

Авторы:

YOU & PARTNERS

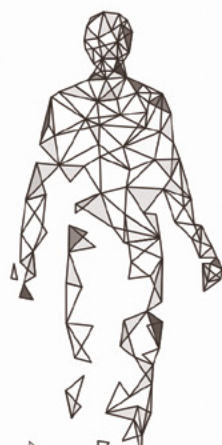


При поддержке:



ГЧП В ИТ: ИНСТРУКЦИЯ ПО ПРИМЕНЕНИЮ

**КАК ЗАПУСКАТЬ ФЕДЕРАЛЬНЫЕ И РЕГИОНАЛЬНЫЕ ПРОЕКТЫ ГЧП В ИТ.
ПРАКТИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ И МАТЕРИАЛЫ**



МОСКВА 2021 ГОД

СОДЕРЖАНИЕ

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | Обзор российского рынка ГЧП-проектов в сфере ИТ: до и после принятия 173-ФЗ | 11 |
| 2. | Как запустить ГЧП-проект в сфере ИТ? | 13 |
| 2.1. | С чего начинается структурирование ГЧП/концессионного проекта | 13 |
| 2.2. | ГЧП или концессия? Как сделать выбор и обосновать его? | 17 |
| 2.3. | Про специальные проектные компании и уставный капитал | 21 |
| 2.4. | Почему так важен вопрос про разработку НПА? | 22 |
| 2.5. | Как структурировать проект так, чтобы банки смотрели на него позитивно? | 25 |
| 2.5.1. | Общие вопросы | 25 |
| 2.5.2. | Разрабатываем финансовую модель ИТ-проекта. Что учесть? | 27 |
| 2.5.3. | Особенности структурирования финансовых обязательств концедента/публичного партнера | 28 |
| 2.5.4. | Как оценить стоимость создания/модернизации ит-объекта на этапе рассмотрения заявки на частную инициативу/организации тендера | 29 |
| 2.5.5. | Залог исключительных прав и оборудования | 29 |
| 2.5.6. | Вовлечение фондов и институтов развития в финансирование ГЧП и концессий | 31 |
| 2.6. | Всегда ли выгодно быть инициатором? Про ЧКИ и заключение соглашения без конкурса | 31 |
| 2.7. | Специфические условия концессионного соглашения/соглашения о ГЧП в сфере ИТ | 36 |
| 2.7.1. | Общие вопросы | 36 |
| 2.7.2. | Вопросы передачи прав на РИД | 39 |
| 2.7.3. | Вопросы обработки информации | 43 |
| 2.7.4. | Вопросы создания, эксплуатации, развития ГИС | 45 |
| 2.7.5. | Вопросы монетизации | 48 |
| 2.7.6. | Контроль публичной стороны. Законодательство и практика | 50 |
| 2.7.7. | Технический эксперт и технический монитор. Роли в концессионных и ГЧП-проектах в сфере ИТ | 51 |
| 3. | Особенности информационного сопровождения проектов ГЧП в ИТ | 55 |
| 4. | ГЧП в сфере ИТ. Полезные ссылки | 66 |

ПРИЛОЖЕНИЯ

1. Общая таблица сравнения распределения исключительных прав
2. Примеры кейсов и инициатив на федеральном и региональном уровнях
3. Перечень потенциальных федеральных проектов, в отношении которых федеральные органы исполнительной власти или бизнес выражают свою заинтересованность в реализации с использованием механизмов соглашений о государственно-частном партнерстве или концессионных соглашений

ОТЗЫВЫ



ДОЛГОВ КОНСТАНТИН

**заместитель председателя Комитета Совета Федерации
по экономической политике**

«Совет Федерации, в частности Председатель Совета Федерации В.И. Матвиенко, уделяет большое внимание развитию законодательных механизмов ГЧП и концессий. Как мы видим, за 3 года возможностей заключено только 9 концессионных и ГЧП-проектов в сфере ИТ. При этом в одном из них на стороне концедента участвуют сразу несколько публично-правовых образований – так называемая множественность лиц. И это несмотря на то, что действующим законодательством прямо не предусмотрена возможность участия в одном соглашении нескольких концедентов или публичных партнеров. Сейчас мы как раз работаем над этой правовой проблемой в части установления такой возможности (вне зависимости от способа инициирования проекта). Авторский коллектив проделал важную работу для развития рынка ГЧП в ИТ. Выявленные проблемные вопросы мы обязательно учтем в работе при подготовке очередных поправок в законодательство о ГЧП и концессиях».



МАРИЯ ЯРМАЛЬЧУК

Заместитель Председателя Комитета по инвестиционной политике, институтам развития и экспортной поддержке, Генеральный директор Национальной ассоциации инфраструктурных компаний (НАИК)

«На текущий момент рынок ГЧП, связанный с реализацией инвестиционных проектов в сфере информационных технологий нуждается в дополнительной информационной поддержке. Несмотря на свою сравнительную молодость, сфера регулярно привлекает внимание крупных инвесторов и заказчиков разного уровня, включая и наиболее крупных – в лице отраслевых министерств Российской Федерации. Принятые в 2018 году поправки в законы о концессионных соглашениях и о ГЧП действительно простимулировали интерес инвесторов к реализации инвестиционных проектов в сфере информационных технологий, однако неопределенность отдельных положений законодательства и отсутствие обширной практики сдерживает поток потенциальных проектов.

Обладая существенным практическим опытом реализации инвестиционных и ГЧП-проектов, а также законотворческой работы, могу с уверенностью сказать, что исследование делает существенный вклад в этом направлении и содержит примеры «лучших практик», на которые могут ориентироваться все заинтересованные участники рынка».



АЛЕКСЕЙ КАРАПУЗОВ

Заместитель директора Департамента развития архитектуры и координации информатизации Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ

«Департамент отмечает большой потенциал ГЧП-проектов в сфере ИТ, но для массового запуска таких проектов необходимы не только ответы на вопросы, возникающие у публичной и частной сторон, но и комплексный подход по совершенствованию действующего законодательства. Как было отмечено в исследовании Минцифры России разработаны и внесены ряд поправок в законодательство об информации и информационных технологиях, необходимых для реализации ИТ-проектов с использованием механизмов ГЧП. Мы считаем полезной инициативу ФГАУ НИИ Восход по участию в подготовке исследования «ГЧП в ИТ: инструкция по применению».



УЛЬЯНА ОГОРОВОВА

**Заместитель директора Юридического управления
ООО «Центр развития перспективных технологий»**

«Мы являлись первооткрывателями рынка ГЧП в ИТ. И это был путь, который нам пришлось пройти самостоятельно. Не было подходов, методических материалов, опыта в этой сфере. Только новое законодательство и возможности. Настоящее исследование является отличной инструкцией для руководителей проекта и членов команды. Рынок проектов ГЧП в ИТ по-прежнему формирует новые уникальные подходы для подобных проектов, это видно как в нашем проекте, в котором использовался механизм соглашений о ГЧП вместо традиционной формы концессионного соглашения, так и в региональных проектах, в которых используется необычные подходы к толкованию норм о множественности лиц на стороне концедента, участии муниципальных образований в проекте. Исследование систематизирует эти уникальные подходы и создает среду для структурирования проектов ГЧП в ИТ с различных сторон, что определенно важно для формирующегося рынка в данной сфере».



