



**ЭКСПЕРТНЫЙ СОВЕТ ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СТРОИТЕЛЬНОЙ СФЕРЕ**

**Президент Ассоциации
«Национальное объединение строителей»**


(подпись)

А.Н. Глушков

« 19 » июля 2022 г.

Утверждено

Экспертным советом Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (протокол от «18» июля 2022 г. № 100)

Заключение

**по результатам правовой экспертизы законопроекта № 83061-8
«О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»**

Экспертным советом Ассоциации «Национальное объединение строителей» по вопросам совершенствования законодательства в строительной сфере (далее – Экспертный совет) проведена правовая экспертиза законопроекта № 83061-8 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – законопроект).

Правовая экспертиза проводилась в период с 17.06.2022 по 14.07.2022 на основании Положения об Экспертном совете рабочей группой, сформированной в следующем составе:

- 1) Бандорин Л.Е. – руководитель;
- 2) Абдульманов А.Р.;

- 3) Белоусов А.И.;
- 4) Кислых А.В.;
- 5) Кузьма И.Е.;
- 6) Курикалов Ю.Л.;
- 7) Малахов П.В.;
- 8) Москвитин М.В.;
- 9) Ребрищев И.Н.;
- 10) Худзинская И.А.;
- 11) Шевляков В.В.

При проведении правовой экспертизы проанализированы: текст законопроекта и пояснительная записка к нему; нормы законодательства о государственно-частном партнёрстве и концессионных соглашениях, материалы судебной практики.

Законопроект внесён в Государственную Думу 05.03.2022 Правительством Российской Федерации и 14.06.2022 принят в первом чтении.

В соответствии с пояснительной запиской законопроект разработан в целях совершенствования механизмов государственно-частного партнёрства для реализации долгосрочных инфраструктурных проектов и повышения их инвестиционной привлекательности для частных инвесторов. Кроме того, нормы законопроекта направлены на обеспечение правовой определённости и стабильности правового регулирования, снижение рисков оспаривания концессионных соглашений и разграничение механизмов закупок и концессионных соглашений.

По результатам правовой экспертизы Экспертным советом сделаны следующие выводы.

1. Законопроект вносит изменения в Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – ФЗ № 115-ФЗ), позволяя включать в условия концессионного соглашения обстоятельства, наступление которых может привести к нарушению концессионером обязательств по концессионному соглашению и (или) возникновению у него дополнительных расходов и (или) недополученных доходов по концессионному соглашению,

связанных с наступлением таких обстоятельств, а также последствия наступления таких обстоятельств, к которым может относиться в том числе обязательство концедента по возмещению таких дополнительных расходов и (или) компенсации таких недополученных доходов концессионера.

Согласно законопроекту, к таким обстоятельствам могут относиться в том числе следующие обстоятельства:

- нарушение концедентом своих обязательств по концессионному соглашению;

- необоснованные и незаконные действия (бездействие) органов государственной (муниципальной) власти, препятствующие исполнению концессионером своих обязательств по концессионному соглашению;

- увеличение расходов концессионера на строительство, и (или) реконструкцию, и (или) эксплуатацию объекта концессионного соглашения в связи с непредвиденным ухудшением макроэкономических условий, из которых стороны концессионного соглашения исходили при его заключении;

- обнаружение на земельном участке, предоставленном концессионеру для создания, и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, и (или) осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, археологических объектов или опасных веществ, а также подземных инженерных сетей и коммуникаций, препятствующих созданию объекта концессионного соглашения, сведения о которых не были известны сторонам концессионного соглашения до даты заключения концессионного соглашения.

Аналогичные изменения вносятся законопроектом также в Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнёрстве, муниципально-частном партнёрстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ № 224-ФЗ).

Таким образом, законопроект предлагает регламентировать на уровне федерального закона институт так называемых «особых обстоятельств», активно используемый в настоящее время в правоприменительной практике

при заключении концессионных соглашений и соглашений о государственно-частном партнёрстве (далее – СГЧП).

