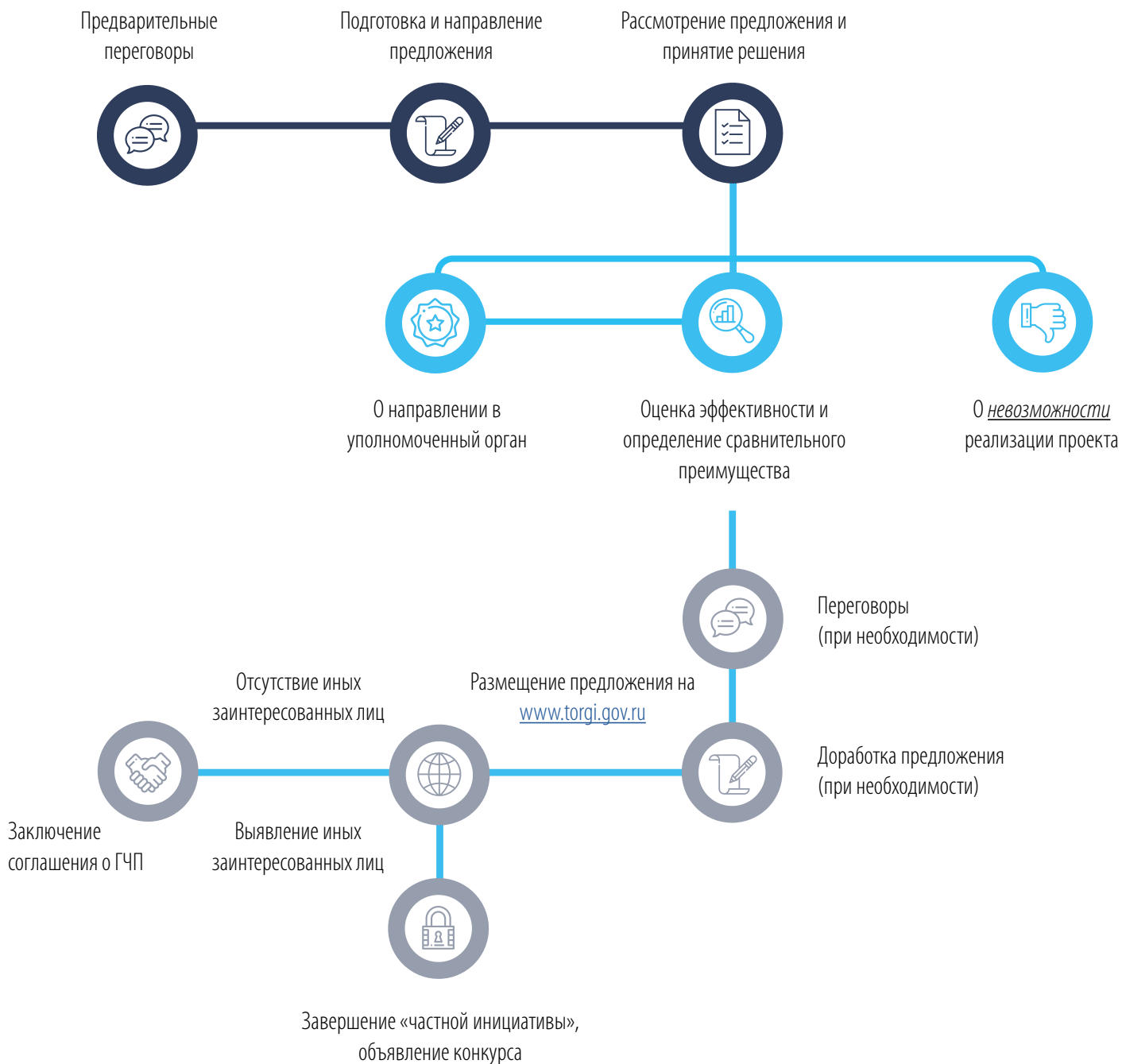
10 Частной стороной не могут быть иностранные юридические лица или юридические лица, находящиеся под контролем иностранных юридических лиц, физических лиц, иностранных государств, их органов.