ЛЕВ ГОРИЛОВСКИЙ

Президент группы компаний «Полипластик»

«Исследование «ГЧП в ИТ: инструкция по применению» – своевременная и полезная работа для всех предпринимателей, рассматривающих возможность участия в государственно-частных проектах в сфере информационных технологий и связи. Сфера информационных технологий постоянно развивается, поэтому многие хотели бы попробовать в ней свои силы. Однако предпринимателей зачастую сдерживает отсутствие экспертной оценки рынка и его правил игры. Думаю, что, ознакомившись с исследованием, эти люди смогут с большей уверенностью запускать свои проекты.

Спрос на аналитику в сфере ГЧП в целом сегодня большой. Поэтому хотелось бы, чтобы такие работы выходили регулярно и охватывали не только сферу ИТ. Частная инициатива может поддерживать государственные начинания по созданию инфраструктуры в любой области. Для этого предпринимателям нужно видеть изменения в законодательстве, знать о возможных подводных камнях и опыте коллег, а также обладать прогнозами экспертов о направлениях и перспективах развития рынка.

Департамент отмечает большой потенциал ГЧП-проектов в сфере ИТ, но для массового запуска таких проектов необходимы не только ответы на вопросы, возникающие у публичной и частной сторон, но и комплексный подход по совершенствованию действующего законодательства. Как было отмечено в исследовании Минцифры России разработаны и внесены ряд поправок в законодательство об информации и информационных технологиях, необходимых для реализации ИТ-проектов с использованием механизмов ГЧП. Мы считаем полезной инициативу ФГАУ НИИ Восход по участию в подготовке исследования «ГЧП в ИТ: инструкция по применению».

ТЕРМИНЫ И СОКРАЩЕНИЯ, ИСПОЛЬЗУЕМЫЕ В ИССЛЕДОВАНИИ

| № | Термин | Определение |
|-----|-------------------|--|
| 1. | «Башкирское дело» | Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2018 № 09АП-33476/2018 по делу № А40-23141/17 |
| 2. | «Тувинское дело» | Решение Арбитражного суда Республики Тыва от 07.10.2019 по делу № А69-2242/2019 |
| 3. | 135-ФЗ | Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 01.09.2021) «О защите конкуренции» |
| 4. | 172-ФЗ | Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О стратегическом планировании в Российской Федерации» |
| 5. | 173-ФЗ | Федеральный закон от 29.06.2018 № 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» |
| 6. | 247-ФЗ | Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» |
| 7. | 248-ФЗ | Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» |
| 8. | 258-ФЗ | Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» |
| 9. | 265-ФЗ | Федеральный закон от 21.07.2014 № 265-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» |
| 10. | 44-ФЗ | Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» |
| 11. | 459-ФЗ | Федеральный закон от 29.11.2018 № 459-ФЗ (ред. от 02.12.2019) «О федеральном бюджете на 2019 год и на плановый период 2020 и 2021 годов» |
| 12. | 69-ФЗ | Федеральный закон от 01.04.2020 № 69-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации» |

ТЕРМИНЫ И СОКРАЩЕНИЯ, ИСПОЛЬЗУЕМЫЕ В ИССЛЕДОВАНИИ

| № | Термин | Определение |
|-----|-----------------------------------|---|
| 13. | 8-ФЗ | Федеральный закон от 09.02.2009 № 8-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» |
| 14. | ГИС | Государственная информационная система |
| 15. | ГК РФ | Гражданский кодекс Российской Федерации |
| 16. | Закон о ГЧП | Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» |
| 17. | Закон о концессионных соглашениях | Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О концессионных соглашениях» (с изм. и доп., вступ. в силу с 22.08.2021) |
| 18. | Закон об информации, 149-ФЗ | Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» |
| 19. | Исследование | Настоящее Аналитическое исследование «ГЧП в ИТ: инструкция по применению» |
| 20. | ИТ | Информационные технологии |
| 21. | Капитальный грант | Софинансирование капитальных затрат (части затрат на создание (реконструкцию) объекта соглашения) публичной стороной концессионного соглашения или СГЧП |
| 22. | Концессионная плата | Плата, вносимая концессионером концеденту в период использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения |
| 23. | КС | Концессионное соглашение |
| 24. | МГД | Минимальный гарантированный доход |
| 25. | НМА | Нематериальный актив |
| 26. | Объекты ИТ | Объекты информационных технологий |

ТЕРМИНЫ И СОКРАЩЕНИЯ, ИСПОЛЬЗУЕМЫЕ В ИССЛЕДОВАНИИ

| № | Термин | Определение |
|-----|---|--|
| 27. | Плата концедента | Плата, вносимая концессионером концеденту в период использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения |
| 28. | ПО | Программное обеспечение |
| 29. | Публичная сторона | Концедент, публичный партнер в соглашениях о ГЧП/МЧП |
| 30. | РИД | Результаты интеллектуальной деятельности |
| 31. | СГЧП, ГЧП, ГЧП-проект, соглашение о ГЧП | Соглашения о государственно-частном партнерстве |
| 32. | СМЧП, соглашение о МЧП, МЧП | Соглашения о муниципально-частном партнерстве |
| 33. | Частная сторона | Концессионер, частный партнер в соглашениях о ГЧП |
| 34. | Due Dill | Процедура составления объективного представления об объекте инвестирования, включающая в себя оценку инвестиционных рисков, независимую оценку объекта инвестирования, всестороннее исследование деятельности компании, комплексную проверку |

ПРИМЕЧАНИЕ:

Ссылки на правовые акты в Исследовании приводятся с учетом редакции таких правовых актов, действовавших на 08.11.2021, если иное не определено в настоящем Исследовании.

ВВЕДЕНИЕ

Уважаемые коллеги!

Представляем вам аналитическое исследование «ГЧП в ИТ: инструкция по применению», которое является второй (заключительной) частью комплексного исследования «Оценка перспектив реализации ГЧП и концессионных проектов в сфере информационных технологий и связи». В настоящем Исследовании обобщены результаты запуска первых региональных проектов, сведения о прорабатываемых в настоящее время инициативах, а также содержатся материалы, предназначенные для методического обеспечения запуска проектов ГЧП в сфере ИТ.

Первая часть, опубликованная в 2019 году, была посвящена глубокому анализу принятого законодательства о ГЧП в сфере ИТ (173-ФЗ) и открывающимся возможностям по структурированию концессионных и ГЧП-проектов в данной сфере на региональном и федеральном уровнях. Авторы взяли на себя смелость выдвинуть гипотезы о том, каким будет рынок проектов ГЧП в сфере ИТ, какими будут ключевые сферы реализации таких проектов.

Эти предположения в основном базировались на диалоге с субъектами Российской Федерации и крупными игроками рынка.

Настоящее Исследование базируется на анализе практики. Мы разобрали пошаговые алгоритмы запуска ГЧП и концессионных проектов в сфере ИТ, обозначили ключевые болевые точки (включая вопрос обеспечения «банкуемости» таких проектов), расширили и углубили комментарии по ключевым разделам концессионных и ГЧП соглашений в сфере ИТ (обработка данных, оказание услуг с использованием объекта соглашения, создание и развитие ГИС). Данное Исследование содержит большое количество ссылок на методические материалы (разработки коллектива авторов данного исследования), используя которые вам будет легче структурировать проекты. Пользуйтесь нашими опросными листами,

дорожной картой по разработке нормативных правовых актов, новациями в части технического эксперта и технического монитора.

