

Изменять нельзя расторгать:
корректировка концессионных
соглашений в новых реалиях

ноябрь 2022

Новинки законодательного регулирования 2022 – ПП № 2594

1. Постановление Правительства РФ № 2594 от 31.12.2021 г.

- Повторная государственная экспертиза ПСД* (в части проверки достоверности сметы)
 - при условии принятия решения концедентом об изменении КС** в части увеличения расходов концедента на создание
 - в связи с существенным увеличением в 2021 году цен на строительные ресурсы
 - без изменения физических объемов работ, конструктивных, организационно-технологических и других решений
- Дополнительное основание для согласования с ФАС России изменений в КС (ПП № 368):
 - решение концедента об увеличении публичных расходов в связи с существенным увеличением в 2021 году цен на строительные ресурсы
 - увеличение расходов концедента - не более чем на 30% (по аналогии с гос.контрактом – см. постановление Правительства РФ № 1315 от 09.08.2021)
 - не для объектов ЖКХ/электроэнергетики/ТКО

Новинки законодательного регулирования 2022 – ПП № 1126

2. Постановление Правительства РФ № 1126 от 23.06.2022 г.

- Рекомендация высшим исполнительным органам субъектов РФ и главам МО* «рассмотреть возможность изменения обязательств концедента в части увеличения объема финансирования расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения в связи с увеличением цен на строительные ресурсы»
- Корректировка порядка проведения государственной экспертизы ПСД:
 - взамен принятие решения [концедента] об изменении условий КС об увеличении размеров расходов концедента → «изменение условий КС»
 - увеличение цен на строительные ресурсы в 2021 и 2022 год
- Уточнение оснований согласования с ФАС России изменения существенных условий КС:
 - взамен решения концедента об увеличении расходов в связи с ростом цен на строительные ресурсы → **существенное изменение обстоятельств, из которых стороны концессионного соглашения исходили при его заключении**

Новинки законодательного регулирования 2022 – ФЗ № 333

3. Федеральный закон № 333-ФЗ от 14.07.2022 г.

Внесены изменения **в статью 54** Закона о концессионных соглашениях – добавлено специальное основание изменения существенных условий КС **по соглашению Сторон без согласования с ФАС России:**

- при исполнении такого концессионного соглашения изменились обстоятельства, из которых стороны исходили при заключении концессионного соглашения
- изменение возможно до 1 января 2023 года
- КС заключено до 01.03.2022 года
- не распространяется на сферу ЖКХ/электроэнергетики/ТКО
- необходимо решение концедента (для муниципалитетов – согласованное с субъектом РФ)
- не должно приводить к изменению целевого назначения объекта КС, уменьшению определенного КС объема инвестиций и увеличению цен (тарифов) на производимые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги концессионером

Изменение соглашений в связи с увеличением сметной стоимости строительства

Увеличение стоимости строительных ресурсов- ключевые аспекты ПП № 2594 / 1126:

- Требуется **повторная** госэкспертиза - проекты, в которых не окончена стадия проектирования, расчет сметной стоимости не завершен, остаются «за бортом»
- Ни для концедента, ни для ФАС сам факт увеличения стоимости строительных ресурсов не является обязательным
- Требуется решение концедента об изменении (несмотря на изменение формулировки в ПП № 1126 решение все равно требуется)
- Специальный порядок подтверждения роста стоимости строительных ресурсов (заключение государственной экспертизы сметной стоимости).

Пример применения нормы: изменение существенных условий КС в отношении школы в мкр. Учхоз г. Ханты-Мансийска (постановление администрации Ханты-Мансийска от 30.03.2022 № 316) – указана ссылка на ПП № 2594

Изменение соглашений в связи с увеличением сметной стоимости строительства (2)

Не допускается изменение условий соглашения в связи с одновременным ростом стоимости строительных материалов и изменением объекта соглашения.

При нарушении порядка определения стоимости строительства возникают риски, связанные с уголовным преследованием – см. например дело «Комьюлинк» в Котовске (концессионер обвиняется в завышении стоимости строительства), Ледовый центр в Элисте (концессионер обвиняется в неполном расходовании бюджетных средств и присвоении) и др.

