



ГЧП В КАЗАХСТАНЕ

Шаймерден Чиканаев



I. ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ

Казахстан, крупнейший производитель нефти с самой большой экономикой в Центральной Азии, с 1991 года был вынужден полагаться на устаревшую инфраструктуру, унаследованную еще от Советского Союза. В результате почти каждый участок общественной инфраструктуры в Казахстане (например, дороги, электростанции, детские сады, канализационные сети) требует того или иного уровня модернизации и/или реконструкции. Казахские власти пришли к пониманию того, что они не могут осуществлять необходимые инвестиции в общественную инфраструктуру только за счет государственного бюджета и что основным источником финансирования модернизации инфраструктуры в Казахстане должен являться частный бизнес. Необходимость в притоке частных инвестиций в сферу общественной инфраструктуры становится еще более актуальной в условиях нынешнего спада цен на нефть и газ и, соответственно, поступлений в государственный бюджет от сырьевого сектора Казахстана. Как результат, власти Казахстана теперь еще более активно пытаются простимулировать частные инвестиции в общественную инфраструктуру путем введения налоговых льгот и улучшения законодательной базы, в том числе в области ГЧП.

Хотя Казахстан наработал некоторый опыт в проектах, основанных на ГЧП, в 1990-х годах, стало очевидным, что успешная реализация таких проектов будет неэффективна без более полного пакета законодательных актов по концессиям и закупкам ГЧП. Первый закон, Закон «О концессиях в Республике Казахстан» был принят 23 декабря 1991 года и был направлен на регулирование административных, экономических и правовых аспектов договоров концессии в Казахстане только для иностранных инвесторов. Был опробован и применен механизм в отношении, по крайней мере, четырех инфраструктурных проектов Банка развития Казахстана и трех концессионных проектов, поддержанных Правительством Республики Казахстан. Этот первый закон о концессиях был признан утратившим силу уже к апрелю 1993 года. Несмотря на отсутствие какого-либо конкретного закона о концессиях в период с 1993 по 2006 гг. было реализовано несколько концессионных проектов за этот период на основании общих положений Гражданского кодекса Республики Казахстан, а именно: (i) 6 июля 2005 года - заключение договора концессии о строительстве и эксплуатации железной дороги «Чарск - Усть-Каменогорск», и (ii) 28 декабря 2005 года - заключение договора концессии о строительстве и эксплуатации межрегиональной линии электропередач «Северный Казахстан - Актюбинская область».

7 июля 2006 года был принят Закон Республики Казахстан «О концессиях» № 167-III ЗРК (далее - «Закон о концессиях»), что позволило в 2007 году подписать теперь уже признанные казахским законодательством договоры концессии о пассажирском терминале международного аэропорта в г. Актау, железнодорожной линии «Ералиево-Курык», электрификации железнодорожной линии «Макат-Кандыагаш» и в 2008 году подписать договоры концессии о газотурбинной установке в городе Кандыагаш Актюбинской области и железнодорожной линии «Коргас-Жетыген».

Насколько нам известно, с учетом вышесказанного по состоянию на начало 2016 года существует шесть концессионных проектов, в настоящее время реализуемых в Казахстане. Три объекта концессии уже функционируют: (1) линия электропередачи «Северный Казахстан - Актюбинская область»; (2) железнодорожная линия «Чарск - Усть-Каменогорск»; и (3) пассажирский терминал аэропорта г. Актау. Однако большинство, если не все из них, реализованы хуже, чем ожидалось. Частично это вызвано ненадлежащим структурированием указанных концессионных проектов, а также, очевидно, отсутствием сбалансированного распределения рисков между инвестором и государством. В отношении железнодорожной линии, например, объем грузоперевозок ниже, чем ожидалось, а несколько предприятий, которые, как ожидалось, будут использовать линию электропередачи, прекратили свою деятельность либо работают не в полную мощность.

Однако непопулярность концессий до сих пор обусловлена чрезмерным регулированием концессионных отношений соответствующим законодательством, что снижает гибкость сторон при определении условий реализации проекта, а также тем, что процесс предоставления концессий в Казахстане очень бюрократичный и требующий больших затрат времени.

С целью решения данной проблемы 31 октября 2015 года был принят новый Закон Республики Казахстан «О государственно-частном партнерстве» № 379-V ЗРК (далее «Закон о ГЧП»). Государственно-частное партнерство отныне может быть структурировано не только в виде концессии и применяться для реализации проектов в рамках Закона о ГЧП в любом секторе экономики, несмотря на то, что приоритетными отраслями указаны образование, здравоохранение, транспорт, электроэнергетика и жилищно-коммунальное хозяйство.

II. ОБЗОР ЗА ГОД

2015 год был весьма плодотворным с точки зрения нововведений в законодательство о ГЧП, так как был принят Закон о ГЧП и все необходимые подзаконные акты. Теперь, имея прочную правовую базу для структурирования проектов ГЧП, Правительство Казахстана официально подтвердило, что каждому из регионов Казахстана необходимо будет реализовывать не менее пяти проектов ГЧП в год. К концу марта 2016 года также планируется разработать дорожную карту для реализации ГЧП во всех секторах и регионах Казахстана с конкретными целевыми показателями.

Даже, несмотря на то, что Закон о ГЧП вступил в силу только в конце 2015 года, согласно общедоступной информации в Республике Казахстан существует уже около 102 проектов ГЧП на разных стадиях реализации по состоянию на февраль 2016 года, и восемь из них имеют национальное значение. Крупнейшие из этих проектов включают строительство исправительного учреждения в г. Шымкент на 1500 мест, строительство больниц на 300 мест в г. Усть-Каменогорск и г. Актау, строительство детской больницы в г. Семей, а также строительство инновационного кластера в г. Алматы на базе Казахского национального университета им. Аль-Фараби.

Тем не менее, наиболее крупным и ожидаемым проектом ГЧП в 2016 году в Казахстане остается концессионный проект. Министерством по инвестициям и развитию Республики Казахстан в начале 2015 года был инициирован конкурс в соответствии с Законом о концессиях в отношении концессии платной дороги в г. Алматы, бизнес-центре и бывшей столице страны. Насколько нам известно, по состоянию на начало февраля 2016 года уже начата конкурсная оценка пяти консорциумов, входящих в шорт-лист, и в случае успеха Большая алматинская кольцевая автомобильная дорога, также известная как БАКАД, предоставит Правительству некоторое пространство для реализации амбициозного ГЧП проекта по строительству трубопровода, который в значительной степени нацелен на развитие инфраструктуры на фоне сложных экономических условий. БАКАД, 20-летний проект ГЧП, основанный на модели «строительство-передача-эксплуатация» (build-transfer-operate, ВТО), предлагает заманчивое сочетание риск/выгода. По имеющимся у нас сведениям Правительство Казахстана согласилось взять на себя все риски, связанные с трафиком. Оплата за пользование автодорогой будет взиматься концессионером и незамедлительно передаваться Правительству. Правительство, в свою очередь, уплатит на начальном этапе плату за доступность в целях покрытия капитальных затрат, плюс проценты в течение первых 10 лет эксплуатации для воспроизведения графика погашения задолженности. В то же время операционные расходы, замещающие капитальные расходы, налоги, стоимость капитала и другие затраты будут возмещаться в течение всего срока эксплуатации. Правительство также снизит риск валютных колебаний и компенсирует любую девальвацию-обесценивание тенге (местной валюты) к доллару США, составляющую более 5 процентов. В случае успеха проект БАКАД проложит путь для большего количества проектов ГЧП в транспортном секторе.



III. ОБЩЕЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

i. Виды государственно-частного партнерства

Правовая система Казахстана представляет собой систему гражданского права, аналогичную правовым системам в большинстве стран бывшего Советского Союза. Нормы права Казахстана содержатся в Конституции, различных кодексах, законах, постановлениях, указах (имеющих силу закона), положениях, предписаниях, приказах и других нормативных правовых актах Республики Казахстан.