Мы предлагаем смотреть на рынок проектов ГЧП в сфере ИТ как на рынок, обладающий значительными перспективами, но все еще находящийся на «низком старте». Учитывая то, насколько цифровизация пронизывает все сферы жизнедеятельности общества, а также стратегический тренд на цифровую трансформацию отраслей и территорий (регионов), полагаем неизбежным решение методологических вопросов и ускорение подготовки и запуска таких проектов, что позволит их сделать более массовыми.

Настоящее Исследование носит прикладной характер и его результаты и выводы, выражены прежде всего в практических рекомендациях и иных прикладных материалах. Мы поставили перед собой задачу дать вам для работы практичные инструменты. Надеемся, что у нас получилось.

Мы благодарим вас за интерес к исследованию!

Все комментарии по вопросам, освещенным в Исследовании, вы можете направлять Евгению Зусман, партнеру компании You & Partners или Артуру Щеглову, управляющему партнеру стратегической группы «Гиперион».

С уважением, авторский коллектив.

ОБЗОР РОССИЙСКОГО РЫНКА ГЧП-ПРОЕКТОВ В СФЕРЕ ИТ: ДО И ПОСЛЕ ПРИНЯТИЯ 173-ФЗ

В первой части настоящего Исследования («Оценка перспектив реализации ГЧП и концессионных проектов в сфере информационных технологий и связи») мы писали о том, как выглядел рынок ГЧП и концессионных проектов в сфере ИТ до принятия федерального закона от 29.06.2018 № 173-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – 173-ФЗ), и делали предположение о том, что рынок проектов радикально поменяется.

Однако опыт показал, что для запуска проектов ГЧП и концессионных проектов в сфере ИТ на стороне публичного и частного партнеров нужно создавать дополнительные компетенции.

Те, кто запускали концессии и ГЧП в традиционных секторах (дороги, школы, здравоохранение), пытаются применить наработанные формы соглашений и стандартные документы к сфере ИТ. А это не работает. Инвесторы, напротив, понимают, что они хотят создать в части ИТ, как это должно работать, но не могут упаковать свой проект в ГЧП и концессионные рамки. При этом проблемы начинаются уже с определения предмета и объекта соглашения, распределения прав на объект у частной и у публичной сторон.

Отдельный пласт проблем выявился в связи с чувствительным вопросом по данным и обращению с ними, в полный рост встала проблема невозможности обязать третьих лиц на публичной стороне «закупить» услуги концессионера/частного партнера или даже обязать установить технические средства концессионера/частного партнера безвозмездно для того, чтобы ИТ-объект функционировал корректно (например, системы, связанные с повышением эффективности энергопотребления и его учетом, особенно когда такие системы создаются по соглашению с регионом, а технические средства должны устанавливаться в муниципальных учреждениях).

Именно поэтому проекты, для которых уже были наработаны механизмы запуска, выпущены « типовые » документы, структурируются и дальше с использованием отраслевого (не ИТ) законодательства. В качестве примера можно привести проекты в сфере фото-видеофиксации. Они продолжают структурироваться как проекты в сфере транспортной инфраструктуры. С 2018 года (после принятия 173-ФЗ) таких проектов структурировано около 10.

Новые проекты с применением 173-ФЗ касаются в первую очередь создания государственных и негосударственных информационных систем. Проектов в обсуждении – много. До стадии коммерческого закрытия пока дошли единицы.

7 июня 2019 года на площадке ПМЭФ было подписано первое соглашение о ГЧП в сфере ИТ в отношении объектов, предназначенных для обеспечения маркировки отдельных видов товаров и мониторинга их оборота (проект «Честный ЗНАК»).

В рамках соглашения создана Единая национальная система цифровой маркировки и прослеживания товаров в Российской Федерации – «Честный ЗНАК», которая охватывает две государственные информационные системы, обеспечивая их информационную безопасность, уровень которой соответствует требованиям защиты информации к системам подобного класса.



Официальный сайт
«Честный ЗНАК»

* Здесь и далее для открытия материалов необходимо
навести камеру или курсор на qr-код

Следующим Федеральным проектом после Честного ЗНАКА мог стать проект АСВГК.

Во втором полугодии 2018 года ООО «РТИТС» направило частную концессионную инициативу в адрес Правительства Российской Федерации с предложением о заключении концессионного соглашения в отношении объектов, используемых в целях обеспечения функционирования системы автоматизированного весогабаритного контроля движения транспортных средств по автомобильным дорогам общего пользования федерального значения (АСВГК). ПАО «Ростелеком» (в лице компании «Ростелематика») подало альтернативную заявку. После рассмотрения обеих заявок Минтрансом России было принято решение о доработке проекта концессионного соглашения.

В августе 2021 г. Минтранс России направил в Правительство Российской Федерации проект распоряжения Правительства Российской Федерации с текстом концессионного соглашения по созданию автоматизированной системы весогабаритного контроля на федеральных автодорогах, концедентом в котором от лица Российской Федерации выступит «Росавтодор», а концессионером – компания «Ростелематика»¹.

Есть и ряд других федеральных инициатив, пока публично не освещаемых. По состоянию на начало сентября 2020 года Минцифры России насчитывало более 35 потенциальных концессионных проектов в сфере создания государственных ИТ-систем на федеральном уровне². Но большинство из них представляет собой пока инвестиционные замыслы и находится на начальном этапе проработки.

Также отметим, что на данный момент федеральными органами исполнительной власти и субъектами Российской Федерации приняты стратегии цифровой трансформации, которые могут повлиять на реализацию проектов в сфере ИТ. На наш взгляд, благодаря этим документам могут быть реализованы комплексные, «экосистемные» проекты в сфере ИТ с

использованием механизмов ГЧП и концессионных соглашений.

Актуальным запросом сегодня является структурирование проектов на региональном и муниципальном уровнях. Из-за законодательного запрета для реализации муниципальных ГЧП-проектов в сфере ИТ и правовой неопределенности для возможности реализации муниципальных концессионных проектов в данной сфере многие инициативы должны быть вынужденно региональными, например, инициативы в отношении создания ИТ-систем, направленных на выявление самовольных построек, неправильно учтенных объектов недвижимости, свалок. При этом эффекты от реализации таких проектов наиболее ощутимы на муниципальном уровне, так как такие проекты направлены на привлечение дополнительных налоговых поступлений в местные бюджеты.

Несмотря на то, что законодательство содержит барьеры для участия муниципальных образований в концессионных проектах в сфере ИТ, в настоящее время 4 муниципалитета, наряду с субъектом Российской Федерации (Приморский край), участвуют в концессионном проекте по созданию информационной системы «Цифровое Приморье», которая направлена на поддержку жителей Приморского края цифровыми сервисами.

Равным образом реализуется муниципальный проект по созданию базы данных и программного обеспечения для хранения, поиска и обработки информации о выявленных объектах недвижимости и земельных участках, отсутствующих в налоговых органах либо принятых на учет в налоговых органах, но подлежащих уточнению в результате изменения их характеристик, находящихся на территории города Красногорска Московской области.

В приложении 2 к настоящему Исследованию приведен перечень структурированных региональных и муниципальных проектов ГЧП в сфере ИТ с использованием норм 173-ФЗ.

