Ольга Викторовна Боброва

Особенности содержания правоотношений, вытекающих из концессионных соглашений как одного из инструментов поддержания экономической безопасности и стабильности страны.

*Закон должен быть краток, чтобы его легко
могли запомнить и люди несведущие.*

Сенека

Генеральной прокуратурой России надзор за исполнением законов в сфере ЖКХ определён как один из наиболее значимых, поскольку затрагивает права и интересы всех и каждого – от потребителя услуг до их поставщиков, что в целом сказывается на стабильности экономики и её развития с учётом потребностей общества.

Выступая 16.11.2021г. с докладом на пленарном заседании в Государственной Думе Российской Федерации, Игорь Краснов, отметил, что органами прокуратуры проведена значительная работа по поддержанию законности в сфере ЖКХ.

«В первую очередь меры реагирования касались такой чувствительной для людей темы как установление тарифов на поставку потребителям коммунальных ресурсов. В Волгоградской, Саратовской областях и еще 15 регионах нами приняты меры к искоренению практики оказания предприятиями ЖКХ услуг по нерегулируемым ценам, неправомочному их утверждению органами местного самоуправления.

Повсеместно пресечены факты ненадлежащей организации органами власти и коммунальными службами надежного электро-, тепло- и газоснабжения населения, что существенно снизило риски возникновения аварий и ограничения поставок энергоресурсов.

Я уже не раз отмечал, что многие застарелые проблемы в отрасли могут быть решены посредством заключения и реализации концессионных соглашений. Итоги проведенных проверок показали, что вопреки основной идее модернизации объектов концессионеры зачастую используют

государственное и муниципальное имущество без финансовых вложений в его содержание. Вскрыты случаи непринятия уполномоченными органами мер по вводу имущества в концессионный оборот.

С начала года прокурорами для устранения нарушений закона в данной области внесено 3 тысячи актов реагирования. Их результатом в том числе стало заключение 113 подобных соглашений в 20 регионах, привлечение в сферу ЖКХ более 3 млрд рублей новых частных инвестиций.

Для развития этой формы государственно-частного партнерства необходимо повысить ее привлекательность и доступность.

Между тем длительность процесса извлечения прибыли, ограниченного тарифным регулированием, высокий износ объектов водо- и теплоснабжения отрицательно сказывается на их передаче в концессию.

Сотни тысяч объектов по всей стране остаются в плачевном состоянии в эксплуатации государственных и муниципальных предприятий.

В сентябре я обратился в адрес Главы государства и Председателя Правительства с предложением поручить Минстрою России во взаимодействии с другими ведомствами проработать и ускорить согласование ранее подготовленных проектов постановлений Правительства о реконструкции посредством конкурентных процедур объектов ЖКХ, износ которых превысил 60%».¹

Ранее, в Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 23.04.2021г. в докладе о состоянии законности и правопорядка в 2020 году и о проделанной работе по их укреплению Генеральный прокурор Российской Федерации подчеркнул, что решению многих проблем отрасли могло бы способствовать формирование стабильной, цивилизованной практики вовлечения государственного и муниципального имущества *в концессионный оборот*².

¹ <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/mass-media/news/archive?item=66718559> (дата обращения: 15.01.2022).

² <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/mass-media/news?item=66374319> (дата обращения:

Закономерным итогом заключения подобных соглашений должна стать скорейшая модернизация и замена устаревшей инфраструктуры и оборудования в данной области, повышение качества жизни людей.

В связи с чем нами предложено определить централизованного оператора в данной сфере, формирующего единую информационную систему, с предоставлением доступа к ней органам прокуратуры. При этом включить в нее данные как об объектах, подлежащих передаче в концессию, так и о ходе ее реализации³.

*Договориться можно всегда,
если обе стороны получают равные преимущества.
Грин Грэм, из книги «Путешествия с тётушкой»*

В условиях необходимости прозрачности использования объектов ЖКХ необходимо признать, что в случаях, когда соответствующий объект вовлечён в оборот и обличён в сделку – единственным средством прокурорского реагирования является инициирование иска в арбитражный суд. Этому предшествует кропотливая работа прокурора по сбору доказательств с учётом правил об их относимости и допустимости и формирования материально-правового требования, адресованного суду. Оспаривание прокурором в арбитражном судопроизводстве концессионных соглашений (в полном объёме или в части) является исключительным средством реагирования и достаточно новационным с позиции складывающейся правоприменительной практики, поскольку данный юридический инструмент – концессионное соглашение, является относительно «молодым» и стал внедряться в хозяйственную деятельность совсем недавно, с той или иной активностью в зависимости от субъекта России. Это вызвано тем, что практика предыдущих десятилетий

02.11.2021).

³ <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/mass-media/news/archive?item=61267146> (дата обращения: 28.10.2021).

обслуживания и содержания объектов сферы ЖКХ с учётом потребности общества потребовала её пересмотра.