Действующая правовая база, регулирующая ГЧП, включает следующие основные нормативные правовые акты:

- а. Конституция Казахстана;
- б. Гражданский кодекс Казахстана;
- в. Закон о ГЧП;
- г. Закон о концессиях;
- д. Предпринимательский кодекс Казахстана;
- е. Закон Казахстана «О государственном имуществе»;
- ж. Налоговый кодекс Казахстана;
- з. Земельный кодекс Казахстана;
- и. Бюджетный кодекс Казахстана;
- к. Закон Казахстана «О рынке ценных бумаг»;
- л. Закон Казахстана «О проектном финансировании и секьюритизации»;
- м. Закон Казахстана «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан»; и
- н. Закон Казахстана «О естественных монополиях и регулируемых рынках».

Кроме того, существуют различные специальные подзаконные и нормативные правовые акты, касающиеся ГЧП, в том числе следующие основные акты:

- а. Приказ Министра национальной экономики № 743 от 30 ноября 2015 года «Об утверждении Правил формирования и утверждения тарифов (цен, ставок сборов) на регулируемые услуги (товары, работы) субъектов естественных монополий, осуществляющих свою деятельность по договору ГЧП, в том числе по договору концессии» (далее «Приказ № 743»);
- б. Приказ и.о. Министра национальной экономики № 725 от 25 ноября 2015 года «О некоторых вопросах планирования и реализации проектов ГЧП» (далее «Приказ № 725»);
- в. Приказ Министра национальной экономики № 731 от 26 ноября 2015 года «Об утверждении Методики определения лимитов государственных обязательств по проектам ГЧП, в том числе государственных концессионных обязательств, Правительства Республики Казахстан и местных исполнительных органов»;
- г. Приказ и.о. Министра национальной экономики № 713 от 25 ноября 2015 года

«Об утверждении Правил приема объектов ГЧП в государственную собственность»;

д. Приказ Министра национальной экономики № 724 от 25 ноября 2015 года «Об утверждении типовой конкурсной документации проекта ГЧП и типового договора ГЧП по способам осуществления ГЧП в отдельных отраслях (сферах) экономики»;

е. Постановление Правительства Казахстана № 1056 от 25 декабря 2015 года «О некоторых вопросах Центра развития ГЧП»;

ж. Постановление Правительства Казахстана № 1057 от 25 декабря 2015 года «Об определении юридического лица по сопровождению республиканских проектов ГЧП»; и

з. Указ Президента Казахстана № 172 от 14 января 2016 года «О перечне объектов, не подлежащих передаче для реализации ГЧП» (далее «Указ № 172»).

И, наконец, существуют определенные нормативные правовые акты в отношении концессии, в том числе, следующие основные правовые акты:

а. Приказ Министра национальной экономики № 157 от 22 декабря 2014 года «О некоторых вопросах планирования и реализации концессионных проектов» (далее «Приказ № 157»);

б. Приказ Министра национальной экономики № 24 от 23 февраля 2009 года «Об утверждении Методики определения стоимости объекта концессии, суммарной стоимости государственной поддержки деятельности концессионеров и источников возмещения затрат»;

в. Приказ и.о. Министра национальной экономики № 277 от 27 марта 2015 года «Об утверждении Типового договора концессии в различных отраслях экономики»;

г. Постановление Правительства Республики Казахстан № 1060 от 7 октября 2014 года «Об утверждении перечня концессионных проектов особой значимости»;

д. Постановление Правительства Республики Казахстан № 109 от 10 марта 2015 года «Об определении организации по финансированию концессионных проектов»; и

е. Указ Президента Республики Казахстан № 294 от 5 марта 2007 «О перечне объектов, не подлежащих передаче в концессию» (далее «Указ № 294»).

Реализация проекта ГЧП в Казахстане возможна, как правило, либо на основании Закона о ГЧП, который позволяет использовать все возможные структуры ГЧП, либо на основании Закона о концессиях, который предусматривает лишь одну из специфических структур ГЧП - концессию.

Ниже приведен краткий обзор двух указанных альтернатив:

Договор концессии

В Казахстане в соответствии с Законом о концессиях соответствующий государственный орган может предоставить проектной компании концессию путем заключения договора концессии на срок до 30 лет.

Предоставление концессии путем выдачи лицензии или специального соответствующего законодательного акта не допускается в соответствии с казахстанским законодательством. Концессия предполагает взаимные обязательства сторон договора концессии, а не исключительное право или полномочие, предоставляемое соответствующим органом проектной компании для разработки проекта (как это может быть в некоторых странах). Казахстанским законодательством договор концессии классифицируется как частноправовой договор, который сочетает в себе несколько видов гражданско-правовых договоров, предусмотренных Гражданским кодексом. Все концессии в Казахстане носят разовый характер, в то время как плановые концессии со стороны государства или местных органов не допускаются. Следует отметить, однако, что концессионер, надлежащим образом исполнивший свои обязанности, по истечении срока действия договора концессии вправе заключить новый договор концессии без проведения нового конкурса, вероятно, в отношении одного и того же объекта концессии (см. п. 2 ст. 23 Закона о концессиях).

В соответствии с ст. 21-1 Закона о концессиях договор концессии может быть заключен в одном из следующих четырех видов или быть заключен как их сочетание:

а. договор концессии, предусматривающий создание концессионером объекта концессии с последующей передачей объекта концессии в собственность государства;

б. договор концессии, предусматривающий совместную деятельность концессионера и концедента по созданию (реконструкции) и эксплуатации объекта концессии;

в. договор концессии, предусматривающий передачу объекта концессии, находящегося в государственной собственности, в доверительное управление либо в имущественный наем (аренду) концессионеру в целях реконструкции и эксплуатации;

г. договор концессии, предусматривающий передачу объекта концессии, находящегося в собственности концессионера, в имущественный наем (аренду) концеденту либо уполномоченному им лицу, в том числе с правом выкупа объекта концессии концедентом.

Договор ГЧП

Закон о ГЧП, в отличие от Закона о концессиях, предусматривает возможность реализации проекта ГЧП одним из следующих двух способов: либо на институциональной основе (с созданием компании государственно-частного партнерства в форме совместного предприятия), либо контрактной основе (без создания компании государственно-частного партнерства). Статья 7 Закона о ГЧП включает перечень возможных видов договоров государственно-частного партнерства, в том числе договоры концессии, договор доверительного управления государственной собственностью, договоры имущественного найма государственного имущества, лизинга, финансового лизинга, контракты на разработку технологии, изготовление опытного образца, опытно-промышленное испытание и мелкосерийное производство, контракты жизненного цикла и сервисные контракты, однако перечень остается открытым, так что есть возможность заключать «иные договоры, соответствующие признакам государственно-частного партнерства». Таким образом, Закон о ГЧП позволяет заключать иные договорные формы ГЧП, даже если они не предусмотрены Законом о ГЧП, но в основном соответствуют признакам государственно-частного партнерства, указанным в ст. 4 Закона о ГЧП.

В соответствии со ст. 7 Закона о ГЧП, договоры концессии регулируются общими положениями Закона о ГЧП, за исключением особенностей, прямо предусмотренных в Законе о концессиях. Однако мы считаем, что законодатель не разъяснил, как эти два закона (т.е. Закон о ГЧП и Закон о концессиях) соотносятся и каковы отличительные признаки Закона о концессиях, которые делают его предпочтительным вариантом в некоторых случаях по сравнению с реализацией проекта ГЧП на основании Закона о ГЧП. На основании сравнительного анализа Закона о концессиях и Закона о ГЧП, представленного ниже, мы пришли к выводу, что любой потенциальный проект ГЧП сроком более трех лет предпочтительно реализовать в рамках закона о ГЧП и что в будущем Закон о концессиях будет лишним на практике, так как он не дает никаких преимуществ.