¹ <https://www.interfax.ru/russia/787323>

² [https://www.tadviser.ru/index.php/Статья:Государственно-частное_партнерство_\(ГЧП\)_в_сфере_информационных_технологий](https://www.tadviser.ru/index.php/Статья:Государственно-частное_партнерство_(ГЧП)_в_сфере_информационных_технологий).

КАК ЗАПУСТИТЬ ГЧП-ПРОЕКТ В СФЕРЕ ИТ?

С ЧЕГО НАЧИНАЕТСЯ СТРУКТУРИРОВАНИЕ ГЧП/КОНЦЕССИОННОГО ПРОЕКТА

Старт проекта в форме ГЧП или концессии начинается не с момента заключения соглашения и даже не с момента направления инициатором предложения о заключении соглашения. Обычно на практике этим этапам предшествует длительная подготовка. Возникает логичный вопрос: «Как приступить к работе над запуском проекта? С чего начать?»

ШАГ 1. СТРАТЕГИЧЕСКОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ

На данном шаге необходимо определить, что инициатор хочет получить от реализации данного проекта. Все мы помним сказку, где герою предлагалось пойти туда, не зная куда и принести то, не зная что. Но лучше не будем повторять путь того героя.

Поэтому на данном шаге после формулирования идеи проекта осуществляется сбор исходных данных для подготовки проекта и оцениваются потребности и нужды публичной стороны в реализации проекта, даются ответы, какие государственные услуги и функции будут автоматизированы в рамках проекта.

Данный шаг мы рекомендуем начинать с подготовки и заполнения опросного листа. Предлагаемый в настоящем Исследовании шаблон такого опросного листа составлен, исходя из практики структурирования ГЧП-проектов и концессионных проектов в сфере ИТ. На старте проекта вы можете не знать ответов на все вопросы, опросник подскажет, как глубоко нужно исследовать вопрос и на что обратить внимание до начала и в ходе подготовки проекта. Обращаем особое внимание, что над опросным листом лучше работать совместно – частной и публичной сторонам. Если на старте проекта публичная сторона не сообщит частной стороне данные о проекте, которыми может владеть только она, например, текущий статус информационной системы (возможные разработки), готовящиеся проекты нормативных правовых актов,

Мы вручаем вам волшебный клубок, который покажет путь от идеи до реализации проекта.

Наш клубок показывает путь как частной, так и публичной сторонам на подготовительном этапе реализации проекта.

влияющие на создание и эксплуатацию системы, то это может привести к некорректному структурированию проекта, невозможности его реализации или избыточным затратам инвестора и публичной стороны. В любом случае рекомендуем риски в связи с отсутствием или непредоставлением таких данных частной стороне возлагать на публичную сторону путем включения их, например, в раздел соглашения про особые обстоятельства.



Шаблон запроса
исходных
данных

Потребность публичной стороны в реализации проекта можно оценить с помощью документов стратегического планирования.

Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» (далее – 172-ФЗ) устанавливает правовые основы стратегического планирования в Российской Федерации, координации государственного и муниципального стратегического управления и бюджетной политики, полномочия федеральных органов

государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и порядок их взаимодействия с общественными, научными и иными организациями в сфере стратегического планирования.

Статья 11 172-ФЗ определяет документы стратегического планирования на федеральном, региональном и муниципальном уровнях.

К таким документам относятся:

- стратегия социально-экономического развития;
- стратегия научно-технологического развития;
- государственные программы.

В дополнение к указанным документам анализу также подлежат релевантные концепции и планы («дорожные карты»), принятые или одобренные государственными органами или органами местного самоуправления, их уполномоченными должностными лицами.

Для определения потребности и нужд публично-правового образования в реализации проекта ГЧП следует также проанализировать его влияние на достижение показателей, с использованием которых оценивается эффективность деятельности соответствующих должностных лиц публичной стороны, определенных указом Президента Российской Федерации от 28.04.2008 № 607 «Об оценке эффективности деятельности органов местного самоуправления городских округов и муниципальных районов», указом Президента Российской Федерации от 25.04.2019 № 193 «Об оценке эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации».

Кроме того, 31.12.2020 Президентом Российской Федерации утвержден перечень поручений по итогам конференции по искусственному интеллекту, в рамках которых субъектам Российской Федерации поставлена задача до 01.09.2021 разработать и утвердить региональные стратегии цифровой транс-

формации ключевых отраслей экономики, социальной сферы, государственного управления в целях достижения их «цифровой зрелости».

Рекомендуем вам оценить все релевантные документы стратегического планирования, иные релевантные документы, показатели оценки эффективности соответствующего органа или должностного лица потенциального партнера.

На основе указанных документов можно оценить целесообразность и необходимость реализации проекта, а также возможные источники финансирования (предусмотренный или предполагаемый размер бюджетного и внебюджетного финансирования).

Таким образом, проект начинается с формулирования идеи и проработки ее на основе анализа различных документов, позволяющих сформировать представление о стратегических целях, задачах и показателях оценки эффективности деятельности публичной стороны.

При этом на данном этапе у вас есть два подхода к старту:

- формирование исходных данных на основе проанализированных документов – этот вариант подходит, если исходные данные не сформированы;
- проверка исходных данных на соответствие целям и задачам соответствующих документов – этот вариант подходит, если исходные данные уже сформированы и проработаны.

ВН! Согласно ст. 10 115-ФЗ, ст. 12 224-ФЗ **техничко-экономические показатели объекта – это существенные условия, которые должны быть включены в текст соглашения.**

ШАГ 2. ПРОРАБОТКА И УТОЧНЕНИЕ ИСХОДНЫХ ДАННЫХ

После формирования идеи проекта, сбора исходных данных и анализа документов, определяющих стратегические цели, задачи и показатели публичной стороны, необходимо провести проверку исходных данных, устранив противоречия и пробелы в имеющейся информации, а также обеспечив необходимую глубину.

На данном шаге проводится анализ рынка реализации проекта (в том числе маркетинговый анализ), возможных путей получения проектом коммерческой выручки, объема и структуры рынка потребителей. Это необходимо для отработки гипотезы возможности достижения полной или частичной окупаемости проекта за счет использования рыночных механизмов и для последующего формирования коммерческих сервисов в составе объекта ИТ.

В случае если проект заключается в развитии (модернизации) существующего объекта ИТ, на данном шаге также следует проверить состояние такого объекта. Для этого необходимо провести в частности оценку:

- технического состояния объекта и потребности в развитии, инновационных решениях. На основе проведенного технического аудита можно будет

сформировать укрупненные технико-экономические показатели;

- правовых оснований создания, ввода в эксплуатацию и эксплуатации объекта, в том числе нормативных правовых актов, договорных обязательств и иных юридически значимых решений, которые принимались на протяжении жизненного цикла объекта;
- наличия/отсутствия оформленных прав на объект и его отдельные элементы.



Форма аудита действующих нормативных правовых актов



Форма для анализа правового статуса результатов интеллектуальной деятельности

ШАГ 3. ФОРМИРОВАНИЕ ДОКУМЕНТОВ ПОДГОТОВИТЕЛЬНОГО ЭТАПА РЕАЛИЗАЦИИ ПРОЕКТА

Информация, полученная при проведении аудита, проработке исходных данных в итоге должна быть отражена в концепции проекта (описании основных условий проекта). Этот документ можно использовать как для презентации проекта инвестором публичной стороне, так и публичной стороной для презентации своего проекта инвесторам.

