# «Цифровое ГЧП»

26.02.2019 СТАТЬИ

*Около года назад был принят Федеральный закон от 29.06.2018 No 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», установивший возможность заключения концессионных соглашений и соглашений о ГЧП в отношении объектов информационных технологий и распространивший правовое регулирование ГЧП на цифровую сферу. С тех пор это одна из наиболее обсуждаемых тем: идет подготовка значительного числа проектов, продолжается работа по совершенствованию законодательства. В статье рассматриваются ключевые вопросы, возникающие при юридическом структурирования таких проектов, а также перспективы «цифрового ГЧП».*

Внедрение ГЧП в сферу ИТ началось задолго до принятия ФЗ-173. Проекты по созданию и эксплуатации систем фотовидеофиксации нарушения правил дорожного движения, систем городского парковочного пространства, отдельных элементов системы городского транспорта, системы «Платон» по взиманию платы с грузовых автомобилей и прочие реализуются в России на основе концессионных соглашений уже не первый год. Объекты ИТ-инфраструктуры — важные составляющие любого из этих проектов.

Интерес к проектам ГЧП в сфере ИТ связан с получением доступа к дополнительному государствен- ному финансированию. По Указу Президента РФ1 одной из задач Правительства является преобразование приоритетных отраслей экономики и социальной сферы, включая городское хозяйство, посредством внедрения цифровых технологий и платформенных решений. Соответственно, бюджетные средства на цифровизацию сейчас выделяется в большом объеме.

Реализация таких проектов имеет значительный коммерческий потенциал, обусловленный спросом на цифровизацию социальной и транспортной сферы, ЖКХ и сельского хозяйства, государственного управления и пр. В настоящее время разрабатываются проекты, предполагающие цифровизацию элементов обустройства авто- и железнодорожных магистралей, применение цифровых технологий при оказании медицинских услуг, создание электронных (информационных) систем для сельского хозяйства, цифровизацию в сфере благоустройства городской среды, промышленности, образовании и т. д.

Помимо возможности привлечения внебюджетных источников финансирования ГЧП открывает государству доступ к современным технологиям, их применению для решения публичных задач, обеспечивает эффективное управление такими объектами при надлежащем контроле и мониторинге исполнения частным партнером своих обязательств по соглашению, повышает качество и доступность государственных услуг.

**Объекты КС и СГЧП**

Ключевым нововведением стало включение объектов ИТ в перечень возможных объектов концессионных соглашений (далее — КС) и соглашений о ГЧП (далее — СГЧП). Объекты ИТ — информационные системы, программы, базы данных, сайты, центры обработки данных и прочие — определены в достаточно широко, что позволяет использовать ГЧП для реализации множества различных инициатив. В результате запущена подготовка целого ряда проектов: инфраструктуры «умных городов», системы маркировки товаров, геоинформационных систем, информационных систем для телемедицины и др.

Участники концессионных проектов зачастую сталкиваются со сложностями при подготовке проектов в сфере здравоохранения, городского транспорта и ряда других, где не допускается обременение прав третьих лиц в отношении объекта соглашения.

В отличие от этих сфер объекты ИТ и/или технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ могут быть обременены правами иных лиц, выступающих

на стороне концедента, на момент их передачи концессионеру. Существенным условием концессионного соглашения при этом является порядок совместного использования таких объектов концессионером и иными лицами, выступающими на стороне концедента.

Возможность использования в качестве объекта соглашения совокупности программ, баз данных и информационных систем обеспечивает гибкость при определении объектов ИТ, включенных в проект без модификации. Это важно для тиражирования (серийности) проектов, для которых характер- на сложность выполнения требования о создании новых объектов.

**Создание объектов ИТ**

В соответствии с законодательством о концессионных соглашениях и соглашениях о ГЧП, концессионер / частный партнер обязуется за свой счет создать объект соглашения и использовать (эксплуатировать) его в процессе деятельности. При этом важно учитывать различное содержание понятия «создание» применительно к объектам ИТ и к техническим средствам обеспечения их функционирования.

Создание объектов ИТ — разработка новых и (или) переработка (модификация) существующих объектов (ч. 2 ст. 53.1 ФЗ о концессионных соглашениях).