Вместе с тем, предлагаемые законопроектом формулировки не в полной мере учитывают специфику заключения концессионных соглашений и СГЧП по созданию объектов социальной, транспортной, инженерной, иных видов инфраструктуры при реализации проектов жилищного строительства, включая проекты комплексного развития территории (далее – КРТ).

Экспертный совет полагает целесообразным отнести к особым обстоятельствам обнаружение в границах земельного участка зон с особыми условиями использования территории (далее – ЗОУИТы), поскольку Федеральный закон от 30.12.2021 № 447-ФЗ внёс изменения в Федеральный закон от 03.08.2018 № 342-ФЗ о ЗОУИТах, продлив возможность их установления без внесения сведений в Единый государственный реестр недвижимости (далее – ЕГРН) до 1 января 2025 года.

Соответственно, до сих пор отсутствие информации о ЗОУИТах в ЕГРН ещё не свидетельствует о том, что эта ЗОУИТ не порождает ограничений по использованию земельного участка, и инвесторы по-прежнему несут дополнительные затраты на проведение «due diligence» территории с целью выявления всех возможных ограничений по использованию земельных участков.

Также Экспертный совет полагает необходимым отнести к особым обстоятельствам выявление в границах земельного участка территорий, в отношении которых у органов публичной власти, уполномоченных в области охраны объектов культурного наследия, имеются основания предполагать наличие объектов археологического наследия либо объектов, обладающих признаками объекта археологического наследия, принимая во внимание неопределённость правового режима таких территорий (часть 56 статьи 26 ФЗ № 342-ФЗ).

Кроме того, законопроект даёт возможность отнести к особым обстоятельствам «необоснованные и незаконные действия (бездействия) органов власти, препятствующие исполнению концессионером своих

обязательств по концессионному соглашению». Вместе с тем, существует правоприменительная практика, когда органы власти препятствуют реализации того или иного строительного проекта в рамках совершения правомерных действий, в основном путём внесения изменений в генеральные планы, правила землепользования и застройки, документацию по планировке территории¹.

В данной ситуации, по мнению Экспертного совета, целесообразно раскрыть в законопроекте понятие «необоснованные действия органов власти». При этом обращаем внимание, что с позиций законодательства о градостроительной деятельности не должно быть дихотомии между необоснованными и незаконными действиями органов власти, поскольку необоснованные действия всегда будут незаконными. Такие правовые позиции высказаны Верховным Судом Российской Федерации, исходя из того, что регламентация градостроительной деятельности направлена на обеспечение комфортной среды обитания, комплексного учёта потребностей населения и территорий в развитии и необходима для согласования государственных, общественных и частных интересов в данной области в целях обеспечения благоприятных условий проживания².

Принимая во внимание изложенное, Экспертный совет считает, что в законопроекте необходимо указать более широкий и более конкретный перечень обстоятельств, которые могут быть квалифицированы в качестве «особых обстоятельств».

2. Законопроект требует корректировки в части учёта интересов сторон уже заключённых концессионных соглашений, принимая во внимание нестабильность существующих экономических условий, вызванных в том числе недружественными действиями иностранных государств.

¹ В качестве примеров см.: апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 06.03.2019 № 78-АПА19-5; кассационное определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 20.01.2021 № 88а-787/2021 по делу № 3а-31/2020.

² См., например: апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2019 № 48-АПА19-29; апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 27.11.2019 № 53-АПА19-43; апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 20.11.2019 № 5-АПА19-79; апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 02.10.2019 № 53-АПА19-35.

23 июня 2022 года принято постановление Правительства РФ № 1126 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации», которым внесены изменения в постановление Правительства РФ от 24.04.2014 № 368 «Об утверждении Правил предоставления антимонопольным органом согласия на изменение условий концессионного соглашения», установив, что согласование изменений условий концессионного соглашения осуществляется в том числе при существенном изменении обстоятельств, из которых стороны исходили при его заключении.

Вместе с тем, законопроект не отвечает на вопрос, что следует понимать под существенным изменением обстоятельств концессионного соглашения.