Аспект	Закон о концессиях	Закон о ГЧП
Стороны договора	В отличие от Закона о ГЧП, Закон о концессиях предусматривает только две стороны договора концессии (т.е. концессионер и концедент).	В отличие от договора концессии сторонами договора государственно-частного партнерства может быть как один, так и несколько государственных и частных партнеров. Кроме того, сторонами договора государственно-частного партнерства могут также выступать финансовые и иные организации, предоставляющие финансирование государственно-частного партнерства, а также «операторы отрасли» ¹ (см. ст. 5 Закона о ГЧП). П. 14 ст. 1 Закона о ГЧП предусматривает такое понятие, как «субъекты государственно-частного партнерства» (далее «Субъекты ГЧП»), и определяет это понятие как «государственный партнер и частный партнер, а также иные лица, участвующие в реализации проекта государственно-частного партнерства, предусмотренные настоящим Законом». Понятие Субъекты ГЧП, очевидно, шире, чем понятие «стороны договора ГЧП» (т.е. не каждый субъект ГЧП является стороной договора ГЧП, но каждая сторона договора ГЧП является Субъектом ГЧП).
Государственный партнер	В соответствии с Законом о концессиях только Республика Казахстан ² может выступать концедентом. Совершать действия от имени Республики Казахстан и заключать договоры концессии вправе либо Правительство Казахстана, либо местные исполнительные органы (Акиматы), либо уполномоченные государственные органы.	Закон о ГЧП также предусматривает, что только Республика Казахстан может выступать в качестве государственного партнера. Однако в отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП предусматривает, что помимо Правительства, местные исполнительные органы (Акиматы), и уполномоченные государственные органы, а также так называемые «субъекты квазигосударственного сектора» ³ , 50 или более голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которые прямо или косвенно принадлежат государству, могут выступать от имени Республики Казахстан в качестве государственного партнера и заключать договоры ГЧП.
Частный партнер	В соответствии с Законом о концессиях любое физическое лицо, даже иностранное, осуществляющее предпринимательскую деятельность, и (или) юридическое лицо (за исключением государственных учреждений и «субъектом квазигосударственного сектора», 50 или более голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которые прямо или косвенно принадлежат государству), в том числе и иностранные юридические лица, и юридические лица, осуществляющие деятельность на основании соглашения о совместной деятельности (простое товарищество ⁴), могут участвовать в конкурсе по концессии. Одним из видов простого товарищества является консорциум ⁵ , который может состоять только из юридических лиц. При этом консорциум является не юридическим лицом, а временным объединением юридических лиц на основе соглашения о совместной хозяйственной деятельности (соглашение о консорциуме), которое создается на определенный период времени или для достижения соответствующей цели.	Закон о ГЧП предусматривает понятие частного партнера, аналогичное понятию концессионера, за исключением того, что в отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП требует наличия у физического лица официального статуса индивидуального предпринимателя для того, чтобы такое лицо могло выступать в качестве частного партнера (т.е. в соответствии с Законом о концессиях физическое лицо не обязательно должно иметь статус индивидуального предпринимателя). Поскольку в Казахстане коммерческие организации могут учреждаться только в форме акционерного общества, хозяйственного товарищества, производственного кооператива или государственного предприятия, очевидно, что частным партнером может быть субъект частного предпринимательства в любой из вышеуказанных организационно-правовых форм. Кроме того, определение настолько широко, что частным партнером может быть, по всей вероятности, некоммерческая организация и иностранное юридическое лицо.
Объект договора	Объектом концессии может быть любое имущество, которое признается так называемым «объектом социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения, включенным в перечень ⁶ , который создается (или реконструируется) и эксплуатируется по договору концессии». В соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о концессиях «объекты социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения - это объекты [или] комплексы объектов, используемые для удовлетворения общественных потребностей, обеспечение которых возложено на государственные органы в соответствии с законодательством Республики Казахстан». В связи с этим Закон о концессиях не может применяться в отношении строительства, например, завода по производству удобрений, поскольку маловероятно, что он будет рассматриваться в качестве объекта, используемого для удовлетворения государственных нужд, обеспечение которых возлагается на государственные органы.	В отличие от Закона о концессиях в соответствии с Законом о ГЧП практически любое имущество может рассматриваться в качестве объекта ГЧП. В соответствии с п. 13 ст. 1 Закона о ГЧП в частности любое имущество, в том числе имущественные комплексы, проектирование, строительство, создание, реконструкция, модернизация и эксплуатация которых осуществляются в рамках проекта ГЧП, а также работы (услуги) и инновации, подлежащие внедрению в ходе реализации проекта ГЧП, могут быть признаны объектом ГЧП.
Применимое право и возможность предусмотреть международный арбитраж	Даже несмотря на то, что Закон о концессиях прямо не запрещает использовать иностранное право в качестве применимого права договора концессии, наше толкование закона предполагает, что только казахстанское законодательство может быть регулирующим правом договоров концессии. Только договоры по «концессионным проектам особой значимости» ⁷ могут включать оговорку об иностранном арбитраже, даже если все стороны договора являются резидентами Республики Казахстан, но по крайней мере один акционер ⁸ концессионера является нерезидентом (см. п. 2 ст. 27 Закона о концессиях).	Закон о ГЧП прямо подтверждает, что если частный партнер по договору ГЧП является нерезидентом, стороны имеют право определить применимое право по договору ГЧП (см. п. 3 ст. 46 Закона о ГЧП). Только договоры по проектам ГЧП особой значимости могут включать оговорку об иностранном арбитраже при условии, что частный партнер является нерезидентом (см. п. 2 ст. 57 Закона о ГЧП).