С целью привлечения инвесторов для улучшения и развития объектов инфраструктуры ЖКХ законодатель принял Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – ЗКС)

Несмотря на поступательное развитие и совершенствование, вызванных потребностями современных условий экономики, ЗКС (его отдельных положений) нельзя не отметить, что его нормы не были предметом нормоконтроля со стороны Конституционного Суда России, что не свойственно формированию нынешней правоприменительной практики.

*Нельзя добиться экономического процветания
налетами на государственную казну.*

Герберт Гувер

30 декабря 2021 принят Федеральный закон № 469-ФЗ «О внесении изменений в статьи 37 и 51 Федерального Закона о концессионные соглашения».

Изменения в ЗКС должны способствовать привлечению инвестиций в объекты тепло- и водоснабжения, водоотведения при трансформации договоров аренды в концессионные соглашения.

Как поясняла замглавы Минстроя РФ Светлана Иванова, ранее такая возможность уже была установлена, но распространялась на срок действия договора аренды. Поскольку предельный срок действия договора аренды составляет 10 лет, то по факту такая трансформация не интересна ни собственнику имущества, ни инвестору.

В связи с этим подписанный закон, наряду с сохранением существующей схемы трансформации, разрешает переводить арендные отношения в концессионные на срок, превышающий срок действия договоров аренды, но при соблюдении ряда условий. Так, срок действия концессионного соглашения будет устанавливаться с учетом срока окупаемости инвестиций концессионера, но он не может превышать 49 лет. Обязательным условием

трансформации станет увеличение инвестиционных обязательств концессионера. При этом предусматривается три способа определения минимального размера таких обязательств.

Предложение о заключении концессионного соглашения должно направляться арендатором в орган, уполномоченный правительством РФ, либо субъектом РФ или муниципальным образованием в зависимости от того, в чьей собственности находится объект концессии. При этом регионы будут вправе выбирать способ определения минимального размера инвестобязательств концессионера в случаях, когда собственником передаваемого в концессию имущества является субъект РФ или муниципальное образование.

Законом также предусмотрена возможность передачи концессионеру в эксплуатацию без проведения конкурса новых объектов теплоснабжения, централизованных систем водоснабжения и водоотведения, созданных уже после заключения концессионного соглашения. При этом стоимость таких новых объектов в совокупности не должна превышать 25% балансовой стоимости всего включаемого в объект концессии имущества⁴.

В свою очередь, Марат Хуснуллин – заместитель Председателя правительства России, выступая на Гайдаровском форуме⁵, подчеркнул, что новая Стратегия развития строительной отрасли и ЖКХ отвечает на вопрос, как сделать стройку драйвером развития каждого региона. Он отметил, что документ разрабатывался при тесном взаимодействии с главами регионов и отражает ожидания субъектов.

4

https://realty.ria.ru/20211231/kontsessiya-1766266880.html?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop&utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.ru%2Fnews%2Fsearch%3Ftext%3D (дата обращения: 15.01.2022).

⁵ Каждый январь, по поручению Правительства Российской Федерации, Российская Академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации совместно с организациями – партнерами открывает деловую повестку года, проводя в своих стенах экспертный форум «Россия и мир» (Гайдаровский форум). <https://gaidarforum.ru/ru/> (дата обращения: 02.04.2022).

При этом, говоря о запланированных нацпроектом «Жильё и городская среда» объёмах строительства жилья – 120 млн кв. м ежегодно, вице-премьер заявил, что этого показателя невозможно достичь без приведения в нормативное состояние инженерных сетей и комплексной модернизации системы ЖКХ. «Впервые стратегия развития строительной отрасли увязана с развитием ЖКХ в одной программе.

По словам Марата Хуснуллина, в результате преобразований сфера ЖКХ должна стать привлекательной для инвесторов. Необходимо снизить потери энергосетей, которые сегодня могут достигать 20–25%, и, как следствие, должны минимизироваться расходы как субъектов, так и граждан, которые получают надёжное и адекватное по стоимости обеспечение чистой водой, теплом, электричеством. Важным результатом модернизации сферы ЖКХ, по мнению Марата Хуснуллина, также будет являться и снижение её экологической нагрузки в результате реконструкции котельных на углеводородном сырье.

Говоря об инвестициях в развитие ЖКХ, Марат Хуснуллин сообщил: *«Мы в конце года приняли решение по долгосрочным тарифам и концессионным соглашениям и видим уже, что интерес начинает проявляться как у крупных инвесторов, так и у новых игроков, которые хотят в эту отрасль прийти». Вице-премьер в целом отметил значимую роль привлечения частных инвестиций во все сферы строительства. Он подчеркнул, что необходимо продолжать искать новые механизмы повышения инвестиционной привлекательности отрасли⁶.*

Право приходит не от страдания, а от того, насколько его излечение делает систему более эффективной.