Это неизбежно порождает правовую неопределённость. При этом в антисанкционном законодательстве уже есть пример решения данного вопроса. Так, Федеральный закон от 28.06.2022 № 226-ФЗ устанавливает, что существенным изменением обстоятельств по соглашениям о защите и поощрении капиталовложений признаётся *«изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении соглашения о защите и поощрении капиталовложений, когда указанные обстоятельства изменились настолько, что если бы стороны такого соглашения могли это разумно предвидеть, такое соглашение вообще не было бы заключено или было бы заключено на значительно отличающихся условиях; непосредственно признающим существенным изменением обстоятельств наступление обстоятельств, характеризующихся в том числе дисбалансом внутреннего рынка (ростом розничных цен на 30 и более процентов, за исключением указанного роста розничных цен в связи с сезонным фактором, вследствие чего Правительством Российской Федерации принят акт о регулировании цены на указанную продукцию, выпускаемую организацией, реализующей проект, в течение 60 календарных дней подряд на территории субъекта Российской Федерации или территориях субъектов Российской Федерации), а также дефицитом бюджетной системы (дефицитом федерального бюджета на очередной финансовый год и каждый год планового периода,*

превышающим 15 процентов плановых значений доходной части федерального бюджета)».

3. К несомненным достоинствам законопроекта следует отнести то, что он вносит изменения в ФЗ № 115-ФЗ, дополняя его статьёй 10¹ о системном регулировании финансового участия концедента в исполнении концессионного соглашения.

Вместе с тем, Экспертный совет отмечает, что данные нормы в предлагаемой законопроектом редакции не простимулируют лиц, реализующих проекты жилищного строительства (в том числе в рамках КРТ), использовать механизм концессионных соглашений для создания объектов инженерной, социальной, транспортной и иных видов инфраструктуры. Это обусловлено следующими обстоятельствами.

А) Статья 10¹ ФЗ № 115-ФЗ в редакции законопроекта устанавливает исчерпывающий перечень форм финансового участия концедента в исполнении концессионного соглашения. Вместе с тем, законопроект позволяет включать в условия концессионных соглашений обстоятельства, наступление которых может привести к нарушению концессионером обязательств по концессионному соглашению и (или) возникновению у него дополнительных расходов и (или) недополученных доходов по концессионному соглашению, связанных с наступлением таких обстоятельств, а также последствия наступления обстоятельств, к которым может относиться в том числе обязательство концедента по возмещению таких дополнительных расходов и (или) компенсации таких недополученных доходов концессионера.

Принимая во внимание изложенное, возникает закономерный вопрос: в рамках какой формы финансового участия концедента в исполнении концессионного соглашения осуществляется реализация обязательства концедента по возмещению дополнительных расходов и (или) компенсации недополученных доходов концессионера? Неопределённость в этом вопросе значительно осложняет достижение баланса частных и публичных интересов за счёт обоснованного перераспределения рисков при реализации инфраструктурных проектов.

Кроме того, установление исчерпывающего перечня форм финансового участия концедента в исполнении концессионного соглашения не позволяет должным образом поощрять «предпринимательскую инициативу» по внедрению инновационных решений при создании инфраструктурных объектов, инновационных решений, направленных на повышение качества городской среды, стимулируя лиц, создающих инфраструктурные объекты в рамках реализации проектов жилищного строительства через механизм концессионных соглашений, «премиями» за досрочный ввод таких объектов в эксплуатацию, «премиями» за превышение показателей эффективности реализуемого инфраструктурного проекта в сравнении с теми, которые установлены концессионным соглашением (такие «премии» за досрочный ввод распространены в дорожных концессиях, а за превышение показателей эффективности – в объектах здравоохранения).

Б) Законопроект устанавливает, что размер капитального гранта (то есть финансирования на этапе создания и (или) реконструкции части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения) не может превышать восемьдесят процентов расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. Профессиональное экспертное сообщество полагает, что подобное ограничение размера капитального гранта явится непреодолимым для структурирования в концессионных соглашениях создания самых насущных при реализации проектов жилищного строительства объектов: образования и здравоохранения и спорта. Указанные объекты имеют социальную направленность и будущие доходы от деятельности концессионера не позволят ему окупить ранее понесённые расходы на создание таких объектов.