Аспект	Закон о концессиях	Закон о ГЧП
Прямое соглашение	<p>Закон о концессиях предусматривает понятие «прямое соглашение», но оно применимо только в отношении концессионных проектов особой значимости (см. ст. 26-2 Закона о концессиях).</p> <p>В случае замены концессионера по требованию кредиторов уступка требования и (или) перевод долга концессионера по договору концессии осуществляются без проведения нового конкурса в порядке, определяемом прямым соглашением (т.е. допускается передача замещающей компании без прохождения всего повторного конкурсного процесса) (см. п. 6 ст. 21 Закона о концессиях).</p>	<p>Закон о ГЧП предусматривает понятие «прямое соглашение», но оно, как и в случае в концессиях, применимо только в отношении проектов ГЧП особой значимости⁹ (см. п. 21 ст. 1 Закона о ГЧП).</p>
Формирование тарифов	<p>В соответствии с Законом Казахстана «О естественных монополиях и регулируемых рынках» индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие деятельность в определенных отраслях¹⁰, которые признаются «естественными монополиями», предоставляют «регулируемые услуги (товары, работы)». Естественные монополии в Казахстане не могут взимать плату за регулируемые услуги (товары, работы) сверх общих тарифов, установленных для всех естественных монополий Казахстана.</p> <p>Однако субъект естественных монополий в Казахстане, заключивший договор ГЧП или договор концессии, может предусматривать свой специальный тариф (в качестве предельного тарифа) в договоре ГЧП или договоре концессии.</p> <p>Такой тариф должен быть не менее ожидаемых затрат, которые будут понесены при оказании регулируемых услуг, а также должен обеспечить возврат «инвестированного капитала»¹¹ (см. п. 3 Приказа № 743). Тариф рассчитывается на основе формулы, указанной в Приложении 1 к Приказу № 743, и срок действия такого тарифа не должен быть менее срока действия договора концессии/ГЧП (п. 34 Приказа № 743).</p>	<p>Аналогично регулированию концессий.</p>
<p>1. Оператором отрасли в соответствии с п. 19 ст. 1 Закона о ГЧП может быть в зависимости от сектора экономики, в котором реализуется проект ГЧП, например, Казахстанская компания по управлению электрическими сетями (KEGOC) (национальный оператор электрических сетей), или Национальная Компания «Казахстан темір жолы» (национальная железнодорожная компания Казахстана).</p> <p>2. А не муниципальные образования или регионы, как это предусмотрено в некоторых других странах.</p> <p>3. Как определено в пп. 31 п. 1 ст. 3 Бюджетного кодекса. Как правило, это компании с государственным участием.</p> <p>4. Как определено в ст. 228 Гражданского кодекса.</p> <p>5. Как определено в ст. 233 Гражданского кодекса.</p> <p>6. Перечень потенциальных среднесрочных концессионных проектов, утвержденный Министерством национальной экономики, в случае республиканского концессионного проекта, либо местным представительным органом (Маслихат) области/г. Астаны/г. Алматы, в случае местного концессионного проекта (см. п. 24 ст. 1 Закона о концессиях).</p> <p>7. Критерии для признания проекта «концессионным проектом особой значимости» предусмотрены в Приложении 8 к Приказу № 157 и включают, помимо прочего, требование о том, чтобы совокупная стоимость предполагаемого строительства или реконструкции объекта концессии составляла более 4 млн. так называемых месячных расчетных показателей (что эквивалентно примерно 23 млн. долларов США, поскольку в 2016 году месячный расчетный показатель равен 2 121 тенге). По состоянию на начало февраля 2016 года единственным признанным концессионным проектом особой значимости в Казахстане является БАКАД.</p> <p>8. По общему правилу, в соответствии с казахстанским законодательством стороны могут обратиться в международный арбитраж, только если одной из таких сторон является нерезидент (т.е. наличие</p>		<p>иностранного акционера контрагента в целом не является достаточным основанием для подтверждения иностранной связи).</p> <p>9. Критерии для признания проекта «проектом ГЧП особой значимости» предусмотрены в Приложении 4 к Приказу № 725 и включают, помимо прочего, требование о том, чтобы совокупная стоимость предполагаемого строительства или реконструкции объекта ГЧП составляла более 4 млн. месячных расчетных показателей (приблизительно 23 млн. долларов США в 2016 году).</p> <p>10. Такие отрасли включают, помимо прочего: 1) производство, транспортировку, распределение и/или поставку тепловой энергии; 2) услуги аэропортов и портов; 3) эксплуатацию систем водопотребления и канализации и т.п.</p> <p>11. Инвестированный капитал означает сумму собственных средств частного партнера и заемного капитала на строительство или реконструкцию объекта ГЧП (см. п. 2 Приказа № 743).</p> <p>12. Утвержденный перечень потенциальных проектов, планируемых к реализации, на среднесрочный период, как определено в п. 24 ст. 1 Закона о концессиях.</p> <p>13. Статья 6 Закона о ГЧП и Указ № 172 предусматривают исчерпывающий перечень исключений, таких как магистральная железнодорожная сеть или плотины, имеющие особое стратегическое значение, которые не могут быть переданы для реализации проекта ГЧП.</p> <p>14. Такое чрезмерно широкое определение означает, что в качестве государственно-частного партнерства в Казахстане могут, строго говоря, быть заявлены благотворительность, гранты, займы для студентов, стипендии, совместная деятельность с бизнес-сообществом по совершенствованию образовательных программ и планов и т.д., поскольку для многих возможных форм сотрудничества между государством и бизнесом очень легко удовлетворить перечисленные выше признаки ГЧП, даже если такие формы не связаны с осуществлением предпринимательской деятельности.</p>

i. Регулирующие органы

В Казахстане не существует единого центрального государственного или квазигосударственного органа, регулирующего государственно-частное партнерство. И Закон о концессиях, и Закон о ГЧП отдельно определяют обязанности соответствующих государственных органов, но только в отношении концессионных проектов и других договорных форм ГЧП соответственно.

Закон о концессиях, в частности, определяет обязанности соответствующих государственных органов, но только в отношении концессионных проектов:

а. Правительство Республики Казахстан, помимо прочих полномочий, утверждает перечень концессионных проектов особой значимости.

б. Министерство национальной экономики, помимо прочих полномочий, утверждает перечень концессионных проектов республиканского значения, предлагаемых к реализации на среднесрочный период. Оно также отвечает за утверждение конкурсной документации и проектов договоров концессии и любых изменений к ним.

б. Министерство финансов, помимо прочих полномочий, регистрирует государственные концессионные обязательства, а также от имени государства заключает договоры государственных гарантий и договоры поручительств по договорам концессии.

г. Комитет государственного имущества и приватизации, помимо прочих полномочий, принимает в республиканскую собственность объекты концессии республиканского значения, созданные на основе договоров концессии.

д. Отраслевое министерство, помимо прочих полномочий, формирует концессионные предложения по объектам концессии, относящихся к республиканской собственности, с учетом инвестиционных предложений, внесенных физическими и юридическими лицами в порядке частной инициативы. Оно также выступает в качестве организатора конкурса в отношении объектов концессии, относящихся к республиканской (государственной) собственности, заключает от имени государства все договоры концессии по объектам концессии, относящихся к республиканской (государственной) собственности, а также осуществляет мониторинг реализации договоров концессии, в отношении объектов концессии, относящихся к республиканской (государственной) собственности.

е. Местный исполнительный орган (т.е. Акимат) соответствующей области либо г. Астаны или г. Алматы, помимо прочих полномочий, формирует концессионные предложения по объектам концессии, относящимся к коммунальной собственности соответствующей области или города, с учетом инвестиционных предложений, внесенных физическими и юридическими лицами в порядке частной инициативы. Он также выступает в качестве организатора конкурса в отношении объектов концессии, относящихся к коммунальной собственности, заключает от имени государства все договоры концессии по объектам концессии, относящимся к коммунальной собственности, а также осуществляет мониторинг реализации договоров концессии, в отношении объектов концессии, относящихся к коммунальной собственности. И наконец, он принимает в коммунальную собственность объекты концессии коммунального (местного) значения, созданные на основе договоров концессии.

ж. Местный парламент (т.е. Маслихат) соответствующей области либо г. Астаны или г. Алматы, помимо прочих полномочий, утверждает перечень потенциальных концессионных проектов коммунального значения, предлагаемых к реализации на среднесрочный период.



Закон о ГЧП определяет обязанности соответствующих государственных органов, но только в отношении неконцессионных проектов ГЧП:

а. Правительство Казахстана, помимо прочих полномочий, утверждает перечень проектов ГЧП особой значимости. Оно также утверждает перечень объектов ГЧП, в отношении которых проводится закрытый конкурс по определению частного партнера.

б. Министерство национальной экономики, помимо прочих полномочий, формирует и утверждает перечень потенциальных республиканских проектов ГЧП. Оно также отвечает за утверждение концепции республиканского проекта ГЧП, конкурсной документации и проектов договоров ГЧП и любых изменений к ним.

в. Министерство финансов, помимо прочих полномочий, от имени государства заключает договоры государственных гарантий и договоры поручительств по договорам ГЧП.

г. Комитет государственного имущества и приватизации, помимо прочих полномочий, принимает в республиканскую собственность объекты ГЧП, созданные на основе республиканских договоров ГЧП.

д. Отраслевое министерство, помимо прочих полномочий, разрабатывает и утверждает концепции республиканских проектов ГЧП. Оно также выступает в качестве организатора конкурса и прямых переговоров в отношении республиканских проектов ГЧП, а также заключает от имени государства все договоры ГЧП по республиканским проектам и осуществляет мониторинг реализации республиканских проектов ГЧП.

е. Местный представительный орган (т.е. Маслихат) соответствующей области либо г. Астаны или г. Алматы, помимо прочих полномочий, утверждает перечень потенциальных местных проектов ГЧП, планируемых к реализации.

ж. Местный исполнительный орган (т.е. Акимат) соответствующей области либо г. Астаны или г. Алматы, помимо прочих полномочий, разрабатывает и утверждает концепции местных (коммунальных) проектов ГЧП. Он также выступает в качестве организатора конкурса либо прямых переговоров в отношении местных проектов ГЧП, а также заключает от имени государства все договоры ГЧП по местным проектам ГЧП и осуществляет мониторинг местных договоров ГЧП и реализации местных проектов ГЧП. И наконец, он принимает в коммунальную собственность объекты ГЧП местного значения, созданные в соответствии с местными договорами ГЧП.