Жан-Франсуа Лиотар

⁶ <http://government.ru/news/44325/> (дата обращения: 03.04.2022).

Механизм правоотношений возникает и развивается на стыке идейного содержания системы правовых норм и реалий социальных событий, наполненных своей внутренней, индивидуально пульсирующей энергетикой идейного содержания совокупности правовых норм и фактологии регулируемой ситуации. За счёт его конструктивной универсальности и неизменности субъективные интересы ежедневно и многократно «просеиваются» и трансформируются или не трансформируются в субъективные потребности-цели. В этой будничности сокрыта *перспектива* благополучия – не каждого субъекта механизма индивидуальных конституционных правоотношений, а всего общества и государства в целом. Тем самым *механизм правоотношения принимает на себя весь груз ежедневно возникающих сложностей правового регулирования*⁷.

Обратимся к содержанию правоотношений и основных инструментов, регулируемых ЗКС и тому, как законодатель закрепил правовые механизмы воздействия в сфере поддержания и развития ЖКХ.

Так, целями принятия ЗКС и вытекающим регулятивным средством правового контроля являются *правоотношения по привлечению инвестиций в национальную экономику, обеспечению эффективного использования имущества, находящегося в собственности публично-правовых образований (их организаций) на условиях концессионных соглашений для повышения качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям.*

Кроме этого, ЗКС регулирует отношения на стадии подготовки, исполнения, изменения, прекращения концессионных соглашений, обеспечивает права и законные интересы сторон концессионных соглашений.

Вследствие этого можно отметить особую социально-значимую направленность закона, обязательным элементом которого выступают

⁷ Серков П.П. Правоотношение (Нравственность современного правового регулирования): Монография. М., 2020. С. 25.

отношения по инвестированию в объект соглашения, одной из сторон которого выступает публичное образования или созданные им организации.

В статье 3 ЗКС указаны основные источники регулирования правоотношений, вытекающих из конституционных постулатов. Одновременно законодатель в данной норме *ввёл оговорку весьма важную с позиции экономической безопасности страны*⁸, согласно которой, положения международных договоров по своему содержанию противоречащие Конституции Российской Федерации не подлежат исполнению в Российской Федерации. Такое противоречие может быть установлено в порядке, определенном федеральным конституционным законом⁹.

Консенсус — это горизонт, он всегда недостижим.

Жан-Франсуа Лиотар

По условиям концессионного соглашения одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать¹⁰ определенное этим соглашением имущество, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования данным объектом для осуществления указанной деятельности¹¹.

⁸ Авторская оценка.

⁹ Часть 3 ст. 3 ЗКС введена ФЗ от 08.12.2020 № 429-ФЗ.

¹⁰ К реконструкции объекта концессионного соглашения относятся мероприятия по его переустройству 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.

¹¹ Концессионным соглашением могут устанавливаться обязательства концессионера в

В зависимости от правообладания объектом концессионного соглашения, подлежащего реконструкции, он может находиться в собственности концедента на момент заключения концессионного соглашения. Важным условием является, то, что объект сделки на момент его передачи по акту приема-передачи концедентом концессионеру должен быть свободным от прав третьих лиц. В случае если объектом концессионного соглашения является имущество, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 4 ФКС, такое имущество на момент заключения концессионного соглашения может принадлежать государственному или муниципальному унитарному предприятию на праве хозяйственного ведения. Если же объектом концессионного соглашения является имущество, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 4 ЗКС, оно на момент заключения концессионного соглашения может принадлежать государственному бюджетному учреждению на праве оперативного управления.

При этом, в условиях эксплуатации объекта (объектов) концессионного соглашения изменение целевого назначения реконструируемого предмета сделки запрещается.

Так же не допускается передача концессионером в залог объекта концессионного соглашения или его отчуждение.

Концессионером осуществляется ввод в эксплуатацию созданного и (или) реконструированного объекта концессионного соглашения.

Исключительные права на *результаты интеллектуальной деятельности*, полученные концессионером за свой счет при исполнении концессионного соглашения, принадлежат концеденту, если иное не установлено концессионным соглашением (ч. 11 ст. 3 ЗКС).

отношении такого имущества по его модернизации, замене морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым более производительным оборудованием, иному улучшению характеристик и эксплуатационных свойств такого имущества, а также по осуществлению за свой счет страхования риска его случайной гибели и (или) случайного повреждения (ч. 9 ст. 3 ЗКС).

К числу, среди иных поименованных в ЗКС, объектов концессионного соглашения относятся: объекты по производству, передаче и распределению электрической и тепловой энергии; системы коммунальной инфраструктуры и иные объекты коммунального хозяйства, в частности объекты тепло-, газо- и энергоснабжения, централизованные системы горячего, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем, объекты социального обслуживания граждан и др. (п. 10, 11, 18, 19, 20 ч. 1 ст. 4).

