



Структурирование отношений между концессионером и генеральным подрядчиком в транспортных концессиях

Мастер-класс в рамках Стратегического форума

«Транспортные системы России»

06/07/2017

Строительный опыт в конкурсной документации

Наличие опыта строительства аналогичных объектов часто устанавливается в качестве квалификационного требования, например:

№	Конкурс на право заключения концессионного соглашения по объекту	Требования конкурсной документации
1	Объект капитального строительства «Автомобильная дорога «Обход г. Хабаровска км 13 – км 42» Концессионное соглашение заключено в 2016	Опыт строительства (реконструкции) автомобильных дорог (участков автомобильных дорог) I-й технической категории, или магистральных дорог и (или) магистральных улиц общегородского движения городов, или искусственных дорожных сооружений автомобильных дорог I-ой категории
2	Автомобильная дорога общего пользования регионального значения Республики Башкортостан «Стерлитамак – Кага – Магнитогорск» Конкурс оспаривается в Арбитражном суде города Москвы, дело № А 40-23141 / 17-149-224	Опыт проектирования, строительства (реконструкции) и ввода в эксплуатацию автомобильных дорог I-III категории, протяженностью не менее 10 км (не менее 1 объекта за последние 7 лет до даты подачи заявок)

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

№	Конкурс на право заключения концессионного соглашения по объекту	Требования конкурсной документации
3	<p>Новый выход на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М-1 «Беларусь» Москва-Минск»</p> <p>Концессионное соглашение заключено в 2009</p>	<p>Опыт строительства автомобильных дорог (не менее двух объектов за последние 10 лет) Указанный опыт должен быть подтвержден участием в строительстве указанных объектов в качестве застройщика или генерального подрядчика или подрядчика, обеспечившего выполнение не менее 30% строительно-монтажных работ</p> <p>Обязательные требования к указанным объектам:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ стоимость одного из объектов должна составлять не менее 1,7 млрд. рублей✓ строительство одного из объектов осуществлялось в климатических условиях с отрицательной изотермой температур в зимний период года✓ один из объектов имел суммарное количество полос движения не менее четырех с устройством двух проезжих частей

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

№	Конкурс на право заключения концессионного соглашения по объекту	Требования конкурсной документации
4	<p>Скоростная автомобильная дорога М-11 «Москва – Санкт-Петербург на участке 15-й км – 58-й км»</p> <p>Концессионное соглашение заключено в 2009</p>	Требования, аналогичные требованиям в пункте 3
5	<p>Скоростная автомобильная дорога М-11 «Москва – Санкт-Петербург» на участке км 543 – км 684»</p> <p>Концессионное соглашение заключено в 2014</p>	Опыт строительства (реконструкции) автомобильных дорог (участков автомобильных дорог) I-й технической категории, магистральных дорог и (или) магистральных улиц общегородского движения городов, равный в стоимостном выражении принятым (сданным) работам по строительству (реконструкции) таких объектов в совокупности на сумму не менее 25 млрд. рублей. Указанный опыт строительства (реконструкции) автомобильных дорог, улиц должен быть подтвержден участием в строительстве таких объектов в качестве застройщика, заказчика строительства, генерального подрядчика или подрядчика за последние 5 лет, предшествующие дате объявления конкурса

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

№	Конкурс на право заключения концессионного соглашения по объекту	Требования конкурсной документации
6	Центральная кольцевая автомобильная дорога Московской области. Пусковой комплекс (этап строительства) № 3 Концессионное соглашение заключено в 2016	Требования, аналогичные требованиям в пункте 5

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

№	Конкурс на право заключения концессионного соглашения по объекту	Требования конкурсной документации
7	<p>Автомобильная дорога общего пользования регионального или межмуниципального значения Республики Коми «Сыктывкар-Ухта-Печора-Усинск-Нарьян-Мар» на участках пос. Малая Пера - пос. Ираель и пос. Ираель – пос. Каджером</p> <p>Концессионное соглашение заключено в 2015</p>	<p>Опыт строительства (реконструкции) и ввода в эксплуатацию, на территории Российской Федерации и (или) за рубежом автомобильных дорог общего пользования и (или) участка автомобильной дороги общего пользования</p> <p>Описываемый опыт должен соответствовать каждому из нижеперечисленных критериев:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ участие в качестве подрядчика в строительстве и (или) реконструкции объектов за период 2005 - 2014 годы с общей стоимостью таких объектов не менее 1,5 млрд. рублей; и✓ наличие за период 2012 - 2014 годы не менее 1 акта приемки, законченного строительством и (или) реконструкцией объекта; и✓ участие за период 2012 - 2014 годы в качестве подрядчика в эксплуатации (техническом обслуживании и содержании) не менее 1 объекта протяженностью не менее 60 км; и✓ участие за период 2012 - 2014 годы в качестве подрядчика в эксплуатации (техническом обслуживании и содержании) не менее 1 мостового сооружения протяженностью не менее 40 погонных метров