Примерный перечень вопросов, которые отражаются в концепции проекта (описании основных условий проекта):

- идея проекта;
- планируемые эффекты от реализации проекта;

- выполняемые государственные (муниципальные) задачи;
- требования к объекту соглашения;
- планируемые стороны и участники проекта;
- варианты применимых договорных механизмов для реализации проекта – их сравнение и экономическая эффективность;
- выбранный оптимальный договорной механизм и его обоснование;
- распределение прав на объект (распределение прав на объект ИТ – это своеобразный многослойный пирог, где могут быть права, которые принадлежат публичной стороне, частной стороне и тре-

тým лицам);

- права и обязанности сторон;
- распределение рисков между сторонами;
- общая стоимость проекта и соотношение бюджетного и внебюджетного финансирования;
- возможные варианты монетизации;
- нормативное правовое окружение проекта и необходимость его совершенствования.

Другим важным документом на данном шаге является дорожная карта, которая показывает необходимые действия и примерные сроки реализации проекта.

Для формирования дорожной карты важно учитывать следующее:

- какая выбрана оптимальная договорная модель – концессионное соглашение или соглашение о ГЧП. От этого будет зависеть, какие мероприятия будут включаться в дорожную карту – предусмотренные 115-ФЗ или 224-ФЗ;
- какой способ заключения соглашения выбран: частная инициатива, конкурс, на основании федерального закона или решения Правительства Российской Федерации – это влияет на содержание подготовительного этапа и сроки его реализации;
- какой профильный орган будет выступать от имени публичной стороны – это необходимо для возложения ответственности за реализацию основных мероприятий дорожной карты, а также анализа полномочий и регламента соответствующего органа, в котором указаны порядок и сроки подготовки документов;
- как определены предмет и объект соглашения: это ГИС, иная информационная система или другой объект ИТ; это создание объекта ИТ или его модификация. В частности, при создании или развитии ГИС могут потребоваться дополнительные мероприятия в дорожной карте, предусмотренные постановлением Правительства Российской Федера-



Примерная
дорожная
карта

ВВ! Не путать с концепцией создания системы по постановлению Правительства Российской Федерации № 676. Согласно ПП № 676 концепция необходима для создания государственной информационной системы. Концепция является документом технической документации на систему и содержит обоснование вариантов построения системы, условия и мероприятия по ее созданию, на основе которых принимается решение о необходимости и целесообразности создания системы, формируются требования к ней.

ции от 06.07.2015 № 676 «О требованиях к порядку создания, развития, ввода в эксплуатацию, эксплуатации и вывода из эксплуатации государственных информационных систем, и дальнейшего хранения содержащейся в их базах данных информации», включая разработку концепции создания системы.

В дорожной карте также необходимо отразить мероприятия по устранению рисков по итогам проведения аудита исходных данных – оформление и передача прав на объект, принятие необходимых актов.

По результатам анализа нормативно-правового окружения может быть выявлена потребность в разработке новых нормативных правовых актов или внесении изменений в существующие правовые акты и отражении соответствующих мероприятий в дорожной карте.

На данном шаге также может осуществляться подготовка матрицы распределения рисков между публичной и частной сторонами, которая используется как основа для формирования условий соглашения.

Настоящий шаг фактически определяет концептуальную и организационную базу для последующего взаимодействия участников подготовки и реализации проекта, а также влияет в дальнейшем на распределение рисков по проекту, на финансовую модель и условия соглашения. При этом в случае если стороны что-то не учли или не заметили на данном шаге, существует риск, то в дальнейшем им придется реализовывать неэффективный проект, условия которого они не смогут изменить.

NB! В судебном споре по делу

№ А55-11320/2017 суд указал, что возросшие эксплуатационные расходы по реконструкции (модернизации) объекта концессионного соглашения, а также не осуществление возврата инвестиции в связи с растущей задолженностью населения и уменьшением оплаты за потребляемые коммунальные услуги, уменьшением численности населения нельзя рассматривать в качестве существенного изменения обстоятельств, которые стороны не могли разумно предвидеть или нарушением условий соглашения концедентом. Так как, по мнению суда, стороны могли это выявить при due dill проекта. В этой связи основания для изменения соглашения отсутствовали.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Крайне важно осуществлять подготовительную работу качественно и в полном объеме. Это позволит снизить риски при подготовке и реализации проекта. Качественная проработка также позволяет обеспечить своевременную реализацию мероприятий дорожной карты.

ГЧП ИЛИ КОНЦЕССИЯ? КАК СДЕЛАТЬ ВЫБОР И ОБОСНОВАТЬ ЕГО?

Концессионные соглашения и соглашения о ГЧП на первый взгляд объединяет много общего. Данные механизмы нацелены на создание или реконструкцию, а также дальнейшее поддержание в работоспособном виде различных объектов, начиная с небольших социально-значимых проектов (например, банных комплексов) и заканчивая масштабными инфраструктурными проектами, оказывающими влияние на экономическую жизнь страны.

При этом у 115-ФЗ и 224-ФЗ есть существенные отличия, которые могут радикальным образом повлиять на решение инвестора и публичной стороны о применении наиболее подходящего договорного механизма для реализации проекта.

В настоящем разделе мы предлагаем вашему вниманию анализ особенностей данных договорных механизмов, а также рекомендации о том, какие факторы стоит учитывать при определении модели реализации проекта.

Благодаря принятию 173-ФЗ появилась возможность

реализации ГЧП-проектов в отношении объектов ИТ, к которым относятся: программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ), базы данных, информационные системы (в том числе государственные информационные системы) и (или) сайты в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» или других информационно-телекоммуникационных сетях, в состав которых входят такие программы для ЭВМ и (или) базы данных, либо совокупность указанных объектов (далее – объекты информационных технологий), либо объекты информационных технологий и имущество, технологически связанное с одним или несколькими такими объектами и предназначенное для обеспечения их функционирования или осуществления иной деятельности, предусмотренной концессионным соглашением (далее – технические средства обеспечения функционирования объектов информационных технологий).

Данное определение тождественно для СГЧП и для концессии. В остальной части регулирования присутствуют некоторые различия, которые представлены в виде таблицы 1. ниже.

Таблица 1. Концессионные соглашения и соглашения о государственно-частном партнерстве

| Критерий | Концессионное соглашение | СГЧП |
|---|---|---|
| Стороны | Концедент – Российская Федерация и концессионер (частный инвестор) | Публичный партнер (ПП) и частный партнер (ЧП) |
| Исключительное право на объекты ИТ в составе объекта соглашения | Принадлежит концеденту. Часть исключительных прав может оставаться за концессионером и третьими лицами | Принадлежит ЧП. Соглашением может быть предусмотрено отчуждение исключительных прав в пользу ПП |
| Право собственности на технические средства в составе объекта соглашения | Принадлежит концеденту | Принадлежит ЧП. Соглашением может предусматриваться передача объекта в собственность ПП |
| Случаи отчуждения прав публичной стороне | Нет (в общем случае права принадлежат концеденту) | Если объем финансирования ПП создания объекта либо рыночная стоимость передаваемых от ПП прав на объект превышают объем финансирования создания объекта ЧП, то исключительные права и право собственности отчуждаются в пользу ПП |
| Возможность софинансирования создания объекта за счет публичной стороны | Полное или частичное финансирование (софинансирование расходов на создание объекта, в том числе в форме капитального гранта, плата концедента, в том числе в форме МГД) | Частичное финансирование |
| Возможность софинансирования эксплуатации (использования, технического обслуживания) объекта за счет публичной стороны | Полное или частичное финансирование (софинансирование расходов на эксплуатацию объекта, плата концедента, в том числе в форме МГД) | Полное или частичное финансирование |
| Возможность передачи в залог финансирующей организации объекта соглашения | Нет, только права концессионера по соглашению могут быть использованы в качестве обеспечения | Есть, при наличии прямого соглашения |
| Возможность выпуска облигаций | Есть | Есть, но отсутствует практика |