Полномочия концедента также вправе осуществлять государственная компания, созданная Российской Федерацией в соответствии с Федеральным законом «О Государственной компании "Российские автомобильные дороги" и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», государственная корпорация, созданная Российской Федерацией в соответствии с Федеральным законом «О Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом"».

В случае, если при заключении концессионного соглашения планируются создание и (или) реконструкция объекта, части которого находятся или будут находиться в собственности разных публично-правовых образований, данные публично-правовыми образованиями до объявления о проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения предшествует подписанию соглашения о проведении совместного конкурса.

Концессионное соглашение может быть заключено в отношении нескольких объектов концессионных соглашений, указанных в ч. 1 ст. 4 ЗКС. Заключение концессионного соглашения в отношении нескольких объектов концессионных соглашений допускается, если указанные действия (бездействие) не приведут к недопущению, ограничению, устранению конкуренции¹².

¹² ч.5 ст. 4 ЗКС

Одновременно законодателем *введено ограничение в отношении сторон концессионного соглашения в зависимости от характеристики (принадлежности) объекта обязательства.*

Так, если объектами концессионных соглашений являются здания, строения и сооружения, предназначенные для складирования, хранения и ремонта имущества Вооруженных Сил Российской Федерации, объекты производственной и инженерной инфраструктур таких зданий, строений и сооружений, концессионерами по таким концессионным соглашениям не могут являться иностранные инвесторы (иностранное физическое лицо и (или) иностранное юридическое лицо), организации, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические лица и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы, за исключением случаев, определенных международным договором Российской Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации (ч.1.4 ст. 5 ЗКС).

В отношении объекта, поименованных в п. 21 ч. 1 ст. 4 ЗКС¹³, концессионером по такому концессионному соглашению 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, за исключением случаев, определенных международным договором Российской Федерации.

¹³ Программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ), базы данных, информационные системы (в том числе государственные информационные системы) и (или) сайты в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" или других информационно-телекоммуникационных сетях, в состав которых входят такие программы для ЭВМ и (или) базы данных, либо совокупность указанных объектов, либо объекты информационных технологий и имущество, технологически связанное с одним или несколькими такими объектами и предназначенное для обеспечения их функционирования или осуществления иной деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации.

Взлёты и падения — просто отражение результатов колебаний сроков кредита относительно точки их равновесия.

Джон Кейнс

В ЗКС отдельно оговорены условия исполнения концессионного соглашения *с привлечением заимствованных средств.*

Так, если для исполнения обязательств концессионера по концессионному соглашению концессионер привлекает средства кредиторов, права концессионера по концессионному соглашению могут использоваться в качестве способа обеспечения исполнения обязательств концессионера перед кредиторами в порядке и на условиях, которые определяются концессионным соглашением в соответствии с ЗКЗ. С целью реализации данных условий между концедентом, концессионером и кредиторами заключается соглашение, которым определяются права и обязанности сторон (в том числе ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения концессионером своих обязательств перед концедентом и кредиторами). Замена концессионера без проведения конкурса может быть осуществлена с учетом мнения кредиторов на основании решения Правительства Российской Федерации, органа государственной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления, принявших решение о заключении концессионного соглашения, при условии, что неисполнение или ненадлежащее исполнение концессионером обязательств по концессионному соглашению повлекло за собой нарушение существенных условий концессионного соглашения и (или) причинен вред жизни или здоровью людей либо имеется угроза причинения такого вреда. Новый концессионер, к которому переходят права и обязанности по концессионному соглашению, должен соответствовать требованиям к участникам конкурса, установленным ЗКС и конкурсной документацией.

Замена лица по концессионному соглашению в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения концессионером своих обязательств перед кредитором осуществляется путем проведения концедентом конкурса по правилам, установленным ч. 5 ст. 5 ЗКС.

Обратим внимание, исходя из публичности реализации права на заключение концессионного соглашения с учетом требований законодательства о защите конкуренции¹⁴ ЗКС возлагает на органы публичной власти федеральной территории и органы местного самоуправления в соответствии со своими полномочиями каждый год до 1 февраля текущего календарного года утверждать перечень объектов, в отношении которых планируется заключение концессионных соглашений. Указанный перечень после его утверждения подлежит размещению органами федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, публичной власти федеральной территории и органами местного самоуправления на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации, а также на официальном сайте концедента в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» или в случае отсутствия у муниципального образования официального сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на официальном сайте субъекта Российской Федерации, в границах которого расположено такое муниципальное образование, в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Указанный перечень носит информационный характер. Отсутствие в перечне какого-либо объекта не является препятствием для заключения концессионного соглашения с лицами, выступающими с

¹⁴ Целями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

инициативой заключения концессионного соглашения, в соответствии с ч. 4.1 ст. 37 и ст. 52 ЗКС¹⁵.

