



Support for Improvement in Governance and Management

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Краткая информация 18

Август 2011

Государственные закупки

Концессии и государственно-частное партнерство

СОДЕРЖАНИЕ

- Что такое концессия?
- Разное использование термина “концессия” согласно национальным законодательствам
- Применяется ли Директива к концессиям?
- Какова позиция, когда концессия включает сочетание работ и услуг?
- Какие обязательства возникают в связи с присуждением концессии услуг?
- Какие обязательства возникают в связи с присуждением концессии?
- Что такое государственно-частное партнерство?
- Как Директива применяется к ГЧП?
- Концессии в секторе коммунальных услуг

Что такое концессия?

Концессии определены в Директиве 2004/17/ЕС о закупках в публичном секторе (“Директива”) как контракты, в которых возмещение за работы или услуги, которые должны быть выполнены, состоит исключительно из права использования работ или услуг, или из этого права наряду с оплатой.

Согласно Директиве, концессии работ и концессии услуг рассматриваются по-разному. Концессии работ подпадают под действие специальных положений Директивы, затрагивающих способ присуждения. Концессии услуг исключены из Директивы, хотя, при наличии потенциальной трансграничной заинтересованности в контракте, к присуждению концессии услуг будут применяться принципы Договора.

При рассмотрении подпадания сделки под определение концессии, необходимо учитывать два ключевых фактора::

- **Возмещение**¹ - источник возмещения не должен быть исключительно в виде оплаты стоимости государственным закупщиком, а частично или исключительно состоять из права использования работы/услуги. На практике это означает частичное или полное возмещение со стороны третьего лица,

и
- **Риск** – Риск использования возможности полностью лежит на концессионере. Концессионер обычно принимает, например, операционные и финансовые риски предоставления публичных услуг или публичных работ взамен на возможность формировать доход от использования этих услуг или работ. Отсутствие передачи риска экономическому субъекту будет предполагать скорее всего существование обыкновенного государственного заказа, следовательно, подпадающего полностью под строгости Ди-

¹ Термин “возмещение” может означать не только финансовые или денежные выплаты, полученные концессионером от государственного закупщика и/или от других источников, но также может подразумевать и другие выгоды или ценности от работ или услуг.

рективы, а не концессию, которая подпадает под действие специальных положений Директивы о концессии. Требование, чтобы риск был свойственным для использования возможности концессии, Европейской Комиссией подчеркивается следующим образом:

Главное свойство концессии – это право концессионера использовать конструкцию или предоставленные услуги, присужденные как возмещение за сооружение конструкции или предоставление услуг. Главное различие от государственных закупок – это свойственный такому использованию риск, который должен нести концессионер, обычно предоставляющий финансовые средства, по крайней мере, для части соответствующего проекта”.

Информация о государственно-частном партнерстве и Праве Сообщества о государственных закупках и концессиях COM (2005) 569 параграф 3.1

Это более наглядно при использовании практических иллюстраций. Приведенные примеры упрощены и классификация концессии зависит от деталей предложенной определенной концессии.

Концессия работ: Концессии часто применяются для предоставления главных инфраструктурных проектов, таких как строительство и эксплуатация дорог, мостов или туннелей. Когда концессионер получает все свое возмещение путем оплаты за услуги, непосредственно возложенных на пользователей, возмещение получено от “эксплуатации”, а не от государственного закупщика, присудившего концессию. Концессионер принимает финансовый и операционный риск, когда финансирует строительные работы и оперирует без гарантии, что он будет в состоянии возместить свою инвестицию и извлечь прибыль в период концессии. Это пример “концессии работ”.

Если государственный закупщик соглашается платить концессионеру в случае недостаточности доходов от пользователей третьих лиц с тем, чтобы позволить концессионеру возместить свою инвестицию, возникает ситуация, что риск передан недостаточно, чтобы это подпадало под определение концессии работ. По всей вероятности, это будет классифицировано, как контракт для выполнения работ.

Концессия услуг: Концессии также применяются для требующих оперирование и сохранение проектов, но не строительных работ; например, присуждение концес-

сии для оперирования существующей железной дороги или порта, налагая на третьих лиц оплату за использование этих удобств, или присуждение концессии для эксплуатации правительственного буфета и налагая на пользователей этого буфета непосредственную оплату за купленную еду и напитки. Это примеры вида концессии “концессии услуг”.

В случае, когда в примере правительственного буфета государственный закупщик предоставляет удобства буфета для использования субъекту экономической деятельности и, вместе с тем, соглашается платить субъекту экономической деятельности для покрытия основных расходов или субсидирует часть этих услуг, означает, что субъект экономической деятельности не несет достаточного риска для того, чтобы контракт подпадал под определение концессии услуг. В этом случае он может быть классифицирован как контракт для предоставления услуг.