Субъекты ГЧП

В отличие от Закона о концессиях Законом о ГЧП прямо предусматриваются различные формы участия государственных органов, субъектов предпринимательства и субъектов квазигосударственного сектора в проектах ГЧП.

Форма участия субъектов предпринимательства (как местных, так и зарубежных) была максимально расширена и предусматривает, среди прочего, участие в финансировании проектов ГЧП, проектировании, создании, реконструкции и эксплуатации объектов ГЧП, а также передачу имущества и имущественных прав для целей реализации проекта ГЧП (см. ст. 29 Закона о ГЧП).

Форма участия казахстанских государственных органов предполагает, среди прочего, предоставление земельных участков, права пользования объектами государственной собственности, участие в создании и деятельности компаний ГЧП, обеспечение объектов ГЧП инженерными и транспортными коммуникациями и предоставление государственной поддержки (см. п. 1 ст. 27 Закона о ГЧП).

Закон о ГЧП также предусматривает, среди прочего, следующие формы участия «субъектов квазигосударственного сектора» в проектах ГЧП: долевое участие в проектах ГЧП путем образования юридических лиц или приобретения (отчуждения) акций (долей участия в уставном капитале) юридических лиц; передача исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности; сервисная поддержка, в том числе услуги по передаче технологий, поддержке инноваций, консалтинг, инжиниринг, обучение и повышение квалификации персонала; предоставление услуг техно-парков, бизнес-инкубаторов, специальных экономических и промышленных зон; строительство, создание, реконструкция, модернизация и/или эксплуатация объектов; продвижение экспорта (см. ст. 30 Закона о ГЧП).

Кроме того, Закон о ГЧП закрепляет формы участия Национальной палаты предпринимателей в ГЧП, которая несет ответственность, в частности, за формирование и ведение реестра потенциальных частных партнеров (см. ст. 28 Закона о ГЧП).

Организации ГЧП

Наряду с вышеуказанными государственными органами, которые играют активную роль в проектах ГЧП, в том числе в концессионных проектах, в августе 2008 года в Казахстане создали специализированное подразделение по ГЧП под названием АО «Казахстанский центр государственно-частного партнерства» (далее «Центр ГЧП») в целях содействия и развития проектов ГЧП. Основные направления деятельности Центра ГЧП включают экономическую оценку проектов ГЧП, в том числе концессионных проектов, на каждом этапе их подготовки, включая экспертизу: инвестиционных предложений, технико-экономического обоснования, конкурсной документации; конкурсных заявок потенциальных концессионеров/частных партнеров, а также проектов договоров концессии/ГЧП. В целом, Центр ГЧП играет роль внешнего независимого советника Правительства Казахстана.

В 2014 году в г. Астана АО «Национальный управляющий холдинг «Байтерек» и Центром ГЧП в качестве совместного предприятия было создано ТОО «Центр сопровождения проектов государственно-частного партнерства» (далее «Центр сопровождения ГЧП»). Заявленной основной целью Центра сопровождения ГЧП является содействие развитию инфраструктуры Казахстана путем предоставления услуг по структурированию и поддержке инфраструктурных проектов, в том числе осуществляемых посредством ГЧП. Центр сопровождения ГЧП, в частности, может оказывать содействие в разработке документации (концессионное предложение, конкурсная документация, проекты договоров концессии/ГЧП). Предполагается, что он также будет принимать участие в переговорах с потенциальными инвесторами и концессионерами, а также в процессе согласования конкурсной документации с государственными органами.

И наконец, почти в каждой области Казахстана в настоящее время имеется свой местный центр ГЧП (создаваемый обычно местным исполнительным органом, т.е., Акиматом), который несет ответственность за развитие ГЧП в соответствующей области.



Общие требования к договорам ГЧП

Аспект	Закон о концессиях	Закон о ГЧП
Предмет договора	<p>Закон о концессиях не является отраслевым, и, как правило, государственные активы из любого сектора экономики могут быть переданы в концессию, за исключением исчерпывающего перечня исключений, таких как, например, магистральная железнодорожная сеть или плотины, имеющие особое стратегическое значение (см. ст. 4 Закона о концессиях и Указ № 294). В частности, согласно п. 6 ст. 1 Закона о концессиях «концессия - это деятельность, направленная на создание (или реконструкцию) и эксплуатацию объектов концессии, осуществляемая за счет средств концессионера или на условиях софинансирования концедентом». Объектом концессии в Казахстане может быть только «объект социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения, включенный в перечень¹², который создается (реконструируется) и эксплуатируется по договору концессии». В соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о концессиях «объекты социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения - это объекты [или] комплексы объектов, используемые для удовлетворения общественных потребностей, обеспечение которых возложено на государственные органы в соответствии с законодательством Республики Казахстан».</p> <p>В связи с этим Закон о концессиях не может применяться в отношении строительства, например, завода по производству удобрений, поскольку маловероятно, что он будет рассматриваться в качестве объекта, используемого для удовлетворения государственных нужд, обеспечение которых возлагается на государственные органы.</p> <p>Важно отметить, что Закон о концессиях неприменим в отношении вопросов недропользования, которые регулируются Законом «О недрах и недропользовании» (см. п. 1 ст. 2 Закона о концессиях).</p> <p>Соответственно, предметом договоров концессии является строительство и (или) создание объектов социальной инфраструктуры и жизнеобеспечения частным партнером полностью или частично за счет привлеченного им финансирования, а также осуществление частным партнером эксплуатации и (или) поддержания объекта договора.</p>	<p>Закон о ГЧП предусматривает возможность реализации проектов ГЧП во всех секторах экономики¹³, и, таким образом, объекты ГЧП согласно Закону о ГЧП в отличие от Закона о концессиях не обязательно должны использоваться для удовлетворения государственных нужд, обеспечение которых возлагается на государственные органы (например, проект по строительству завода по производству удобрений может быть реализован в рамках Закона о ГЧП). П. 6 ст. 1 Закона о ГЧП предусматривает крайне широкое толкование понятия¹⁴ государственно-частного партнерства, а именно как «формы сотрудничества между государственным партнером и частным партнером, соответствующей признакам, определенным Законом». Такие признаки включают: (1) построение отношений государственного партнера и частного партнера путем заключения договора ГЧП, (2) среднесрочный или долгосрочный срок реализации проекта ГЧП (от трех до 30 лет в зависимости от особенностей проекта ГЧП), (3) совместное участие государственного партнера и частного партнера в реализации проекта ГЧП, (4) объединение ресурсов государственного партнера и частного партнера для реализации проекта ГЧП (см. ст. 4 Закона о ГЧП).</p> <p>Предмет договоров ГЧП четко не определен в Законе о ГЧП, однако он может быть определен по существенным условиям договора ГЧП, предусмотренным в ст. 46 Закона о ГЧП. Таким образом, предметом договора ГЧП является форма сотрудничества между государственным партнером и частным партнером, соответствующая признакам ГЧП, определенным Законом о ГЧП, и которая может относиться к любому виду деятельности, в том числе строительству и (или) созданию инфраструктуры или оказанию услуг или даже, спорно, к благотворительности.</p>
Срок договора	<p>Договор концессии может быть заключен на срок до 30 лет, при этом минимальный срок не устанавливается (то есть договор концессии можно заключить сроком от 0 до 30 лет), при этом меньший срок не предусмотрен (см. п. 1 ст. 23 Закона о концессиях).</p>	<p>В отличие от Закона о концессиях в соответствии с Законом о ГЧП договор классифицируется как договор ГЧП, если он заключен минимум на три года и максимум на 30 лет (см. ст. 4 Закона о ГЧП).</p>

IV. КОНКУРСНАЯ ПРОЦЕДУРА И ПРОЦЕДУРА ВЫБОРА ПОБЕДИТЕЛЯ

і. Заявка

Как правило, для выбора концессионера требуется проведение открытого одноэтапного конкурса, однако конкурсы в отношении потенциальных концессионных проектов, которые требуют либо сбора и изучения инновационных, творческих, архитектурно-планировочных или организационно-технологических решений или инноваций, либо проведения экспериментов, изысканий или разработок, должны проводиться в два этапа, а не в один (см. ст. 20-1 Закона о концессиях).