Отметим, что при наличии такой обязанности законодатель не предусмотрел ответственность для органов публичной власти за невыполнение данного требования закона.

С целью мотивации инвесторов улучшать и модернизировать объекты, переданные по концессионным соглашениям, законодатель предусмотрел право приобретения в собственность определенного вида объектов таких соглашений.

Так, в случае включения имущества, входящего в объект концессионного соглашения, в прогнозные планы (программы) приватизации государственного и муниципального имущества на период, соответствующий окончанию срока действия концессионного соглашения, концессионер имеет преимущественное право на выкуп этого имущества при условии добросовестного исполнения условий соглашения. Порядок реализации преимущественного права на выкуп определяется Федеральным законом от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» (ст. 30² «Особенности приватизации объектов концессионного соглашения»).

В этом порядке имущество отчуждается по его рыночной стоимости, определяемой в соответствии с законодательством Российской Федерации об оценочной деятельности. При этом закон не допускает передачу уступки преимущественного права на приобретение имущества.

Одновременно ЗКС *содержит ряд запретов, в том числе на приватизацию объектов, являющихся предметом таких соглашений.* Например, в соответствии с ч. 7 ст. 42 по концессионному соглашению, объектом которого являются объекты теплоснабжения, централизованные

¹⁵ В ред. Федерального закона от 02.07.2021 № 351-ФЗ

системы горячего, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем, не допускаются:

1) передача концессионером прав владения и (или) пользования объектами в субаренду;

2) уступка права требования, перевод долга по концессионному соглашению в пользу иностранных физических и юридических лиц и иностранных структур без образования юридического лица, передача прав по концессионному соглашению в доверительное управление;

3) передача объекта концессионного соглашения в собственность концессионера и (или) иных третьих лиц, в том числе в порядке реализации преимущественного права на выкуп имущества, переданного в соответствии с концессионным соглашением.

Обобщая сказанное, можно рассматривать концессионные соглашения *как некую инвестиционную форму использования имущества с правом преобразования (модернизации, реконструкции) объекта без изменения целевого назначения с условием законодательно гарантированной возможностью в последующем приобретения объекта концессионного соглашения в собственность.*

Оговоримся, что данное утверждение не является универсальным для всех видов объектов концессионных соглашений, поскольку они весьма разнообразны.

Учитывая проводимую государством политику, направленную на защиту прав субъектов предпринимательской деятельности¹⁶, где в том числе ключевая роль отводится органам прокуратуры, нельзя не отметить, что *главным критерием вторжения прокурора в правоотношения по заключению и исполнению концессионных обязательств является соблюдение баланса интересов публичной власти и инвесторов,*

¹⁶ <https://ria.ru/20190411/1552596820.html> (дата обращения: 30.10.2021).

вкладывающих свои ресурсы в проекты, в том числе пресечение злоупотреблений правом с обеих сторон сделки.

Главное правило делового мира: читай все, включая напечатанное мелким шрифтом.

Бэрд Жақлин, из книги «Непристойное предложение»

Рассуждая о природе концессионных соглашений, остановимся на их особенностях, отличающих от иных видов гражданско-правовых отношений.

Концессионное соглашение является обязательством, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных кодифицированными и иными федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из ЗКС или существа концессионного соглашения, применительно к объекту сделки и условий его использования (реконструкции, модернизации).

Исходя из цивилистических постулатов, любому праву всегда должна корреспондировать определенная обязанность.

Задаваясь вопросом о последствиях, влекущих для сторон концессионных соглашений, отличных от иных правоотношений мы выделили наиболее существенные.

Для органов публично-правовых образований:

Имущественные затраты на исполнение обязательств по концессионному соглашению несет концессионер;

ввод в эксплуатацию созданного и (или) реконструированного (модернизированного) объекта концессионного соглашения осуществляет концессионер, он же на длительный период принимает на себя бремя обслуживания, содержания, эксплуатации объекта;

правовое образование (его органы и организации) участвует в управлении переданным инвестору имуществом, контроле за его функционированием.

Для инвесторов:

доходы, полученные концессионером в результате осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, являются его собственностью;

снижаются инвестиционные риски (бюджетное сопровождение);

появляется возможность приобретения права собственности на объекты соглашения.

Обратим внимание, что ЗКС устанавливается, что в случае, если концессионное соглашение заключено в отношении объектов по производству, передаче и распределению электрической энергии, принадлежащих государственному или муниципальному унитарному предприятию на праве хозяйственного ведения, такое предприятие может участвовать на стороне концедента в обязательствах по концессионному соглашению и осуществлять отдельные полномочия концедента.

Аналогичное правило предусматривается также в отношении указанных объектов, принадлежащих государственным бюджетным учреждениям на праве оперативного управления.

Помимо этого, ЗКС к числу существенных условий названного концессионного соглашения отнесён объём валовой выручки, получаемой концессионером в рамках реализации такого соглашения¹⁷.