Соответственно, указанное ограничение размера капитального гранта с неизбежностью повлечёт за собой увеличение финансовой нагрузки на бюджеты бюджетной системы Российской Федерации при предоставлении возмещения на этапе эксплуатации объекта концессионного соглашения расходов концессионера, понесённых им на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта

концессионного соглашения и иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества.

В) Пункт 2 статьи 10¹ ФЗ № 115-ФЗ в редакции законопроекта устанавливает, что предельный размер финансового участия концедента должен быть меньше общего размера расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также на использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества. При этом, указанными расходами признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты, осуществленные (понесенные) концессионером и концедентом на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также на использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества.

В рекомендациях по итогам «круглого стола» «Проблемы создания объектов социальной инфраструктуры в рамках реализации проектов жилой застройки», проведенного 1 апреля 2021 года Комитетом Совета Федерации по федеративному устройству, региональной политике, местному самоуправлению и делам Севера и утвержденных на заседании указанного Комитета (протокол № 253 от 31 мая 2021 года) обращалось внимание, что механизм создания инфраструктуры с применением концессионных соглашений и СГЧП является перспективным ввиду прозрачности процедур заключения соглашений, перспектив эксплуатации построенных объектов, в том числе возмещения затрат на их строительство. К сожалению, пункт 2 статьи 10¹ ФЗ № 115-ФЗ в редакции законопроекта не соответствует Рекомендациям, поскольку значительно снижает интерес лиц, реализующих проекты жилищного строительства, к применению концессионных соглашений, так как в любом случае делает полное возмещение затрат на создание объекта инфраструктуры невозможным. Фактически эта норма может полностью заблокировать создание инфраструктуры по проектам жилищного строительства через механизм концессионных соглашений,

поскольку законодательство предусматривает альтернативные механизмы, где возможно полное возмещение затрат застройщика, как-то: выкуп создаваемых застройщиками объектов инфраструктуры через включение их в государственные программы, распределение инфраструктурной нагрузки при заключении договора о КРТ по части 7 статьи 68 Градостроительного кодекса Российской Федерации.

4. Законопроектом не внесены изменения, аналогичные статье 10¹ ФЗ № 115-ФЗ в ФЗ № 224-ФЗ, сохраняя существующую правовую неопределённость относительно форм финансового участия публичного партнёра в исполнении СГЧП. Соответственно, законопроект нуждается в доработке в части закрепления форм финансового участия публичного партнёра в исполнении СГЧП по аналогии с положениями, предусмотренными для концедента в концессионном соглашении.

5. Законопроект не предусматривает возможность включения объекта незавершённого строительства в концессионное соглашение в качестве передаваемого концессионеру по концессионному соглашению имущества (часть 9¹ статьи 3 ФЗ № 115-ФЗ в редакции законопроекта). Экспертный совет считает предлагает в целях стимулирования завершения строительства объектов незавершённого строительства за счёт внебюджетных источников включить объекты незавершённого строительства в перечень объектов концессионных соглашений, предусмотренных статьей 4 ФЗ № 115-ФЗ.

6. Экспертный совет обращает внимание на то, что законопроект не содержит норм, обеспечивающих синхронизацию Федеральных законов № 115-ФЗ и № 224-ФЗ с положениями ГрК РФ о КРТ.

Так, в частности, законопроект:

- не регламентирует особенности определения объектов концессионных соглашений, СГЧП при реализации проектов КРТ;

- не регламентирует особенности определения порядка выбора концессионеров, частных партнёров при реализации проектов КРТ;

- не обеспечивает синхронизацию в вопросах использования способов обеспечения исполнения обязательств и в вопросах предоставления земельных участков для создания объектов инфраструктуры.

Учитывая изложенное, Экспертный совет поддерживает принятие проекта федерального закона № 83061-8 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» с учётом высказанных замечаний и предложений.

Председатель Экспертного совета



А.И. Белоусов

Руководитель рабочей группы



Л.Е. Бандорин