Процедура предоставления объектов в концессию включает четыре основных этапа (см. п.1 ст. 15 Закона о концессиях):

- а. отбор концессионных предложений;
- б. формирование перечня объектов, предлагаемых к передаче в концессию;
- в. проведение конкурса по выбору концессионера в отношении конкретного объекта концессии; и
- г. определение концессионера и заключение договора концессии.

Закон о концессиях предусматривает исчерпывающий перечень квалификационных требований к потенциальным концессионерам. Например, потенциальный концессионер должен иметь собственные средства, составляющие не менее 10 процентов от стоимости создания и (или) реконструкции объекта концессии, которые могут быть использованы для исполнения договора концессии (см. п. 1 ст. 18 Закона о концессиях).

В отличие от Закона о концессиях, который предусматривает единую процедуру концессии объектов, Законом о ГЧП предусматривается возможность выбора частного партнера либо посредством проведения конкурса (открытого/закрытого, двухэтапного/упрощенного), либо на основании так называемых «прямых переговоров» (см. п.1 ст. 31 Закона о ГЧП).

Для конкурсов, проводимых по типовой конкурсной документации и типовым договорам в отношении местных проектов, стоимость которых не превышает установленного законом размера 4 млн месячных расчетных показателей (что эквивалентно примерно 23 млн долларов США в 2016 году) и которые не относятся к сфере естественных монополий, предусмотрена упрощенная процедура (см. ст. 43 Закона о ГЧП). Потенциальные частные партнеры для участия в упрощенном конкурсе выбираются из реестра потенциальных частных партнеров, формируемого Национальной палатой предпринимателей.

По общему правилу предусматривается, что определение частного партнера будет осуществляться посредством проведения открытого конкурса. В исключительных случаях, определяемых Правительством Казахстана, может проводиться закрытый конкурс в отношении объектов, относящихся к сфере государственной защиты, безопасности или окружающей среды Казахстана.

Закон о ГЧП также предусматривает общие квалификационные требования к частному партнеру (см. ст. 23 Закона о ГЧП). В отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП не требует, чтобы частный партнер имел собственные средства, составляющие не менее 10 процентов от стоимости создания и (или) реконструкции объекта ГЧП, которые могут быть использованы для исполнения договора ГЧП.

Наконец, следует отметить, что Закон о ГЧП предусматривает «процедуру конкурсного диалога», которая дает государственному партнеру возможность вступить в диалог с участниками конкурса, прошедшими предварительный квалификационный отбор, до завершения конкурсной документации. Это дает возможность вести структурированные дискуссии с каждым из участников, прошедших предварительный квалификационный отбор, и помогает в выявлении основных проблем и корректировок, необходимых для реализации проекта (см. п. 13 Приложения 1 к Приказу № 725).

ii. Запрос предложений и инициативные предложения

Закон о концессиях, как правило, не предусматривает возможности заключения договора концессии без проведения открытого конкурса или по инициативе частного партнера.

Однако потенциальный концессионер (т.е. физическое или юридическое лицо), имеющий подходящий потенциальный проект, который он хочет реализовать, вправе направить инвестиционное предложение в соответствующее отраслевое министерство или Акимат в порядке частной инициативы и, если такое инвестиционное предложение будет принято, отраслевое министерство или Акимат подготовит соответствующее концессионное предложение по реализации этого проекта как концессионного. Как уже говорилось выше, подготовка концессионных предложений соответствующим отраслевым министерством или Акиматом является первым из четырех основных этапов процедуры передачи объектов в концессию.

В отличие от Закона о концессиях принятый Закон о ГЧП устанавливает возможность заключения договора ГЧП в определенных случаях без проведения открытого конкурса по инициативе частного партнера. Например, выбор частного партнера может осуществляться на основании прямых переговоров, если такой частный партнер иницирует проект ГЧП в отношении объекта, находящегося у него на правах собственности или долгосрочной аренды, или предлагаемый проект ГЧП неразрывно связан с реализацией исключительных прав такого частного партнера на результаты интеллектуальной творческой деятельности (см. п.1 ст. 44 Закона о ГЧП).

Этот способ может быть интересен в отношении проектов, реализуемых в настоящее время частными инвесторами в Казахстане (например, если предприниматель имеет надлежащее здание, которое может быть использовано для открытия детского сада, и т.п.), а также в отношении проектов, основанных на уникальных технологиях, принадлежащих частным инвесторам (такие, как проекты в области ИТ).

Оценка и предоставление

Организатор конкурса публикует объявление о предполагаемом конкурсе в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Казахстана, не менее чем за 60 календарных дней до дня проведения конкурса (см. п. 3 ст. 19 Закона о концессиях).

Рассмотрение и отбор конкурсных заявок потенциальных концессионеров осуществляется специальной комиссией, создаваемой Правительством Казахстана в отношении республиканских концессионных проектов и местным исполнительным органом (Акиматом) области/г. Астана/ г. Алматы в отношении местных концессионных проектов (см. п. 4 ст. 19 Закона о концессиях).

Комиссия вскрывает все конверты с конкурсными заявками в срок и в месте, которые указаны в конкурсной документации. Критерии отбора лучшего конкурсного предложения потенциальных концессионеров предусмотрены в Приложении 7 к Приказу № 157, и комиссия вступает в переговоры (с целью уточнения условий концессионного проекта и договора концессии) с потенциальным концессионером, заявка которого была признана лучшей (см. п. 3 ст. 20 Закона о концессиях). Затем комиссия определяет победившую заявку и объявляет победителя, с которым организатор должен заключить договор концессии в течение девяноста дней со дня объявления результатов конкурса.

В Законе о ГЧП основные этапы подготовки, например, местного коммунального проекта ГЧП путем одноэтапного открытого конкурса включают:

- а. разработка концепции местного проекта ГЧП Акиматом соответствующей области, или г. Астана, или г. Алматы;
- б. разработка конкурсной документации;
- в. разработка и утверждение Перечня потенциальных проектов ГЧП, планируемых к реализации;
- г. объявление и проведение конкурса;
- д. рассмотрение конкурсных заявок;
- е. определение победителя; и
- ж. заключение договора ГЧП.

Организатор конкурса публикует объявление о предполагаемом конкурсе в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Республики Казахстан, и размещает данное объявление на своем официальном интернет-ресурсе не менее чем за 60 календарных дней до дня проведения конкурса (см. п. 77 Приложения 1 к Приказу № 725).

Рассмотрение и отбор конкурсных заявок потенциальных частных партнеров осуществляется специальной комиссией, создаваемой организатором (см. п. 75 Приложения 1 к Приказу № 725).

Комиссия вскрывает все конверты с конкурсными заявками в срок и в месте, которые указаны в конкурсной документации. Критерии отбора лучшего конкурсного предложения потенциальных частных партнеров предусматриваются в конкурсной документации и п. 103 Приложения к Приказу № 725. Комиссия вступает в переговоры (с целью уточнения условий проекта ГЧП и договора ГЧП) с потенциальным частным партнером, заявка которого была признана лучшей. Затем комиссия определяет победившую заявку и объявляет победителя, с которым организатор должен заключить договор ГЧП в течение девяноста дней со дня объявления результатов конкурса.



V. ДОГОВОР

i. Плата

Закон о концессиях предусматривает такие понятия, как «плата за доступность объекта концессии» и «субсидии от государства», как дополнительного источника дохода и возмещения расходов концессионера, как указано в ст. 7 Закона о концессиях. Плата за доступность объекта концессии включает выплаты за счет бюджетных средств в виде компенсации определенных инвестиционных затрат концессионера, компенсации определенных эксплуатационных затрат концессионера и, если применимо, вознаграждения за осуществление управления государственной собственностью (т.е. объектом концессии) или арендной платы, уплачиваемой государством, за пользование объектом концессии, находящимся в собственности концессионера. Для каждого концессионного проекта источники дохода и возмещения затрат концессионера определяются по результатам конкурса по определению концессионера. Важно отметить, что Законом о концессиях предусматривается только возможность получения «платы за доступность» по концессионным проектам, классифицированным как «социально значимые», такие как детские сады, но не, например, нефтехимический завод (см. п. 3 ст. 7 Закона о концессиях).