Рассмотрим *материально-процессуальные особенности данных сделок*.

Согласно ч. 1 ст. 13 ЗКС концессионное соглашение заключается по результатам проведения конкурса по правилам, установленным ст. 21 данного закона. Исключение составляют определенные в ст. 37 случаи, когда такие сделки совершаются без проведения конкурсных процедур.

¹⁷ <http://www.kremlin.ru/acts/news/64584> (дата обращения: 28.10.2021).

К заключенным по результатам конкурса сделкам с учетом их отраслевого регулирования (в зависимости от предмета сделки) применяются общие положения гражданского законодательства о торгах.

*Суть бизнеса заключается не в соблюдении формальностей, поиске выгоды, практическом результате, получении прибыли, стремлении продать, коммерческой игре или чём-то ещё.
Бизнес — это прежде всего то, что вам не безразлично.
Ричард Брэнсон (род. в 1950) — британский предприниматель*

В силу положений п. 1 ст. 447 ГК РФ договор, если иное не вытекает из его существа, может быть заключен путем проведения торгов¹⁸.

Поскольку в законодательстве не прописано понятие торгов, в научной литературе высказываются различные предложения по его толкованию. Мы полагаем, что *торги представляют собой поэтапное прозрачное состязание участников экономической деятельности, результатом которого является гарантированное (обязательное) заключение договора с заказчиком (приобретателем товаров, услуг, имущества) торгов.*

Отличительная особенность участия прокурора в таких делах состоит в том, что он, не являясь носителем материально-правового требования, может инициировать соответствующий иск (материально-правовое требование) в течение года со дня проведения торгов только в интересах заинтересованного лица¹⁹.

Согласно п. 70 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» заинтересованными лицами могут быть: участники торгов;

¹⁸ Конкурсные процедуры.

¹⁹ Более подробно о полномочиях прокурора в арбитражном судопроизводстве см: Боброва О.В. Конституционно-правовой статус прокурора в арбитражном судопроизводстве // Вестн. Ун-та прокуратуры Рос. Федерации – 2021. № 3 (83). С. 5-15. https://agprf.org/userfiles/ufiles/ob%20akademii/vestnik/2021/VAGP_blok_3_2021_06.07.pdf.

лица, не имевшие возможности участвовать в публичных торгах²⁰ из-за допущенных, по их мнению, нарушений правил их проведения; иные лица, обосновавшие свой интерес в оспаривании публичных торгов²¹.

Ответчиками по такой категории дел по общему правилу являются организатор торгов и (или) привлекаемые им специализированные организации и лицо, выигравшее публичные торги.

Как указано в п. 71 Постановления № 50, приведенный в п. 1 ст. 449 ГК РФ перечень оснований для признания публичных торгов недействительными не является исчерпывающим. Такими основаниями, среди индивидуальных²², могут быть, в частности, публикация информации о проведении публичных торгов в ненадлежащем периодическом издании (с учетом объема тиража, территории распространения, доступности издания), нарушение сроков публикации и полноты информации о времени, месте и форме публичных торгов, их предмете и др. Нарушения, допущенные организатором публичных торгов, признаются существенными, если с учетом конкретных обстоятельств дела судом будет установлено, что они повлияли на результаты публичных торгов.

Заметим, что практика оспаривания прокурором концессионных соглашений начала складываться лишь недавно. Например, в Верховном Суде Российской Федерации (далее по тексту – ВС РФ) пересматривалась законность принятых судебных актов всего по незначительному количеству спорам, при том, что прокуроры по ряду дел не инициировали иск, а вступили

²⁰ В соответствии с п. 1 ст. 449¹ ГК РФ под публичными торгами понимаются торги, проводимые в целях исполнения решения суда или исполнительных документов в порядке исполнительного производства, а также в иных случаях, установленных законом. Правила, предусмотренные ст. 448 и 449 ГК РФ, применяются к публичным торгам, если иное не установлено данным кодексом и процессуальным законодательством.

²¹ Также см: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

²² Авторское отступление.

в процесс с целью обеспечения законности²³.

*Расплата в этом мире наступает всегда.
Есть два генеральных прокурора: один – тот,
кто стоит у ваших дверей и наказывает
за проступки против общества, другой – сама природа.
Ей известны все пороки, ускользающие от законов.
Дени Дидро*

В приведённых примерах мы представим видение высшего органа судебного контроля по конкретным делам с участием прокурора.

*Прекрасно сказано, что в споре двух сторон суд
обе стороны обязан выслушать.
Еврипид*

На основе анализа правоприменительной практики мы выделили три основные категории дел, по которым прокуроры предъявляли иски в суды.

1. Наиболее распространенная группа – **дела о передаче в аренду имущества коммунального комплекса публично-правового образования без проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, что влечет нарушение права муниципального образования на эффективное и рациональное использование имущества, получение доходов, развитие добросовестной конкуренции**²⁴.