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

Позиция судебной практики: требование о наличии опыта строительства у участника конкурса закононо
(Постановление АС ВВО от 22.06.2015 по делу № А 43-1004 / 2014)

Позиция судебной практики: требование о наличии опыта финансирования, опыта работы в качестве
управляющей организации, опыта по предоставлению услуг, опыта эксплуатации объектов необоснованно
ограничивает доступ к участию в конкурсе

*(Постановление 9 ААС от 27.04.2017 года по делу № А 40-204433 / 16 , Постановление АС УО от 22.04.2016 по
делу № А 71-7057 / 2015, Постановление 8 ААС от 28.12.2010 по делу № А 75-6314 / 2010, Постановление ФАС
СЗО от 26.08.2011 года по делу № А 13-12057 / 2010, Постановление ФАС СЗО от 16.06.2011 по делу № А 26-7240
/ 2010 и др.)*



Требование конкурсной документации о наличии опыта строительства соответствует
ФЗ «О концессионных соглашениях»

Строительный опыт в конкурсной документации (продолжение)

Опыт строительства аналогичных объектов на практике подтверждается опытом привлеченного подрядчика путем заключения:

- **предварительного договора** (соглашение о намерениях) по осуществлению функций генерального подрядчика при создании объекта концессионного соглашения, или
- **договора о совместной реализации проекта** (например, в форме договора простого товарищества, соглашения о консорциуме)

ФЗ «О концессионных соглашениях»: не предусматривает возможность подтверждения соответствия участника квалификационным требованиям опытом иных лиц

Практика ФАС: Положения конкурсной документации о возможности подтверждения соответствия квалификационным требованиям иными лицами незаконны (*Решение Комиссии Ханты-Мансийского УФАС России от 22.02. 2017 года по делу № 182-ж*)



SPV = Генеральный подрядчик?

Ключевые положения КС (строительство)

- требования к генеральному подрядчику и к договору с генеральным подрядчиком
- объект концессионного соглашения (ТЭПы, требования к качеству объекта, техническая документация)
- сроки и график выполнения работ
- подготовка к строительству (предоставление ЗУ, подготовка территории)
- контроль строительства, мониторинг строительства
- приемка работ (объекта), недостатки работ (объекта); гарантийные сроки
- ответственность сторон и прекращение концессионного соглашения; консервация незавершенного строительством объекта

Договор генерального подряда в системе проектных документов

Договор подряда – один из ключевых договоров, заключаемых во исполнение КС (помимо договоров о финансировании, проектировании, эксплуатации, прямого соглашения и проч.):

- Обязательное соответствие договора подряда требованиям КС
- Юридически значимые действия в отношении договора подряда, как правило, требуют согласования с концедентом
- Право концедента и / или финансирующих организаций на step-in

Распределение функций между участниками проекта на этапе строительства

Участники проекта, как правило, задействованные в строительстве



Распределение функций между участниками проекта на этапе строительства (продолжение)

Изменения ГрК РФ, внесенные Федеральным законом от 03.07.2016 № 372-ФЗ и имеющие значение для структурирования отношений концессионера и генерального подрядчика:

- 1.** Упразднены свидетельства о допуске к работам, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства (далее также - допуски СРО)
- 2.** Застройщик вправе выполнить инженерные изыскания, подготовку проектной документации, осуществлять строительство, реконструкцию при условии, что он является членом соответствующего СРО (в области инженерных изысканий, проектирования, строительства) или с привлечением иных лиц по договору подряда (ч. 3 ст. 47, ч. 5 ст. 48, ч. 3.1 ст. 52 ГрК РФ)
- 3.** Функции технического заказчика могут выполняться только членом СРО в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства (п. 22 ст. 1 ГрК РФ)

Распределение функций между участниками проекта на этапе строительства (продолжение)

Позиция Минстроя РФ по необходимости наличия членства СРО у застройщика (Письмо от 08.02.2017 № 3762-АЕ / 02)

- ❑ *Застройщик вправе осуществлять функции технического заказчика самостоятельно*
- ❑ *П. 22 ст. 1 ГрК РФ в редакции Федерального закона № 372-ФЗ установлено, что функции технического заказчика могут выполняться только членом соответственно саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2.1 ст. 47, ч. 4.1 ст. 48, ч. 2.2 ст. 52 ГрК РФ в редакции Федерального закона № 372-ФЗ*
- ❑ *Таким образом, при осуществлении застройщиком функций технического заказчика, перечисленных в п. 22 ст. 1 ГрК РФ в редакции Федерального закона № 372-ФЗ, самостоятельно застройщику требуется членство в СРО соответствующего вида*