Важное примечание – различное использование термина “концессия”, согласно национальному законодательству

Концепция концессии работ и концессии услуг – это концепция права ЕС и должна быть истолкована, согласно праву ЕС. Национальные законодательства могут определять концессии по-разному. Это означает, что возможно некоторые контракты или возможности, рассматриваемые как концессии по национальному законодательству, не будут концессиями для целей Директивы. Например, дарование права использования природных ресурсов, таких, как добыча угля или регулирование такси-сервисов, выдавая лицензии операторам, может быть названо “концессией”, согласно национальному законодательству, но обычно не будет рассматриваться для целей Директивы, хотя принципы Договора будут применимы, если контракт будет представлять трансграничную заинтересованность. Равным образом, некоторые контракты, не рассматриваемые, как концессии согласно национальному законодательству, все равно могут быть классифицированы, как концессии согласно праву ЕС.

Следовательно, очень важно понимать и применять определения ЕС при рассмотрении вопроса о том, является ли концессией предложенная сделка или нет для целей Директивы.

Применяется ли Директива к концессиям?

Директива применяется к концессиям работ, но не услуг. В Директиве есть положения, охватывающие присуждение концессий работ, но Директива ясно исключает подпадание под свое действие концессий услуг. Общие принципы Договора применяются к присуждению и концессии работ, и концессии услуг.

Какова позиция, когда концессия включает сочетание работ и услуг?

Когда концессия сочетает в себе и работы, и услуги, необходимо определить: классифицируется ли это как концессия работ или как концессия услуг? Это разграничение особенно важно, поскольку Директива включает положения, очерчивающие способы, по которым объявляются и закупаются концессии работ, но ясно исключает концессии услуг от зоны своего действия.

Для оценки и классификации смешанных концессий, включающих и работы, и услуги, государственный закупщик должен изучить представляющие главную цель концессии элементы. Если главная цель - исполнение работ, а услуги только побочны для этой цели, тогда контракт будет концессией работ. Концессия, целью которой являются услуги и ряд действий, подпадающих под определение “работ”, не приоритетных для главной цели, должны быть рассмотрены, как контракт концессии услуг.

Например, местные органы власти изъявляют желание присудить контракт концессии субъекту экономической деятельности для эксплуатации центра искусств сроком на 20 лет. Местные органы власти имеют здание центра искусств в качестве собственности. Возмещение, которое получает субъект экономической деятельности, осуществляется путем оплаты членами общества используемых удобств (кафе) и оплаты посещения событий в центре искусств (выставки, фильмы и театральные постановки). Как часть концессии, местные органы власти требуют от успешного субъекта экономической деятельности взять на себя работы по реконструкции в течении первого 5-летнего периода концессии, чтобы создать новый ресторан и кухни, улучшить подъезд к зданию для инвалидов, модифицировать лифт и установить новые туалеты. В этом случае, законно утверждать, что главная цель концессии – это долгосрочное оперирование центра искусств. Работы по восстановлению, которые являются частью общей сделки, могут быть рассмотрены, как неосновные для главной цели. Концессия должна быть классифицирована, как концессия услуг, а не как концессия работ.

Какие обязательства существуют в связи с присуждением концессии услуг?

Как уже говорилось, присуждение концессии услуг специально исключено из Директивы. Прецедентное право ЕС установило, что принципы Договора и фундаментальные правила, вытекающие из этих принципов, все-таки применяются в случае, если присуждаемая концессия услуг представляет собой трансграничную заинтересованность. В этом случае в общем применяются фундаментальные правила Договора и, в частности, принципы недискриминации на основе национальности и требование прозрачности. Требование прозрачности состоит из обеспечения, на благо любых потенциальных участников тендера, доступности объявления, которая достаточна, чтобы дать возможность рынку услуг быть открытым для конкурса и обеспечить беспристрастность рассматриваемых процедур закупок. На практике это означает, что государственный закупщик, желающий присудить концессию услуг, должен рассмотреть возможность потенциального интереса для участников тендера в других государствах-членах. Если оно интересно, возможность должна быть объявлена так, чтобы потенциальные участники тендера из других государств-членах были бы осведомлены о возможности и чтобы последующий процесс исполнялся честным, прозрачным и недискриминационным способом. На практике, местное законодательство может пойти дальше, чем это и налагать больше юридических обязанностей на то, как концессии услуг объявляются и присуждаются.

Какие обязательства существуют в связи с присуждением концессии работ?

Директива устанавливает требования, которыми руководствуется государственный закупщик при присуждении концессии работ.