Заместитель прокурора Хабаровского края обратился в Арбитражный суд Хабаровского края с иском к администрации Комсомольского муниципального района Хабаровского края и обществу с ограниченной ответственностью «ЖилТэк» о признании недействительным заключенного

²³ См: определения Верховного Суда РФ от 15.04.2020 № 303-ЭС20-4397, от 29.09.2020 № 305-ЭС20-12804 по делу № А41-70117/2016, от 02.12.2020 № 304-ЭС20-19032 по делу № А81-6483/2019, от 01.07.2021 № 301-ЭС21-9676 по делу № А39-5957/2020, от 07.06.2019, по делу № А41-34517/2017, от 04.04.2019 по делу № 310-ЭС19-2602, от 08.09.2020 № 303-ЭС20-11561 по делу № А37-609/2019, и по делу № А35-4681/2017.

²⁴ См. дела № А81-11367/2019, № А81-9778/2020, № А12-4614/2019, А59-4643/2018, А02-2160/2018, А27-6879/2018, А39-4316/2018, А39-4318/2018, № А39-4316/2018, А39-4316/2018, № А02-2160/2018.

между ответчиками договора аренды муниципального имущества от 14.09.2018 № 2 и применении последствий недействительности ничтожной сделки, путем возложения на общество обязанности возвратить администрации спорное имущество жилищно-коммунального назначения.

Решением суда от 05.02.2021, оставленным постановлением Шестого арбитражного апелляционного суда от 20.04.2021, Постановлением Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.07.2021 № Ф03-3700/2021 по делу № А73-19626/2020 без изменения, заявленные требования удовлетворены в полном объеме.

Между тем указанное имущество могло быть передано в пользование общества только на условиях концессионного соглашения, в связи с чем спорный договор аренды является ничтожной сделкой.

Муниципальное имущество, относящееся к объектам коммунальной инфраструктуры, может быть передано по договору аренды по результатам проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров, за исключением объектов, в отношении которых ***разница между датой ввода объекта в эксплуатацию и датой опубликования извещения о проведении конкурса превышает пять лет***, в этом случае передача права владения и (или) пользования осуществляется только по концессионным соглашениям, также заключаемым путем проведения конкурсных процедур.

Например, судами по делу № А67-1977/2017 установлено, что основанием для заключения, оспариваемого прокурором Томской области, договора аренды послужили решение комиссии по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и обеспечению пожарной безопасности администрации города Томска, а также приказ начальника департамента.

Поскольку в состав муниципального имущества, переданного ООО «ВИГК» по договору аренды, входят здания, сооружения, движимое имущество, необходимые для осуществления деятельности по организации теплоснабжения на территории МО «Город Томск», то суды указали, что

орган местного самоуправления имел возможность передать юридическому лицу данное имущество лишь по концессионному соглашению. Довод ответчика о том, что передача объектов теплоснабжения в порядке, установленном ЗКС, привела бы к отсутствию теплоснабжения в зимний период, судом отклонен, так как мер, направленных на начало конкурсных процедур, подготовку конкурсной документации и проведение технического обследования объектов теплоснабжения с целью исключения возможности возникновения угрозы жизни и здоровью граждан, проживающих в поселке, в новый отопительный сезон, департаментом принято не было.

*Важно не имущество, которое мы имеем,
а способность создать это имущество.*

*Ричард Фейнман, из книги
«Вы, конечно, шутите, мистер Фейнман!»*

2. Дела об истребовании объектов коммунальной инфраструктуры из чужого незаконного владения, признании ничтожными договоров купли-продажи имущества в связи с проведением торгов с нарушением закона²⁵.

Заместитель прокурора Кемеровской области оспорил концессионное соглашение в отношении объектов теплоснабжения и горячего водоснабжения, находящихся в собственности муниципального образования.

Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в постановлении от 27.06.2019 по делу № А27-20592/2018, проанализировав условия концессионного соглашения и документы по процедуре его заключения между сторонами, установил, что оно заключено посредством проведения конкурсных процедур с нарушением ЗКС.

Так, извещение о проведении открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения опубликовано комиссией с нарушением десятидневного срока с даты принятия постановления от 30.05.2017. При этом

²⁵ См. дела № А27-28030/2017, А27-20592/2018.

прикрепленные к нему файлы подписаны с нарушением срока, установленного ч. 4¹⁰ ст. 37 ЗКС, что ограничивает 45-дневный срок для возможности подачи заявок со стороны заинтересованных лиц. Постановление принято администрацией с нарушением требований ч. 4¹ ст. 37, поскольку на момент заключения концессионного соглашения у общества «СТГК» отсутствовал документ, подтверждающий наличие у него денежных средств в размере не менее 5% от объема заявленных в проекте инвестиций. Обществом «СТГК» с уставным капиталом 50 тыс. руб. *не доказано наличие у него собственных денежных средств, о чем им заявлено в предложении о заключении концессионного соглашения, а также не подтвержден источник финансирования деятельности по исполнению соглашения, банковская гарантия получена обществом «СТГК» после заключения концессионного соглашения, при этом срок ее действия определен по 31.12.2018, тогда как она должна действовать в течение срока реконструкции объекта, составляющего десять лет.* Имели место и другие нарушения.