| Критерий | Концессионное соглашение | СГЧП |
|--|---|---|
| Возможность инвестирования пенсионных накоплений фондов в облигации частной стороны | Есть | Есть, но существенно более высокие требования для инвестирования пенсионных накоплений |
| Резерв банком по ссуде | Не ниже II категории резервирования, если заемщик добросовестный | Не ниже II категории резервирования, если заемщик добросовестный |
| Необходимость оценки эффективности и сравнительного преимущества | Нет | Есть (прохождение процедуры может занимать до 90 дней) |
| Возможность заключения соглашения без торгов | <ul style="list-style-type: none"> • На основании решения Правительства Российской Федерации; • В результате частной инициативы | <ul style="list-style-type: none"> • Возможно, если в соответствии с ФЗ или актом Правительства Российской Федерации на срок до заключения СГЧП передано исключительное право или предоставлены права использования программ для ЭВМ и баз данных, входящих в состав ИС; • В результате частной инициативы (предложение о реализации проекта) |
| Частная инициатива (предложение о реализации проекта для СГЧП) | Возможна. Для концессионного соглашения предусмотрен более короткий срок для рассмотрения заявки – до 30 дней | Возможна. Срок рассмотрения – до 90 дней из-за необходимости оценки эффективности проекта и его сравнительного преимущества |
| Осуществление коммерческой деятельности частной стороны с использованием объекта ИТ | Допускается (может быть ограничена отраслевым законодательством и соглашением) | Допускается (может быть ограничена отраслевым законодательством и соглашением) |
| Обязательность использования объекта соглашения | Концессионер обязан осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта соглашения | ЧП обязан осуществлять эксплуатацию и (или) техническое обслуживание объекта соглашения |
| Возможность компенсации недополученных доходов при прекращении соглашения | Есть | Есть, но отсутствует практика |

| Критерий | Концессионное соглашение | СГЧП |
|------------------------------|--|--|
| Правоприменительная практика | Развитая | Только формируется |
| Примеры проектов в сфере ИТ | Концессионное соглашение в отношении объекта, представляющего собой информационную систему «Информационная система «Цифровое Приморье» | СГЧП в отношении объектов, предназначенных для маркировки отдельных видов товаров и мониторинга их оборота |

Для целей настоящего Исследования мы предлагаем уделить наибольшее внимание таким критериям, как субъектный состав (лица, которые могут выступать в качестве частной стороны соглашений), а также режим собственности на технические средства и интеллектуальную собственность, создаваемые в рамках соглашений.

Требования к частной стороне

Требования к частной стороне по соглашениям отражены в положениях законодательства, определяющих, кто может быть частной стороной/концессионером.

В случае с концессионными соглашениями в качестве частной стороны выступает концессионер. При этом концессионером могут являться индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо действующие без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) два и более указанных юридических лица.

В случае с соглашениями о государственно-частном и муниципально-частном партнерстве в качестве частной стороны (частного партнера) может выступать исключительно российское юридическое лицо.

Исторически данное ограничение связано с тем, что в рамках СГЧП можно предусмотреть переход права собственности на объект соглашения в пользу частного партнера, а с учетом того, что большинство проектов реализуется в отношении социально значимых объектов инфраструктуры, их переход в иностранную собственность может оказаться нежелательным.

При этом законодателем установлены дополнительные требования к частной стороне по проектам в сфере ИТ.

Законом № 173-ФЗ установлен запрет на участие в концессионных соглашениях иностранных инвесторов (иностраных физических лиц и (или) иностранных юридических лиц), российских юридических лиц, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические лица и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы, за исключением случаев, определенных международным договором Российской Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации.

При этом в СГЧП не могут являться частным партнером, а также участвовать на стороне частного партнера по такому соглашению российские юридические лица, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические лица и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы, за исключением случаев, определенных международным договором Российской Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации.

Распределение прав

Наиболее существенным отличием двух механизмов является распределение между сторонами права собственности на объект соглашений и исключительных прав на создаваемые в рамках реализации проекта результаты интеллектуальной деятельности.

В общем случае для концессионных соглашений все права остаются за публичной стороной – концедентом.

Вместе с тем законодатель оставляет возможность для концессионера сохранить исключительные права на какую-то часть результатов интеллектуальной деятельности в составе объекта соглашения за собой или третьими лицами. Но такая возможность рассматривается как исключение, и она должна быть прямо предусмотрена в тексте концессионного соглашения.

Соглашения о ГЧП предоставляют частному партнеру большую гибкость.

В целом, данный механизм предусматривает оба сценария: как передачу или отчуждение прав на объект соглашения и на объекты интеллектуальной собственности в пользу публичного партнера, так и передачу данных прав частному партнеру.

Ключевым элементом является модель финансирования проекта. В случае если размер публичного финансирования превышает объем финансирования частной стороны, включая все сопутствующие затраты, то право собственности на объекты должно будет перейти к публичному партнеру.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



В случае если ваш проект реализуется с участием нескольких концедентов или публичных партнеров, обратите внимание на возможность проведения совместного конкурса по определению частной стороны, реализующей проект. Такая модель позволит объединить в рамках одного договора сразу несколько публично-правовых образований.

ЕЩЕ РАЗ ПРО СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПРОЕКТНЫЕ КОМПАНИИ И УСТАВНЫЙ КАПИТАЛ

Под проектной компанией обычно понимается специальное юридическое лицо, которое создается для реализации конкретного инвестиционного проекта.

С одной стороны, проектная компания позволяет организационно обособить финансовые активы и иные средства, необходимые для успешной реализации проекта, а с другой стороны – ограничивает риски инвесторов в рамках отдельного юридического лица. В качестве участников или акционеров такого юридического лица выступают инвесторы проекта.

Именно проектная компания часто выступает в качестве концессионера или частного партнера по инвестиционным проектам.

Несмотря на то, что российское законодательство предусматривает возможность создания юридических лиц с уставным капиталом 10 000 руб., в проектах ГЧП и концессионных проектах у публичной

стороны нередко возникает вопрос о надежности контрагента в виде вновь созданного юридического лица с таким уставным капиталом. Особенно в проектах, где предусмотрено софинансирование со стороны публично-правового образования.

Фактически размер уставного капитала и проектный опыт вновь созданного юридического лица не играют решающей роли при определении концессионера или частного партнера.

Подтвердить возможность профинансировать масштабный инвестиционный проект со стороны частного партнера можно следующими способами:

- подтверждением наличия заключенных кредитных соглашений или соглашений о предоставлении займов от акционеров, участников проектной компании (структур, аффилированных с акционерами, участниками);
- предоставлением публичной стороне писем о под-

- держке со стороны банков;
- получением банковских гарантий исполнения обязательств, требования к которым определяются в проектах концессионных соглашений и СГЧП.