Государственный закупщик должен объявить концессию работ в Официальном Журнале Европейского Союза (ОЖЕС), используя стандартную форму уведомления о контракте концессии. Уведомление должно быть отправлено, согласно требованиям Директивы, и опубликовано в ОЖЕС. Предельные сроки для предъявления заявок субъектами экономической деятельности - минимум 52 дня со дня отправления уведомления (45 дней, если уведомление отправлено электронным способом).

Нет подробных требований к субъектам экономической деятельности о проведении тендерного процесса, предоставляя ему свободу решения, какой процесс наилучшим образом удовлетворяет требованиям определенного закупаемого кон-

тракта. В любом случае, государственный закупщик все-таки должен обеспечить проведение процесса прозрачным образом, обеспечивая равноправное обращение и рассмотрение субъектов экономической деятельности недискриминационным способом.

Есть детальные положения, касающиеся присуждения субконтрактов концессионерами. Директива устанавливает, что государственный закупщик может или потребовать от концессионера присудить минимум 30 % от общей стоимости работ третьим лицам (концессионеры могут установить процент выше), или потребовать от кандидатов для концессии установить в своих заявках общую стоимость работ, которые они предусматривают поручить третьим лицам.

Директива также требует, чтобы концессионер присудил контракт субконтрактам-третьим лицам, используя конкурсные процессы. В случае концессионера, который является государственным закупщиком (как определено в Директиве – см. *Краткая информация о закупках 3 – Что такое государственный закупщик?*), он должен использовать одну из стандартных конкурсных процессов, предусмотренных в Директиве. Если концессионер не является государственным закупщиком, то он должен следовать требованиям Директивы об объявлении в ОЖЕС. Есть исключение из этого требования, когда присуждение делается концессионером третьему лицу, который является взаимосвязанным предприятием. Есть детальные положения в Директиве, определяющие взаимосвязанное предприятие.

Что такое ГЧП?

Аббревиатура ГЧП относится к “государственно-частному партнерству”. Нет единого и простого определения ГЧК, так как термин покрывает ряд разных видов контрактов и других моделей поставок.

ГЧП может быть представлено как любая форма сотрудничества между государственным закупщиком и субъектами экономической деятельности из частного сектора, часто с целью обеспечения финансирования, строительства, ремонта, управления и сохранения инфраструктуры (работ) и/или предоставлении услуг. Участвующие организации часто называются термином “партнеры”, который обычно используется в неюридическом смысле.

Главным свойством ГЧП обычно бывает разделение или передача риска партнеру частного сектора и ГЧП обычно, но не всегда, бывает длительным.

Методы оплаты и финансирования отличаются согласно ГЧП. Оплата может быть сделана государственным закупщиком или получена от третьих лиц, таких как клиенты (в определенных случаях это может быть классифицировано, как концессия), или оплачиваться из разных источников. Финансирование может быть от государственного закупщика, участника частного сектора, сторонних спонсоров, таких, как банки или другие заимодатели, или из разной комбинации источников. Вследствие особенностей ГЧП проектов, юридическая документация обычно бывает сложной и многосторонней.

Структура ГЧП может быть договорной или институциональной. Институциональное ГЧП (ИГЧП) - вид ГЧП, которое включает создание организации по системе поставок со смешанным капиталом, как совместные компании или другие совместные организации, в котором участвуют и государственный закупщик, и участник частного сектора. Затем системе поручаются поставки ГЧП инфраструктур или проекта услуг, с постоянным и активным участием партнера частного сектора совместно с партнером публичного сектора.

Как Директива применяется к ГЧК?

В Директиве нет юридического определения ГЧП и этот термин не используется в Директиве. Правовая система ЕС не содержит закона о ГЧП или специальную правовую систему, регулирующую выбор частных партнеров для ГЧП государственным закупщиком. При решении стран отдельного урегулирования вопроса ГЧП, нет требования для специального законодательства для определения процедур присуждения контрактов ГЧП. Законодательство государственных закупок будет применяться к процедурам для присуждения ГЧП.

С позиции закупочных правил ЕС, ГЧП – это или контракты государственных заказов, контракты концессии (работ или услуг), или контракты, которые исключены из сферы применения Директивы. ГЧП, которые являются концессией услуг или

являются исключениями и имеют трансграничную заинтересованность, будут подпадать под действие принципов Договора и правил, вытекающих из этих принципов; будут применяться, в частности, принципы прозрачности, равноправного обращения, недискриминации, пропорциональности и взаимного признания.

ГЧП, квалифицированное как контракт для государственных заказов, согласно Директиве, должен быть присужден с использованием одной из, установленных в Директиве процедур, применяющейся к контрактам государственного заказа. Государственный закупщик должен тщательно рассматривать наиболее соответствующую процедуру присуждения для контрактов ГЧП, которые зачастую сложны и обычно требуют переговоров между сторонами. Когда рассматривается достаточно сложный контракт ГЧП и государство-член принял соответствующие положения Директивы, соответствующей процедурой для применения может быть конкурсный диалог. Возможно также, что условия, регулирующие использование переговорной процедуры с предшествующей публикацией уведомления о контракте, удовлетворены.