*Говоря о законности того или иного юридически значимого действия, обличённого в текст соглашения, мы прежде всего оцениваем его на соответствие Закону, и последствиям, влекущим его подписания и исполнения!*²⁶

3. Дела о признании недействительными торгов и концессионного соглашения²⁷.

Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа в постановлении от 13.03.2018, оставляя в силе судебные акты нижестоящих судов по иску прокурора Забайкальского края по делу № А78-5357/2017, указал, что по результатам конкурса в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения между администрацией поселения и обществом заключено концессионное соглашение, по условиям которого концедент передает

²⁶ Авторское.

²⁷ См. дела № А80-206/2018, А78-5357/2017.

концессионеру во временное пользование сроком на три года движимое и недвижимое имущество коммунальной инфраструктуры, подлежащее реконструкции и модернизации.

Судами установлено, что в связи с отсутствием в конкурсной документации всех необходимых сведений, предусмотренных ст. 23 ЗКС, организатором конкурса 19.10.2016 внесены соответствующие изменения в конкурсную документацию, а также изменена дата вскрытия заявок и определения прошедших предварительный отбор заявителей с 19 на 20 октября 2016 г. При этом при внесении изменений в конкурсную документацию не был продлен срок представления заявок на участие в конкурсе на 30 рабочих дней.

В другом случае прокурор Красноярского края в интересах муниципального образования поселка Краснокаменск Курагинского района Красноярского края обратился в Арбитражный суд Красноярского края с исковым заявлением к обществу с ограниченной ответственностью «Краснокаменские энергосети» и администрации поселка Краснокаменск о признании недействительным в силу ничтожности договора безвозмездного пользования № 25 от 27.08.2018, заключенного между ответчиками, и применении последствий недействительности ничтожной сделки в виде возложения на общество обязанности по возврату администрации переданного по договору имущества.

Решением Арбитражного суда Красноярского края от 12.11.2020 года, оставленным без изменения постановлением Третьего арбитражного апелляционного суда от 01.03.2021 года, Постановлением Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18.05.2021 № Ф02-1789/2021 по делу № А33-25258/2020 исковые требования удовлетворены.

Суды, удовлетворяя исковые требования, исходили из того, что передача спорного объекта теплоснабжения, находящегося в муниципальной собственности, возможна только на условиях концессионного соглашения,

заключенного на основании установленных законом публичных процедур.

Выводы судов соответствуют положениям статей 12, 153, 166, 167, 168, 422 ГК РФ; ст. 17.¹ Закона о защите конкуренции; ст. 28.¹ Закона о теплоснабжении; ст. 3, 4 ЗКС²⁸.

Имеются и другие единичные требования, например по иску заместитель прокурора Архангельской области о признании недействительной сделки по изъятию из хозяйственного ведения МУП «Холмогорский Водоканал» 65 объектов недвижимости, оформленной актом приема-передачи²⁹.

Резюмируя, отметим, что практику оспаривания в арбитражном суде концессионных соглашений следует рассматривать как процессуальный инструмент, способствующий разумному вторжению прокурора в хозяйственную деятельность субъектов публичной власти и предпринимательской деятельности и обеспечивающий посредством применения мер судебного принуждения устранения нарушений закона.

Продолжение следует...

²⁸ Похожий пример: Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 24.05.2021 № Ф02-1685/2021 по делу № А33-5258/2020 о признании незаконным бездействия органа местного самоуправления, выразившегося в непринятии мер, направленных на возврат муниципального имущества, переданного по договорам аренды муниципального имущества, непроведении публичных процедур на право заключения концессионного соглашения в отношении муниципального имущества, обязанности совершить действия, направленные на возврат муниципального имущества.

Исковое требование прокурора удовлетворено, поскольку оспариваемое бездействие органа местного самоуправления не соответствует требованиям действующего законодательства и нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц.

²⁹ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.09.2020 № Ф07-8887/2020 по делу № А05-11858/2019 о признании недействительными сделок по изъятию из хозяйственного ведения МУП объектов недвижимости, по передаче объектов в хозяйственное ведение и аренду третьим лицам. Прокурор ссылаясь на то, что сделка по изъятию у МУП объектов совершена в отсутствие на то правовых оснований.

Судом в удовлетворении требования отказано, поскольку право хозяйственного ведения МУП на объекты не было зарегистрировано в установленном законом порядке; не подтвержден факт нарушения прав и интересов муниципального образования вследствие заключения договоров аренды.