Существенное изменение обстоятельств

- Высокий порог доказывания – применяются критерии ст. 451 ГК РФ (в т.ч. для согласования с ФАС):
 - В момент заключения стороны исходили из того, что такого события не произойдет
 - Изменение вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла предвидеть при той степени осмотрительности, которая требуется от стороны на рынке
 - Исполнение договора нарушает имущественные интересы сторон и приносит такой ущерб, что сторона лишается того, на что вправе была рассчитывать при заключении договора
 - Из договора или обычаев не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона
- Ст. 451 ГК РФ: изменение – исключение из правил; однако для концессионных соглашений изменение соглашения прямо предусмотрено законом (специальная норма)
- Нерешенный вопрос: могут ли стороны в соглашении оговорить обстоятельства, из которых они исходили при заключении соглашения

Существенное изменение обстоятельств (2)

- обстоятельства должны измениться (а не быть обнаружены) после заключения КС - дело ПКП «Синергия» (постановление АС УО от 16.08.2022 по делу N А60-20921/2020)

«...истец ссылался не на изменение обстоятельств по сравнению с теми, какие существовали на момент подписания концессионного соглашения, а на обнаружение обстоятельств, которые объективно существовали на момент подписания концессионного соглашения, однако не были учтены истцом...»

- недостижение ожидаемого объема продаж относится к предпринимательскому риску – дело ООО «Нова» (постановление АС УО от 18.01.2022 по делу № А47-16699/2020)

«...истец ссылался не на изменение обстоятельств по сравнению с теми, какие существовали на момент подписания концессионного соглашения, а на снижение количества новых абонентов, желающих подключиться (технологически присоединиться) к сетям водоснабжения и водоотведения. Между тем указанное обстоятельство является предпринимательским риском, которое объективно существовало на момент подписания концессионного соглашения, однако не было учтено истцом.» (аналогичный подход – АС ВСО от 30.06.2022 по делу № А74-4724/2021)

Существенное изменение обстоятельств (3)- примеры

Не признается существенным изменением обстоятельств:

- Признание концессионера банкротом
- Обнаружение бесхозных сетей водоснабжения
- Обнаружение факта распространения на земельный участок режима приаэродромной территории (решение об установлении ПАТ было принято до заключения КС)

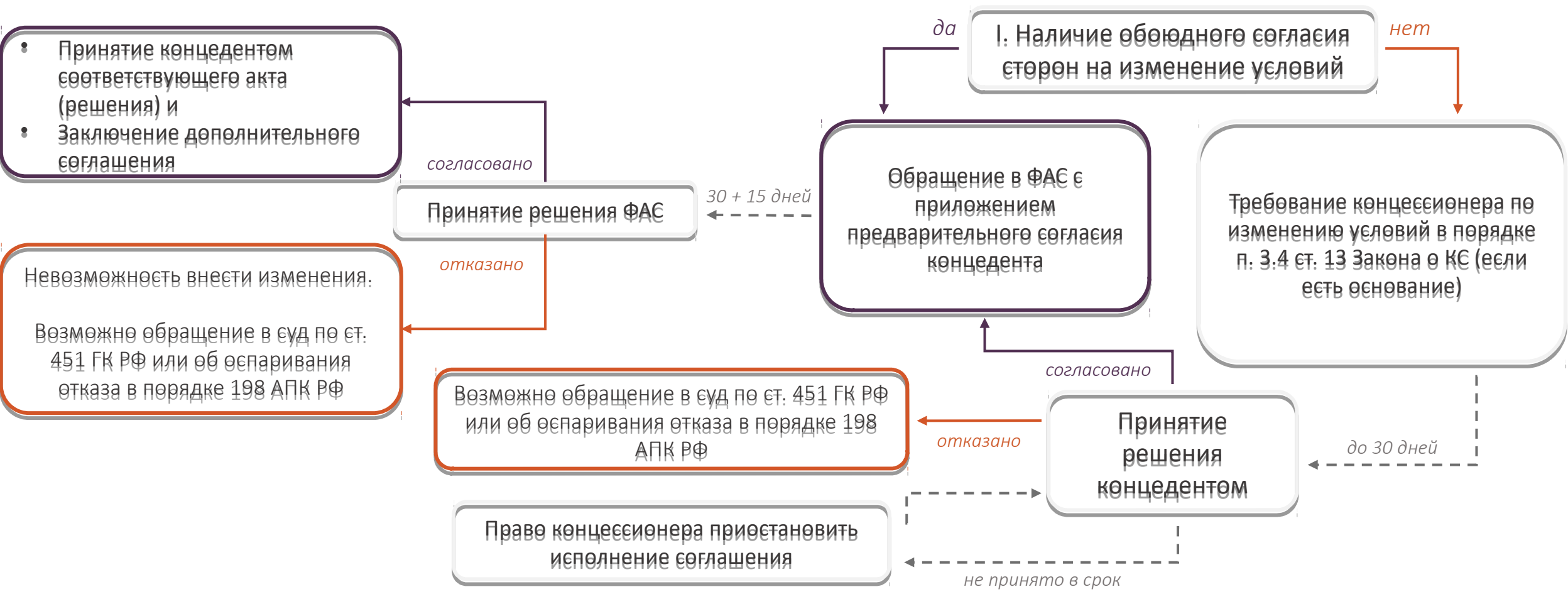
Было признано существенным изменением обстоятельств:

- Изменение схемы водоснабжения и канализационных сетей (Решение Кировского УФАС России от 23.08.2017 по делу N 09/05-17)
- Изменение схемы водоотведения и появление наравне с концессионером лица, оказывающего услуги по водоотведению (АС СЗО от 08.06.2022 по делу № А56-92376/2021)

Однако в другом деле изменение схемы теплоснабжения признано предпринимательским риском, а не существенным изменением обстоятельств (АС ЗСО от 08.09.2019 по делу № А27-24527/2018)

- Обнаружение отсутствия водоснабжения и водоотведения объекта (бани) (АС УО от 27.05.2021 по делу № А76-46641/2019 – поддержано ВС РФ)
- Прекращение финансирования со стороны Фонда содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства (решение ВС РФ от 21.10.2020 по делу № А53-6101/2018)

Изменение соглашений по согласованию с ФАС (алгоритм) в связи с существенным изменением обстоятельств



Обстоятельство непреодолимой силы (форс-мажор)

- Должно отвечать требованиям чрезвычайности и непредотвратимости. Также должно наступить **после** возникновения обязательства, а при заключении договора стороны не должны были предвидеть его наступление
- Требуется связь между событием и невозможностью исполнения обязательств
- Один из способов подтверждения – заключение ТПП, однако является лишь одним из доказательств. При этом ТПП приостановила выдачу таких заключений
- концессионер может потребовать от концедента рассмотреть его требование об изменении КС (однако данное требование не является обязательным для концедента)

Обстоятельство непреодолимой силы (форс-мажор) (2)

Примеры возможных форс-мажорных обстоятельств:

- COVID-2019
- Санкции- противоречивая судебная практика однако обсуждается корректировка ГК РФ
- Специальная военная операция (для госконтрактов см. Постановление Правительства РФ от 15.10.2022 № 1838)

Важная судебная практика:

- Школа № 25 в Нижневартовске (решение 8 ААС от 31.08.2022 по делу № А75-20251/2021)

Стороны обратились в ФАС России за согласованием продления срока КС в связи с COVID-19. В качестве одного из подтверждающих документов было предоставлено заключение ТПП. ФАС России отказало в согласовании. Решение об отказе было успешно оспорено – суд счел, что заключение ТПП подтвердило событие форс-мажора, повлиявшего на исполнение соглашения (схожая судебная практика – решение АС ЗСО от 03.08.2022 по делу № А75-13481/2021)

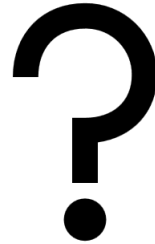
Изменение условий концессионных соглашений без согласования с ФАС России

Уже есть примеры изменения КС без согласования с ФАС России:

- Трамвайная линия «Купчино-Шушары-Славянка» (Санкт-Петербург) – Постановление Правительства СПб от 21 сентября 2022 года N 864
- автомобильная дорога «Солнцево - Бутово - ... - Лыткарино - ... - Железнодорожный» (Московская область)- Распоряжение Правительства МО от 27.07.2022 N 704-РП
- здание радиологического корпуса Восточно-Сибирского онкологического центра в г. Иркутске (Иркутская область) – постановление правительства ИО от 1 сентября 2022 года N 687-пп; и т.п.

Данные акты не указывают, какое именно событие являлось основанием для внесения изменений.

Какие новые риски следует учитывать при структурировании проектов в новых реалиях?



Спасибо за внимание!



Денис Качкин

Управляющий партнер, адвокат
Руководитель практики
по инфраструктуре и ГЧП

Заведующий базовой кафедрой
юридического факультета
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

dk@kachkin.ru

+7 812 602 0225,

+7 911 297 09 63

www.kachkin.ru