Создание технических средств обеспечения функционирования объектов ИТ — разработка новых и/или модернизация существующих технических средств обеспечения функционирования объектов ИТ (ч. 3 ст. 53.1 ФЗ о концессионных соглашениях).

В свою очередь, модернизация подразумевает донастройку, приобретение и монтаж оборудования, замену комплектующих оборудования, реконструкцию и иные виды работ, которые при- водят к улучшению / повышению показателей функционирования объекта соглашения, его технического уровня и/или к появлению у него новых / улучшенных характеристик и эксплуатационных свойств.

Такая конкретизация на уровне профильных законов крайне важна, поскольку обеспечивает учет специфики объектов ИТ по сравнению с иными инфраструктурными объектами в рамках проектов ГЧП, под созданием которых понимается обязательное строительство и/или реконструкция недвижимого имущества. Прежнее узкое толкование вызывало сложности при структурировании проектов в отношении объектов ИТ (например, в проектах по созданию систем фиксации нарушений ПДД) и зачастую влекло за собой искусственное включение в состав объекта соглашения объекта недвижимого имущества, в реальности ненужного для целей проекта. Это создавало дополнительные издержки, правовые и иные риски, значительно ограничивало применение механизмов ГЧП в данной сфере.

Также законодательное урегулирование подобных вопросов позволило реализовывать проекты, где ключевым элементом является сама информационная система или иной программный продукт, а не оборудование или прочие объекты движимого имущества.

**Исключительные права**

Поправками подробно регулируется порядок при- обретения / возникновения и предоставления права использования результатов интеллектуальной деятельности, необходимых для создания объекта соглашения. Обязательства публичной стороны по предоставлению инвестору таких прав исполняются на основании лицензионного и/или сублицензионного договора и подлежат включению в перечень существенных условий соглашения. С учетом различий модели КС и СГЧП ФЗ-173 предусматривает особенности регулирования вопросов передачи и распределения прав на результаты интеллектуальной деятельности по таким соглашениям.

**Участие иностранных инвесторов**

Законом введены ограничения на участие иностранных инвесторов в проектах в отношении объектов ИТ. Концессионером / частным партнером по таким проектам не могут быть иностранные лица, а также подконтрольные им российские юридические лица. Несмотря на

установленное для данной сферы общее ограничение, с толкованием данных норм возникают сложности, обусловленные их ненадлежащей формулировкой (в частности, содержанием понятий «иностранное юридическое лицо» и «определение решений юридического лица»). Это создает дополнительные проблемы потенциальным инвесторам и порождает риски для соответствующих проектов, особенно с учетом использования офшорных моделей владения российским бизнесом.

**Проблемы структурирования проектов ГЧП в сфере ИТ**

При подготовке проектов ГЧП в сфере ИТ много во- просов возникает в связи с отсутствием достаточной практики и необходимостью дальнейшего совершенствования профильного законодательства. Основными из них являются вопросы объединения различных систем (подсистем) в рамках одного проекта; участия нескольких публично-правовых образований в одном проекте; распределения имущественных прав на объекты ИТ.

Объединение различных систем (подсистем) в рамках одного проекта. При подготовке комплексных проектов необходима качественная проработка аспектов, связанных с содержанием системы и возможностью включения в нее различных систем / подсистем, технологической связанностью данных объектов, в том числе с учетом специфики применяемых технологий, соответствия такого объединения требованиям антимонопольного законодательства и пр. Подобные практические проблемы особенно характерны для проектов по созданию «умных городов» и иных многофункциональных объектов / систем.

Участие нескольких публично-правовых образований в одном проекте. Помимо известных проблем (одного или нескольких концессионных соглашений, возможности применения и особенностей процедуры частной инициативы для многосубъектных проектов, содержания соглашений о совместном проведении конкурса, необходимости и требований к содержанию принимаемых нормативных и иных актов и др.) возникают вопросы, связанные

с принятием публично-правовыми образованиями финансовых обязательств (как прямых платежных, так и условных), регулированием в тексте КС случаев реализации рисков на стороне одного публично-правового образования с учетом их влияния на проект в целом.

Важное значение имеет анализ рисков возможного участия публичного образования (прежде всего субъекта РФ) в финансировании комплекс- ных проектов, в том числе межмуниципальных информационных систем; рисков применения механизмов минимальной гарантированной до- ходности; рисков распределения финансового участия между публично-правовыми образованиями с учетом неравных финансовых возможностей (что очевидно в конструкции «субъект РФ — муници- пальные образования»); рисков инвестора и необходимости обеспечения целевого расходования бюджетных средств.