Данный раздел Исследования возник в результате общения с представителями публичной стороны при структурировании проектов различного уровня и с разными финансовыми моделями. Нередко публичная сторона выдвигает требование довести размер уставного капитала перед заключением соглашения до нескольких миллионов рублей.

В качестве подтверждения возможности заключения СГЧП и концессионных соглашений с организациями, чей уставный капитал не был докапитализирован до таких сумм, приведем в пример несколько организаций-концессионеров по крупным федеральным и региональным проектам:

- ООО «РТ-инвест транспортные системы» – проектная компания, созданная для реализации проекта

по созданию и эксплуатации системы взимания платы «Платон». На момент подписания концессионного соглашения (2014 год), размер уставного капитала компании составлял 100 000 рублей и сохранялся в неизменном объеме вплоть до 2017 года;

- ООО «СШХ» – проектная компания, созданная для реализации проекта по строительству Северного широтного хода для соединения Транссибирской магистрали с портом Сабетта. На момент подписания концессионного соглашения размер уставного капитала проектной компании составлял 200 000 рублей;
- ООО «Юго-восточная магистраль» – проектная компания, учрежденная для строительства и эксплуатации центральной кольцевой автомобильной дороги Московской области в рамках пускового комплекса № 4. На момент подписания концессионного соглашения уставный капитал компании был равен 100 000 рублей.

ПОЧЕМУ ТАК ВАЖЕН ВОПРОС ПРО РАЗРАБОТКУ НПА ДЛЯ ПРОЕКТОВ В ИТ?

Специфика ГЧП и концессионного проекта в сфере ИТ заключается в том, что для его реализации обычно требуется принятие нормативных правовых актов различного уровня. При этом важно понимать, какие нормативные правовые акты придется поменять, чтобы проект можно было претворить в жизнь. Если муниципальный или региональный проект требует изменения федерального законодательства, то это заведомо определяет сложность и длительность подготовительных шагов его реализации. И даже для федерального проекта внесение любых изменений в федеральное законодательство – очень непростая задача.

Юридическая техника (т. е. корректная разработка самой нормы и пояснительных материалов к ней) – не первоочередной вопрос. Необходимо, предлагая поменять законодательство, понимать ситуацию с возможностью или наоборот невозможностью внести изменения в тот или иной НПА.

В настоящее время практика указывает на то, что в случае, когда концессионный проект или проект ГЧП связан с развитием уже существующей ГИС, без изменения нормативных правовых актов, являющихся основанием для ее создания и определяющих ее правовой режим, как правило, не обходится.

При этом состав таких нормативных правовых актов отличается для различных ГИС, но, как правило, охватывает следующие вопросы:

- решение о создании системы;
- состав участников системы;
- оператор системы;
- состав информации, подлежащей включению;
- состав информации, подлежащей предоставлению;
- порядок создания;
- порядок ввода в эксплуатацию;
- порядок эксплуатации;
- порядок модернизации (развития);
- порядок вывода из эксплуатации;

NB! Для реализации проекта в сфере информационных технологий может потребоваться создание нормативного окружения для обеспечения функционирования информационной системы.

При этом необходимость создания нормативного окружения не зависит от выбранной договорной модели создания, эксплуатации и развития информационной системы (государственный контракт, концессионное соглашение или иные виды договорных отношений), а также источников и видов расходов, направляемых на ее решение.

- требования к программным, техническим и прочим средствам;
- порядок предоставления информации в систему;
- порядок доступа к информации, содержащейся в системе;
- порядок предоставления и распространения информации;
- правовой режим информации, содержащейся в системе;
- правовой режим технических средств;
- взаимодействие с иными системами;
- защита информации;
- иные особенности.

Для существующих ГИС, создание и эксплуатация которых осуществляется в соответствии с 44-ФЗ или подведомственными государственным органам учреждениями, в том числе в рамках соглашений о предоставлении субсидий на иные цели, их последующее развитие в рамках проектов ГЧП или концессионных проектов может потребовать пересмотра положений, посвященных полномочиям государственных органов (в части передачи полномочий по развитию и эксплуатации ГИС концессионеру или частному партнеру), оператору системы (в части расширения его функций по обработке данных и оказанию услуг с использованием системы или способов его определения/назначения).

Если ГИС предполагается использовать для автоматизации отдельных процессов предоставления государственных услуг или исполнения государственных функций, то может потребоваться изменение нормативной правовой базы, в соответствии с которой осуществляется предоставление таких услуг или исполнение таких функций.

Могут также измениться требования к программным, техническим и прочим средствам ГИС в связи с ее развитием, правовой режим информации, содержащейся в системе, и правовое регулирование других аспектов, связанных с развитием и эксплуатацией ГИС.



Перечень ключевых вопросов для разработки нормативных-правовых актов по проекту

Кроме того, в зависимости от особенностей коммерциализации ГИС, возможно установление дополнительных требований к порядку оказания услуг с использованием такой системы, а также иных услуг, оказываемых оператором системы.

Следует учитывать, что если для эксплуатации ГИС, а равно иных объектов ИТ, необходимо организовать сбор информации в обязательном порядке с юридических лиц или физических лиц, установить плату за предоставление информации о деятельности государственного органа или органа местного самоуправления, то для установления данных требований также потребуется принятие федерального закона (или внесения изменений в действующий федеральный закон) (см. ч. 9 ст. 8, ч. 5 ст. 10, ч. 4 ст. 14 149-ФЗ).

Особенности сбора такой информации с хозяйствующих субъектов или физическими лицами может исключать техническую возможность установления ими режима коммерческой тайны в ее отношении

NB! В настоящее время на общественном обсуждении находится проект, который предусматривает, что взимание платы за использование инфраструктуры, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг и исполнения государственных и муниципальных функций, возможно только в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

или иных ограничений в отношении ее использования при том, что она будет сохранять чувствительный характер, и ее раскрытие может причинить вред указанным лицами или государству. В этой связи для таких категорий информации может потребоваться установление федеральным законом правового режима информации ограниченного доступа (см. ч. 2 ст. 9 149-ФЗ).

При этом установление связанных с объектами ИТ обязательных требований, государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, введение экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций требует соизмерения с положениями недавно принятых федерального закона от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации», федерального закона от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» и федерального закона от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации».

Особенности использования ГИС, а равно иных объектов ИТ, могут быть связаны с необходимостью установления различного рода ограничений прав человека и гражданина в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, которые также могут быть установлены только федеральным законом.

Для информационных систем, не являющихся государственными, программ для ЭВМ и баз данных, сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» каких-либо явных требований к нормативной правовой базе, обеспечивающей их создание и функционирование, не установлено. Вместе с тем в законодательстве существуют примеры создания информационных систем, не являющихся государственными, на основании федерального закона (например, единая биометрическая система), а равно установления порядка формирования и ведения отдельных государственных информационных ресурсов, вместе с тем содержащихся в информационных системах, не являющихся государственными (например, единый государственный реестр юридических лиц содержится в АИС «Налог-3», которая не является ГИС).