Закон о ГЧП предусматривает широкий ряд источников возмещения затрат потенциальных инвесторов, аналогичный Закону о концессиях (см. п. 2 ст. 9 Закона о ГЧП). Источники, доступные для всех типов договоров ГЧП, включают возмещение инвестиционных затрат, операционных затрат и плату за доступность, каждая из которых выплачивается за счет бюджетных средств государства. Важно отметить, что в отличие от Закона о концессиях Законом о ГЧП не предусмотрено требование, что для получения платы за доступность проект ГЧП должен классифицироваться как «социально значимый».

ii. Государственные гарантии

Законом о концессиях предусмотрены следующие меры государственной поддержки деятельности концессионера в целях поощрения частных инвестиций в концессионные проекты (см. ст. 14 Закона о концессиях):

- а. поручительства государства по инфраструктурным облигациям, выпускаемым и размещаемым в рамках договоров концессии на казахстанской фондовой бирже;
- б. государственные гарантии по займам, привлекаемым для финансирования концессионных проектов;
- в. передача концессионеру исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, принадлежащих государству;
- г. предоставление «натурных грантов» (например: земля, техника);

д. софинансирование концессионных проектов со стороны государства;

е. гарантия потребления государством определенного объема товаров (работ, услуг), производимых в ходе реализации концессионного проекта.

Концессионеру может быть предоставлена одна или несколько из вышеуказанных видов государственной поддержки; однако если объект концессии остается в частной собственности после завершения, а не передается в государственную собственность, концессионеру не следует ожидать таких видов государственной поддержки, как поручительство государства по инфраструктурным облигациям, государственные гарантии по займам и софинансирование со стороны государства (см. п. 2 ст. 14 Закона о концессиях).

Закон о концессиях также предусматривает, что общий объем обязательств концедента в отношении:

- а. возмещения инвестиционных затрат концессионера,
 - б. поручительств государства по инфраструктурным облигациям,
 - в. государственных гарантий по займам,
 - г. передачи концессионеру исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, принадлежащих государству,
 - д. предоставления «натурных грантов», и
 - е. софинансирования концессионных проектов со стороны государства,
- не должен превышать общего объема затрат концессионера на создание или реконструкцию объекта концессии, понесенных в соответствии с договором концессии (см. п. 3 ст. 14 Закона о концессиях).

Законом о ГЧП предусмотрены идентичные виды государственной поддержки, хотя в отличие от Закона о концессиях перечень таких видов «государственной поддержки» в Законе о ГЧП не является исчерпывающим (см. п. 2 ст. 27 Закона о ГЧП). Другим отличием является то, что в отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП не требует, чтобы инфраструктурные облигации размещались только на казахстанской фондовой бирже (т.е. они могут быть размещены за рубежом).

Закон о ГЧП также предусматривает, что совокупный объем мер государственной поддержки и выплат из государственного бюджета, направленных на финансирование (возмещение расходов), связанное с созданием и (или) реконструкцией объекта ГЧП, не может превышать общую сумму расходов на создание и (или) реконструкцию объекта ГЧП.

iii. Распределение рисков

Одним из основных принципов концессии является обеспечение сбалансированности рисков концедента и концессионера (см. ст. 3 Закона о концессиях). Одним из существенных условий договора концессии является положение о согласованном распределении рисков между концедентом и концессионером (см. ст. 21 Закона о концессиях).

Важно отметить, что только договоры по концессионным проектам особой значимости могут включать отдельное положение в договоре концессии для урегулирования валютных рисков (см. пп. 4-2 п.2 ст. 21 Закона о концессиях).

В Законе о концессиях не хватает «оговорки о стабильности», которая предназначена для защиты концессионера от возможных изменений в законодательстве, что часто имеет важное значение для привлечения международных кредиторов и инвесторов.

Одним из основных принципов ГЧП является обеспечение взаимовыгодного распределения рисков государственного и частного партнеров (см. п. 2 ст. 3 Закона о ГЧП). Согласно основному принципу Закона о ГЧП риск возлагается на ту сторону, которая может наилучшим образом управлять им, и такое распределение рисков должно быть закреплено в договоре ГЧП (см. ст. 14 Закона о ГЧП).

В Законе о ГЧП также отсутствует «оговорка о стабильности», которая предназначена для защиты частного партнера от возможных изменений в законодательстве, однако, в отличие от Закона о концессиях Законом о ГЧП разрешается включение в договор ГЧП отдельного положения для урегулирования валютных рисков, даже если проект не является «проектом ГЧП особой значимости».

iv. Внесение изменений

По общему правилу условия договора концессии сохраняют силу на весь срок его действия, за исключением случаев, когда изменения в договор концессии вносятся по соглашению сторон (см. п. 3 ст. 21 Закона о концессиях).

Договор концессии должен предусматривать обязательное условие о возможности концедента в одностороннем порядке изменить условия или даже расторгнуть договор концессии в определенных случаях в интересах общества и государства. Важно отметить, что договор концессии должен включать исчерпывающий перечень таких условий, не противоречащих законодательству Республики Казахстан, в том числе, когда такие действия совершаются в целях обеспечения национальной и экологической безопасности, здравоохранения и нравственности (см. п. 4 ст. 21 Закона о концессиях). В качестве средства защиты концессионер вправе требовать от концедента компенсации дополнительных затрат, связанных с изменением условий договора концессии, а также возмещения убытков, понесенных концессионером в связи с расторжением договора концессии (см. п. 5 ст. 21 Закона о концессиях).

В отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП не предусматривает законного права одностороннего изменения условий договора ГЧП в определенных случаях (т.е. внесение изменений возможно только по соглашению обеих сторон) (см. п. 1 ст. 49 Закона о ГЧП).