Ключевые условия договоров генерального подряда (особенности правоприменительной практики)

Консолидация прибыли концессионера

Классическая концессия со сбором платы **≠** концессия с платой концедента

Капитальный грант и плата концедента – **бюджетные ассигнования** (бюджетные инвестиции и бюджетные субсидии, ст. 78, 79 Бюджетного кодекса РФ)

Правовая природа публичных платежей – компенсация расходов (реже недополученных доходов)

Выплата доходности на этапе строительства концессионером = **ст. 285.1 УК РФ (Нецелевое расходование бюджетных средств)?**

Ключевые условия договоров генерального подряда (особенности правоприменительной практики)

Цена работ

В проектах, где может быть заранее подсчитана стоимость работ, целесообразно устанавливать твердую цену

При наличии экономии в этом случае она будет распределяться в пользу генерального подрядчика, если стороны не договорятся об ином (п. 1 ст. 710 ГрК РФ)

Рекомендуется прямо указывать в договоре генерального подряда, что **экономия генерального подрядчика** не влияет на согласованную цену работ и сэкономленные средства причитаются генеральному подрядчику

Вывод из судебной практики: экономия подрядчика допустима только при соблюдении первоначального объема работ (Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2011 по делу № А 06-3102 / 2010, Постановление ФАС Уральского округа от 25.04.2014 № Ф 09-1943 / 14 по делу № А 60-21295 / 2013 и др.)

Ключевые условия договоров генерального подряда (особенности правоприменительной практики)

Особые обстоятельства

Особое обстоятельство – это обстоятельство:

- в результате наступления которого концессионер или генеральный подрядчик не могут выполнить обязательства по договору подряда в указанные в нем сроки
- не зависит от стороны, которая на него ссылается
- влечет дополнительные расходы и (или) задержку исполнения

Общая рекомендация: включение в договор подряда целесообразно для подрядчика и не отвечает интересам концессионера

Ключевые условия договоров генерального подряда (особенности правоприменительной практики)

Ошибки в технической документации

Наиболее характерные ошибки:

- Несоответствие ПСД действующим (!) СНиПам, нормам в области безопасности и здоровья, иным требованиям законодательства
- Несоответствие между ТЭП и проектными решениями
- Противоречия между исходными данными, использованными в ПСД, и фактическими обстоятельствами, выявленными в ходе изысканий на этапе РД, включая обнаружение сетей и коммуникаций
- Необходимость проведения работ по подготовке территории, не предусмотренных проектно-сметной документацией
- И т. д.

Рекомендации: устранение рисков через механизм гарантий и заверений

Ключевые условия договоров генерального подряда

К ключевым условиям договора генерального подряда относятся следующие условия:

Условие	Содержание
объект (ТЭПы, требования к качеству объекта)	генеральный подрядчик отвечает за соблюдение ТЭПов и несет риски, связанные с недостижением требований по качеству объекта
техническая документация	генеральный подрядчик несет риск ошибок в технической документации как профессиональный строитель
сроки и график выполнения работ	генеральный подрядчик несет риск несоблюдения сроков строительства, за исключением форс-мажора и особых обстоятельств
объем работ	генеральный подрядчик отвечает за выполнение необходимого объема работ по установленной цене
приемка работ (объекта), недостатки работ (объекта); гарантийные сроки	концессионер и генеральный подрядчик участвуют в сдаче-приемке работ; генеральный подрядчик несет ответственность за недостатки работ, в т. ч. на протяжении установленных гарантийных сроков

Ключевые условия договоров генерального подряда

К ключевым условиям договора генерального подряда относятся следующие условия:

Условие	Содержание
цена работ	может быть приблизительной или твердой
контроль строительства, мониторинг строительства	осуществляет концессионер, могут участвовать концедент и лица со стороны концедента, эксперт
обеспечение обязательств	как правило, предусматривается комплексное страхование строительных рисков, банковские гарантии
ответственность и прекращение договора; консервация незавершенного строительством объекта	предусматривается ответственность, «зеркальная» ответственности концессионера по КС на этапе строительства. Предусматриваются обязательства сторон по консервации объекта в случаях, предусмотренных КС. Одно из оснований прекращения договора генерального подряда – прекращение КС
особые обстоятельства	см. выше

Спасибо за внимание



Денис Качкин

Управляющий партнер, руководитель
практики по инфраструктуре и ГЧП
«Качкин и Партнеры»

denis.kachkin@kachkin.ru

+7 812 602 0225

+7 921 969 8505

Санкт-Петербург, Россия

www.kachkin.ru