К данной проблематике относится и общий для концессионного законодательства вопрос о рисках применения различных платежных механизмов в рамках КС (содержание платы концедента и др.). При подготовке отдельных «межуровневых» ИТ-проектов, планируемых к реализации одновременно субъектом РФ и несколькими муниципальными образованиями, антимонопольные органы часто демонстрируют негативный настрой (например, в отношении распределения финансовой нагрузки), что требует грамотного структурирования в целях минимизации юридических рисков.

Распределение имущественных прав на объекты ИТ. В отношении КС и СГЧП предусмотрено различное регулирование приобретения, обладания и распределения исключительных прав и права использования. При этом соответствующие положения законов о ГЧП и о КС позволяют при надлежащем структурировании гибко регулировать эти аспекты в тексте соглашения с учетом специфики проекта и обеспечения его привлекательности для инвестора.

Требует внимания и участие в проекте организаций, учрежденных публично-правовыми образованиями, в отношении передачи прав пользования, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, использования результатов интеллектуальной

деятельности бюджетными учреждениями и иными организациями на стороне концедента (публичного партнера).

**Реализация проектов на муниципальном уровне**

Закон о ГЧП содержит прямой запрет на заключение соглашения о МЧП в отношении объектов ИТ. Аналогичного запрета в отношении КС не устанавливается. Возникает правовая неопределенность в связи с ч. 6 ст. 53.2 ФЗ о концессионных соглашениях где приведен перечень органов власти, уполномоченных на принятие решения о заключении концессионных соглашений в отношении объектов ИТ в зависимости от того, кому принадлежит исключительное право на них и/или право использования объекта ИТ. В данной норме не определен орган, который принимает решение о заключении КС, соответствующее право на которые принадлежат муниципалитету. Это порождает позицию, о невозможности реализации таких проектов на муниципальном уровне. Имеются значительные аргументы в пользу иного толкования, но указанная неопределенность может быть окончательно устранена лишь после внесения соответствующих поправок в ФЗ-173.

**Выбор приоритетной модели**

При проработке проектов в данной сфере возни- кают и другие вопросы, влияющие на приемлемость проекта для инвестора и финансирующих организаций.

С учетом отмеченных особенностей на старте проекта целесообразно сделать выбор приоритетной организационно-правовой формы — КС или СГЧП с учетом дополнительных факторов и особенностей: необходимости получения объекта в собственность и иного распределения имущественных прав на объекты; возможности использования такого имущества и прав в качестве обеспечительных инструментов для привлечения заемного финансирования; необходимость проведения оценки эффективности для проектов, реализуемых по модели соглашения о ГЧП; обеспечения юридических возможностей для тиражирования проектов, в рамках которых могут использоваться некоторые общие

элементы систем; внесения планируемых и давно ожидаемых изменений в концессионное законодательство и законодательство о ГЧП.

В настоящее время продолжается работа по совершенствованию законодательства, регулирующего порядок подготовки и реализации проектов в сфере ИТ на условиях ГЧП, разработаны или готовятся предложения по устранению некоторых правовых барьеров.

Большое значение здесь будут иметь результаты первых проектов, соглашения по которым будут заключены в соответствии с принятыми поправ- ками: по созданию автоматической системы весогабаритного контроля на федеральных трассах, системы цифровой маркировки товаров, пилотных систем комплексной инфраструктуры «умных го- родов» и др.

Следует иметь в виду, что используемые при под- готовке пилотных проектов решения и подходы, очевидно, лягут в основу последующих проектных инициатив. С учетом потенциала сферы ИТ данное направление представляется весьма перспективным по количеству проектов, которые могут быть реализованы на условиях ГЧП.


| | |
|---|---|
| Александр Долгов | партнер, руководитель практики инфраструктуры и ГЧП в России и СНГ, Центральной Азии и на Кавказе, Squire Patton Boggs |
| Константин Макаревич | старший юрист практики инфраструктуры и ГЧП Squire Patton Boggs, участник подгруппы по совершенствованию законодательства в сфере ГЧП для создания инфраструктуры «умных городов» при Минстрое России |


СТАТЬИ