Право собственности на базовые активы

Аспект	Закон о концессиях	Закон о ГЧП
<p>Право частной собственности на объект договора</p>	<p>После завершения стадии строительства право собственности на соответствующие объекты концессии, как правило, переходит к соответствующему государственному органу (см. п.3 ст. 5 Закона о концессиях). Договор концессии, однако, может предусматривать возможность концессионера сохранить право на объект концессии после завершения концессионного проекта, и, следовательно, все доступные схемы ГЧП (т.е. строительство - эксплуатация - передача, строительство - владение - эксплуатация - передача, модернизация - эксплуатация - передача, строительство - передача - эксплуатация, строительство - эксплуатация - поддержка - передача, строительство - владение - эксплуатация (BOT, BOOT, ROT, BTO, BOMT, BOO) и т.д.) могут быть структурированы по договору концессии.</p> <p>Однако, если в соответствии с договором концессии государство осуществляет софинансирование концессионного проекта и (или) выплачивает концессионеру компенсацию его инвестиционных затрат, объект концессии должен быть передан в государственную собственность (см. п. 8 ст. 5 Закона о концессиях).</p> <p>Законом о концессиях также предусматривается, что объект концессии не подлежит распоряжению/отчуждению на период срока действия договора концессии (см. п. 6 ст. 5 Закона о концессиях).</p> <p>И наконец, договор концессии не может включать в себя условия, направленные на отчуждение объекта концессии, находящегося в государственной собственности, в частную собственность (см. п. 3 ст. 21-1 Закона о концессиях).</p>	<p>Требование о передаче объекта договора в государственную собственность, как правило, не является обязательным в договоре ГЧП.</p> <p>Однако, если в соответствии с договором ГЧП государство компенсирует инвестиционные затраты, объект ГЧП подлежит передаче в государственную собственность (см. п. 4 ст. 12 Закона о ГЧП).</p> <p>Закон о ГЧП также предусматривает, что если государственный партнер передает на баланс частному партнеру сам объект ГЧП и (или) любое иное имущество, необходимое для реализации проекта ГЧП, такое переданное имущество обособляется от имущества частного партнера и отражается на отдельном учете (см. п. 3 ст. 12 Закона о ГЧП).</p> <p>В отличие от Закона о концессиях Закон о ГЧП, как правило, разрешает передачу объекта ГЧП третьим лицам. П. 2 ст. 12 Закона о ГЧП, в частности, предусматривает, что с предварительного согласия другой стороны сторона договора ГЧП вправе передавать объект ГЧП и (или) любое иное имущество, необходимое для реализации проекта ГЧП, третьим лицам при условии соблюдения такими третьими лицами обязательств передающей стороны по договору ГЧП. Закон также уточняет, что передающая сторона продолжает нести установленную законом ответственность за действия таких третьих лиц.</p>
<p>Залог объекта договора и (или) прав частного партнера</p>	<p>Согласно п. 5 ст. 5 Закона о концессиях запрещается предоставлять в залог объект концессии, однако концессионер вправе предоставить в залог свои права по договору концессии, при условии предварительного письменного согласия концедента (см. п. 6 ст. 21 Закона о концессиях)</p>	<p>В отличие от Закона о концессиях Законом о ГЧП в целом разрешается залог объекта ГЧП.</p> <p>Если в соответствии с договором ГЧП государство компенсирует инвестиционные затраты, соответствующий объект государственно-частного партнерства не может быть передан в залог (см. п. 4 ст. 12 Закона о ГЧП).</p> <p>Частный партнер в целом вправе предоставить в залог свои права по договору ГЧП при условии предварительного письменного согласия государственного партнера (см. ст. 51 Закона о ГЧП).</p> <p>В качестве отличительной черты Закона о ГЧП, который предусматривает возможность реализации проекта ГЧП как на институциональной основе (с созданием компании ГЧП в форме совместного предприятия), так и на контрактной основе (без создания компании ГЧП), является положение о том, что отчуждение, залог или иное обременение частным партнером принадлежащих ему голосующих акций (долей участия) компании ГЧП в пользу третьих лиц допускаются только с предварительного согласия государственного партнера и наоборот (см. п. 2 ст. 54 Закона о ГЧП).</p>

v. Досрочное расторжение

Договоры концессии на «концессионные проекты особой значимости» могут (т.е. если стороны об этом договорились) предусматривать договорное право на расторжение договора концессии в одностороннем порядке в случае:

- а. нарушения концессионером существенных условий договора концессии, как определено в договоре концессии;
- б. нарушения концедентом существенных условий договора концессии, как определено в договоре концессии;
- в. наступления обстоятельств непреодолимой силы.

Порядок, сроки и условия возмещения концессионеру расходов, и (или) затрат, и (или) убытков, возникающих в результате досрочного расторжения договора концессии при наступлении вышеуказанных событий, определяются договором концессии (см. п. 4-1 ст. 21 Закона о концессиях).

В соответствии с п. 2 ст. 49 Закона о ГЧП по требованию государственного партнера договор ГЧП может быть расторгнут по решению суда только:

- а. при существенном нарушении договора ГЧП частным партнером;
- б. в случае неспособности частного партнера осуществить проект ГЧП в силу его несостоятельности (банкротства);
- в. в интересах общества и государства, в том числе когда такие действия совершаются в целях обеспечения национальной безопасности, здоровья населения и его нравственности.

Согласно п. 3 ст. 49 Закона о ГЧП по требованию частного партнера договор ГЧП может быть расторгнут по решению суда только при существенном нарушении договора ГЧП государственным партнером, или государственным органом, или обоими.



VI. ФИНАНСИРОВАНИЕ

По крайней мере, двум концессионным проектам (линия электропередач «Северный Казахстан - Актюбинская область» и железнодорожная линия «Чарск - Усть-Каменогорск») удалось привлечь долговое финансирование на местной фондовой бирже путем размещения инфраструктурных облигаций, обеспеченных государственными поручительствами. Поскольку железнодорожная линия «Чарск-Усть-Каменогорск» объявила неисполнение обязательств по своим инфраструктурным облигациям в 2008 году, и многие казахстанские пенсионные фонды обожглись на этих облигациях, в настоящее время в Казахстане у инфраструктурных облигаций не сложилась положительная репутация.

Сделки по «проектному финансированию», до сих пор имевшие место в Казахстане, по сути, представляли собой либо обычные банковские займы (в основном предоставляемые международными финансовыми организациями, такими как Европейский банк реконструкции и развития или Международная финансовая корпорация, которые так или иначе пользовались корпоративными гарантиями, пакетами обеспечения, прямыми бюджетными инвестициями или чистыми частными инвестициями. Однако в 2012 году в законодательство Республики Казахстан было введено понятие «проектное финансирование» (см. Закон «О проектном финансировании и секьюритизации»), таким образом мы можем сказать, что в настоящее время в целом в Казахстане существует прочная основа для структурирования сделок по принципам проектного финансирования.



VII. НЕДАВНИЕ СУДЕБНЫЕ РЕШЕНИЯ

Насколько нам известно, в Казахстане до сих пор не существует судебной практики по проектам ГЧП.

Стоит отметить, что Казахстан является участником Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее «Конвенция»). Таким образом, иностранное арбитражное решение, полученное в государстве, являющемся участником Конвенции, признается и приводится в исполнение государственными судами Казахстана с учетом условий Конвенции и соблюдения местных процессуальных норм.

VIII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ожидается, что в ближайшем будущем в Казахстане наконец появятся надлежащие сделки в сфере ГЧП и проектного финансирования, прежде всего, ввиду принятия соответствующего законодательства о ГЧП в 2015 году и, во-вторых, ввиду того факта, что спустя десятилетия пренебрежения, Правительство Казахстана наконец не только заявило, но по всей видимости и подтвердило свою готовность к улучшению инвестиционного климата и привлечению частных инвестиций через механизм ГЧП (в том числе в жилищно-коммунальном секторе), а также решило вложить по крайней мере часть средств от экспорта сырьевых товаров в давно откладываемые инфраструктурные проекты (например, Правительство Казахстана планирует запустить крупные транспортные и инфраструктурные проекты, перечисленные в Обращении Президента Казахстана народу Казахстана от 11 ноября 2014 («Нурлы жол» («Путь в будущее»)), а также «Государственной программе индустриально-инновационного развития Республики Казахстан на 2015-2019 гг.»).



GRATA International



Казахстан
Алматы, 050020
ул. М. Оспанова, 104

Тел: +7 701 787 8020
Факс: +7 727 2445 776
schikanayev@gratanet.com
www.gratanet.com

ШАЙМЕРДЕН ЧИКАНАЕВ



Шаймерден Чиканаев является партнером GRATA и возглавляет департамент «Банки и финансы», а также является руководителем Монгольской практики фирмы. Шаймерден получил степень магистра права в Юридической школе Университета Duke (США), степень специалиста в области права в Евразийском Национальном Университете (факультет права) (Казахстан) и прошел курс обучения (без присвоения степени) для иностранных дипломатов в Китайском Университете - международных отношений (КНР). Шаймерден допущен к практике в Казахстане с 2003 года, сдал экзамены в Министерстве юстиции Казахстана на получение лицензии нотариуса (2003) и адвоката (2004).

Шаймерден имеет более чем 10-летний опыт работы на казахстанском рынке юридических услуг, а также опыт работы в вопросах бывшего Советского Союза и Монголии. До присоединения к Юридической фирме «GRATA» работал юристом в алматинском офисе международной юридической фирмы Dewey & Leboeuf и корпоративным юристом в лондонском офисе Европейского банка реконструкции и развития. Шаймерден специализируется на инфраструктурных проектах и проектах ГЧП (государственно-частное партнерство), различных финансовых сделках и сделках по слияниям и поглощениям (M&A), включая проектное финансирование и рынки ценных бумаг, реструктуризации во многих отраслях промышленности.