Критерий оценки	Концессионное соглашение	Соглашение о ГЧП
<p>Особенность процедур заключения соглашений</p>	<p>Возможность внеконкурсного порядка заключения соглашения:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ частная инициатива ○ на основании решения Правительства РФ (для федеральных концессий) 	<p>Обязательная предварительная оценка эффективности проекта и определение его сравнительного преимущества при любом способе заключения</p> <p>Квалификационный предварительный отбор опционален (для конкурса)</p> <p>Возможность внеконкурсного порядка заключения соглашения:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ частная инициатива ○ с организацией, которой в случаях и на основаниях, определенных федеральным законом или актом Правительства РФ, на срок до заключения соглашения о ГЧП переданы на основании договора об отчуждении исключительного права или предоставлены на основании соглашения (соглашений) права использования программы для ЭВМ и баз данных, входящих в составе информационной системы, а также передана информация, входящая в ее состав
<p>Гибкость изменения условий соглашения</p>	<p>Требуется согласие антимонопольного органа на изменение существенных условий (перечень основания для изменений закрыт)</p>	<p>Согласие антимонопольного органа не требуется</p>

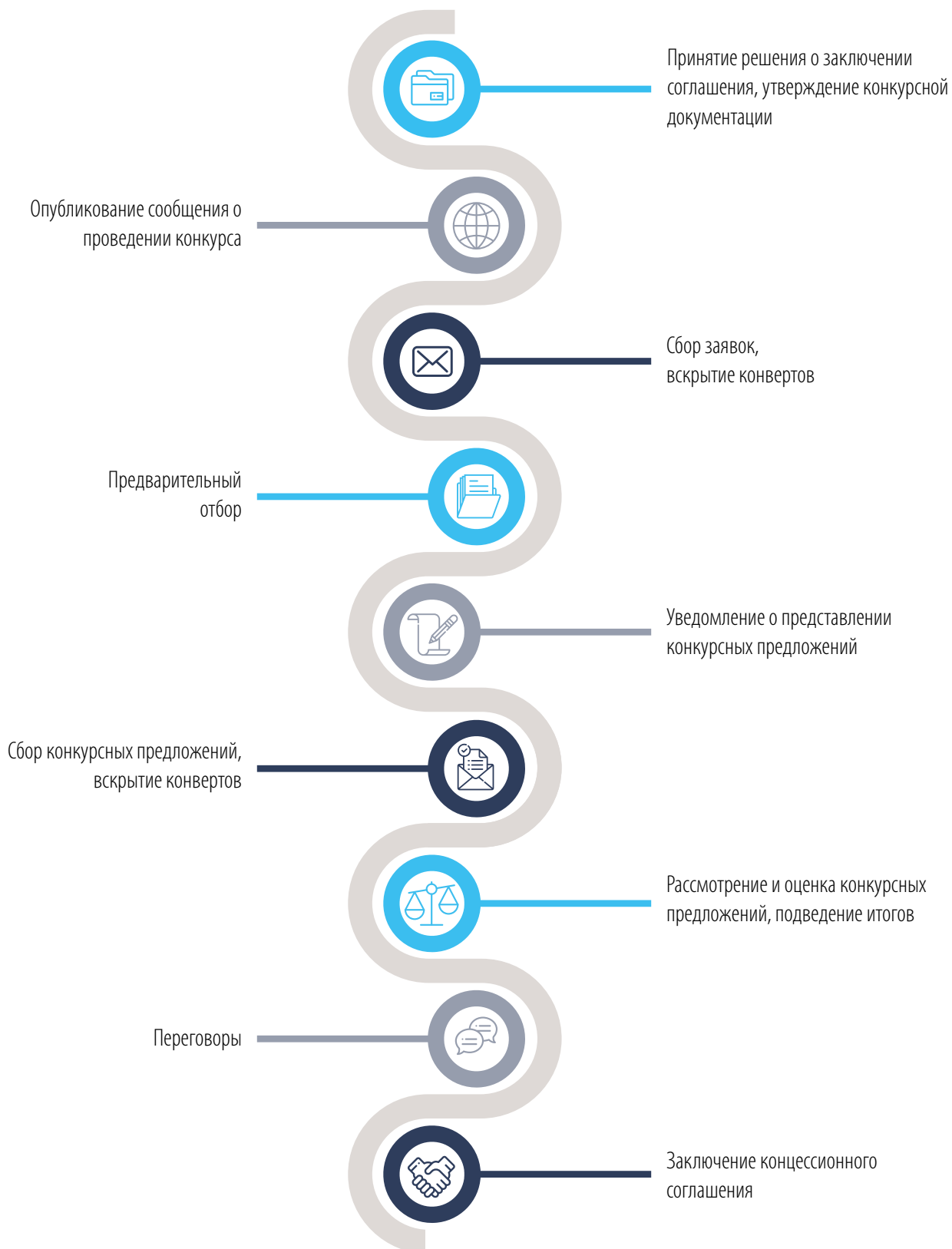
КАРТА КОНКУРСА ДЛЯ СОГЛАШЕНИЯ О ГЧП



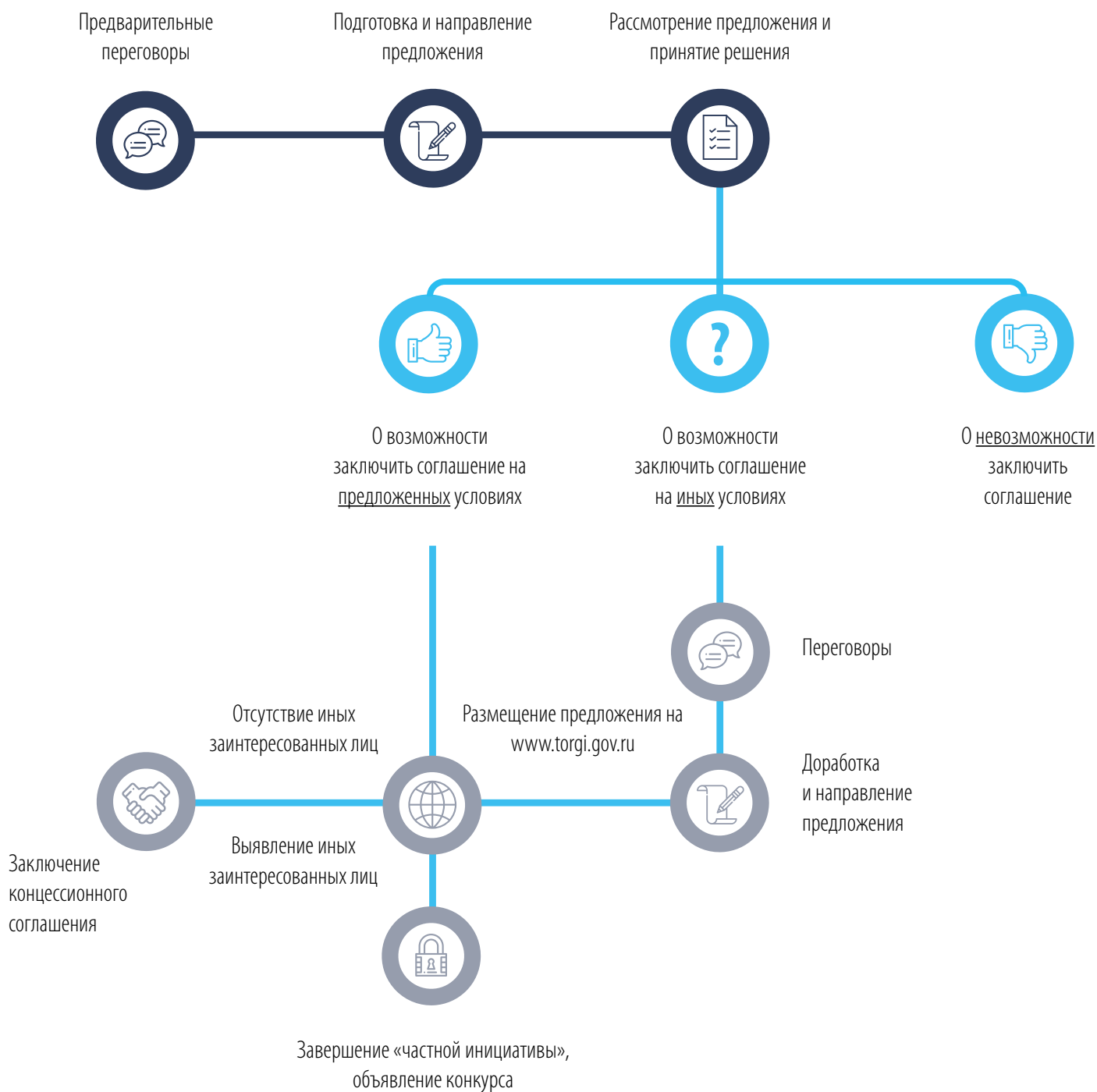
КАРТА ЧАСТНОЙ ИНИЦИАТИВЫ ДЛЯ СОГЛАШЕНИЯ О ГЧП



КАРТА КОНКУРСА ДЛЯ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ



КАРТА ЧАСТНОЙ ИНИЦИАТИВЫ ДЛЯ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ





U N I T Y

Юридическая компания P&P Unity

www.ppunity.ru



Сопровождение
инфраструктурных
проектов «под ключ»



Сопровождение
привлечения
финансирования в
проекты



Поддержка онлайн-
платформы
«ГЧП-советник»
www.pppadvisor.ru

Авторский коллектив:

О.Ю Белоусова, С.В. Мокин, У.С. Огородова, А.В. Орехович.

ФРИИ

Фонд развития интернет-инициатив

www.iidf.ru

Российский фонд венчурных инвестиций. Фонд предоставляет инвестиции технологическим компаниям на ранних этапах развития, проводит акселерационные программы и участвует в разработке методов правового регулирования венчурной отрасли.

ФРИИ принял непосредственное участие на стадии разработки законопроекта о ГЧП в IT, выступив консолидатором мнений IT, банковской и юридической сфер.