В случае, когда ГЧП – это концессия работ, то будут применяться вышеизложенные специальные положения, регулирующие присуждение.

В случае, когда структурой является ИГЧП - регулируемый Директивой (для контрактов государственных заказов и концессий работ, в зависимости от ситуации) единый процесс ЕС может быть применен и для назначения участника частного сектора ИГЧП, и для присуждения контракта совместной системе поставок.

Концессии в секторе коммунальных услуг

Европейская Коммиссия в своем объяснительном сообщении о концессиях, согласно праву сообщества (ОЖ 2000/ С 121/2), содержит следующую информацию, относительно присуждения концессии в секторе коммунальных услуг:

Директива 93/38/ЕЭС о контрактах, присужденных организациями, оперирующими в секторах водоснабжения, энергии, транспорта и телекоммуникаций (далее именуемая как “Директива о коммунальных услугах”) не имеет никаких специальных правил ни о концессии работ, ни о концессии услуг.

При решении применяемых правил, следовательно, правосубъектность концедента, также как и его деятельность, являются решающими элементами. Есть несколько возможных ситуаций.

В первом случае, государство или другие органы государственной власти, не оперирующие в одном из регулируемых Директивой о Коммунальных услугах четырех секторов, присуждает концессии, включающие экономическую деятельность в одном из этих четырех секторов. Правила и принципы Договора, описанные наверху, применяются к этому присуждению, как и Директива, если это концессия работ.

Во втором случае, государственный закупщик, оперирующий специально в одном из четырех секторов, регулируемых Директивой о коммунальных услугах, решает присудить концессию. Следовательно, применяются правила и принципы Директивы, поскольку концедент - государственное предприятие. Даже в случае концессии работ, применяются только правила и принципы Договора, так как Директива работ не покрывает концессии, присужденные предприятием, оперирующими специально в одном из регулируемых Директивой 93/38/ЕЭС четырех секторов.

Наконец, если даритель - частное предприятие, оно не подпадает под действие вышеназванных ни правил, ни принципов.

Для информации о регулируемых Директивой о коммунальных услугах четырех секторах и видах заключающих контракт предприятий, подпадающих под действие, включая обсуждение об образовании государственного предприятия см. *Краткая информация о закупках 16 - Закупки предприятиями коммунальных услуг*

Практическое примечание об определении масштабов, закупок и управлении ГЧП

ГЧП обычно бывают сложными контрактами, которые зачастую долгосрочны. Как и при всех сложных или долгосрочных контрактах, очень важно обеспечить, чтобы требования были тщательно рассмотрены и заранее определены их масштабы, с тем, чтобы спецификации и условия контракта были всеобъемлющими и тщательными, позволяя и государственному закупщику, и субъекту экономической деятельности полностью понять свойства и последствия проекта в период действия контракта.

Процесс закупок должен досконально проверить предложения субъектов экономической деятельности, чтобы удостовериться, что они удовлетворяют и будут удовлетворять требованиям государственного закупщика во время срока действия контракта. Для дальнейшей информации о соответствующих процедурах закупок см. *Краткая информация о закупках 10- Какие процедуры государственных закупок и когда они могут быть использованы?*

Постоянное и предупредительное управление в процессе контракта также является решающим для удачной поставки и оперирования концессии. Для дальнейшей информации см. *Краткая информация о закупках 21- Определение качества работы и Краткая информация о закупках 22-Управление контрактов.*

Дальнейшее чтение:

- ОЭСР- Принципы вовлечения частного сектора в инфраструктуру (2007)
- Интернет-сайт Европейской Комиссии о ГЧП:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_en.htm
- Объяснительное Сообщение комиссии о применении Права Сообщества о Государственных закупках и Концессиях в ИГЧК -(C(2007)6661)

- Зеленый документ о ГЧП и Право Сообщества о Контрактах государственного заказа и концессиях (COM (2004) 327 последняя)
- Сообщение о ГЧП и Право Сообщества о Государственных закупках и Концессиях (COM (2005) 569 последняя)
- Пояснительное примечание о процедуре Конкурсного Диалога
- Объяснительное Сообщение о Концессиях, согласно праву Сообщества (ОЖ 2000/С 121/2)

- ОЭСР государственно-частное партнерство - *Преследуя распределение риска и соотношение цены и качества*
- ОЭСР принципы для участия частного сектора в инфраструктуре
- Экономическая Коммиссия Объединенных наций для Европы – *Руководство по способствованию надлежащего управления в государственно-частном партнерстве*