В любом случае, если функционирование объекта ИТ предполагает его использование при предоставлении государственных услуг или исполнении государственных функций, а равно предоставление негосударственных, но вместе с тем обязательных для частной стороны услуг пользователям, независимо от их возмездного или безвозмездного характера, это может потребовать принятия отдельных нормативных правовых актов, устанавливающих порядок предоставления таких услуг или исполнения таких функций.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Начинать работу по изменению нормативно-правовой базы нужно параллельно с разработкой проекта. Как только вы поняли, что представляет собой объект в проекте, какие функции выполняет оператор (например, оператор цифровой платформы). В любом случае на внесение изменений в федеральное законодательство рекомендуем закладывать не менее 2-2.5 лет.

КАК СТРУКТУРИРОВАТЬ ПРОЕКТ ТАК, ЧТОБЫ БАНКИ СМОТРЕЛИ НА НЕГО ПОЗИТИВНО?

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ

Какие документы по проекту являются ключевыми для банков? На какие разделы КС банки смотрят в первую очередь. Прямое соглашение, так ли оно необходимо? Формирование состава возмещения в проекте.

Привлекательность любого инвестиционного проекта с точки зрения потенциальных кредиторов основывается на соблюдении ключевых принципов кредитования: срочность, платность, возвратность и материальная обеспеченность кредита. Данные общие критерии применимы также и ко всем без исключения проектам, реализуемым на принципах государственно-частного партнерства. Ниже рассмотрим некоторые особенности, характерные для концессионных и ГЧП-проектов.

Срочность

Проекты, реализуемые на принципах ГЧП, отличаются длительными сроками реализации как в части периода создания объектов соглашения, так и в части их последующей эксплуатации. Длительность периода создания предопределяет необходимость предоставления продолжительного льготного периода по возврату привлеченного финансирования до момента запуска проекта в эксплуатацию. В отдельных проектах, структура финансирования которых предполагает срок привлечения заемного финансирования свыше 10-15 лет, на этапе подготовки проекта также необходимо закладывать плановое рефинансирование, то есть выплату изначально привлеченного под проект долга за счет привлечения новой кредитной линии на новый срок.

Риски рефинансирования, связанные с возможностью привлечь необходимые для рефинансирования первоначального кредита средства на открытом рынке через 10-15 лет, а также с уровнем процентных ставок в экономике в долгосрочной перспективе, должны быть зафиксированы в концессионном соглашении наряду с методами управления такими

рисками. Поскольку макроэкономические риски, связанные с доступностью кредитных ресурсов в экономике и их стоимостью, находятся вне зоны контроля частного партнера, в большинстве случаев такие риски должны быть переданы государству.

Платность

Процентные платежи по привлеченным кредитным средствам должны платиться в полном объеме с даты привлечения финансирования. Установление какого-либо льготного периода по банковским кредитам в большинстве случаев невозможно из-за особенностей банковского регулирования в Российской Федерации. При этом важно учитывать, что процентные платежи не могут выплачиваться за счет кредитных средств, и они должны быть обеспечены доходами непосредственно от проекта или финансированием со стороны акционеров.

При структурировании крупнейших проектов, реализуемых на принципах ГЧП, одним из возможных решений, связанных с необходимостью финансирования процентных расходов на этапе строительства, может являться включение в состав банковского синдиката банков развития. Учитывая особенности их законодательного регулирования, данные финансовые институты могут предоставлять кредитные средства на уплату процентных платежей коммерческим банкам – другим участникам синдиката.

Еще одним аспектом, на который необходимо обращать внимание при структурировании проектов на принципах ГЧП, является подход к установлению процентной ставки по привлекаемым кредитным средствам. Наиболее распространенными вариантами являются: 1) привлечение кредитных средств под фиксированную ставку на момент заключения кредитного соглашения и 2) привлечение кредитных средств под плавающую ставку, например, в привязке к фактической ставке Центрального банка Российской Федерации. Как правило, привлечение кре-

дитных средств под фиксированную ставку на дату подписания пакета кредитной документации является более дорогим вариантом в сравнении с плавающей ставкой. Вместе с тем, фиксация ставки на дату подписания или первой выборки позволяет заемщику избежать макроэкономических рисков, связанных с пересмотром кредитно-денежной политики со стороны регулятора, а также заранее спрогнозировать денежные потоки, связанные с обслуживанием привлеченного финансирования. Учитывая длинные сроки проектов в сфере ГЧП, первый вариант является более распространенным при их структурировании и реализации.

Возвратность

Для запуска проекта и привлечения инвестора, в числе для инициации вопроса поиска заемного финансирования, в первую очередь стоит определить источники возвратности инвестиций инвестора.

Для простоты все инфраструктурные проекты возможно разделить на две группы – предполагающие оказание платных услуг, т. е. окупаемые за счет выручки и, при необходимости, платежей от концедента или публичного партнера (ЖКХ, платные дороги, спортивные объекты, отдельные ГИС), и не предполагающие окупаемости из внебюджетных источников (бесплатные дороги, общеобразовательные объекты, безопасный город). Принадлежность ИТ-проектов к одной из этих групп возможно определить только индивидуально в зависимости от специфики конкретного проекта. Одна часть предполагает оказание концессионером или частным партнером платных услуг населению или юридическим лицам (например, создание онлайн-сервисов, ранее существующих только оффлайн), другая не предусматривает возможности окупаемости от эксплуатации объекта соглашения – как, например, модернизация большинства государственных сайтов. Таким образом, отдельные ИТ-проекты могут быть реализованы исключительно в случае обеспечения окупаемости исключительно за счет платежей от концедента. При этом вопрос возможности полной возвратности инвестиций концессионера по концессионному соглашению из бюджета урегулирован в рамках «Башкирского дела» и уже реализуется значительное количество проектов, структурированных на условиях полной возвратности

затрат концессионера за счет бюджетных средств. 115-ФЗ, в отличие от 224-ФЗ, не накладывает ограничений на объем субсидий и (или) бюджетных инвестиций, выплачиваемых публичной стороной по соглашению, и создателями закона изначально в перечень возможных объектов соглашения были включены объекты, не предполагающие возможности инвесторов осуществлять какую-либо коммерческую деятельность на стадии эксплуатации. ИТ-проекты не являются исключением, и те из них, которые предполагают создание или модернизацию ИТ-объектов для государственных или муниципальных нужд без оказания концессионером или частным партнером платных услуг, могут и должны быть основаны на полной окупаемости инвестиций за счет бюджетных средств. При этом отсутствие возможности или целесообразности оказания платных услуг с использованием объекта концессионного соглашения или СГЧП должно быть обосновано.

В случае если проект предусматривает существенную коммерческую выручку, потребуется счетное и прозрачное обоснование заложенных в финансовую модель предположений. Стоит отметить, что такое обоснование без привлечения независимых экспертов или предоставления статистических данных по иным, пусть даже неконцессионным проектам, достаточно тяжело достижимо.

Альтернативным вариантом «закрытия» рисков непоступления достаточной коммерческой выручки является использование механизма МГД, к которому с большой вероятностью придется прибегнуть даже в случае проведения внешних маркетинговых экспертиз, до формирования устойчивых трендов развития ГЧП-проектов в сфере ИТ.

Говоря о ГЧП-проектах, предполагающих бюджетные платежи по соглашению, нельзя не упомянуть важность сроков их выплаты, а также наличие либо отсутствие так называемого капитального гранта.

Термин капитальный грант законодательством не определен, с экономической точки зрения капитальный грант – софинансирование капитальных затрат на создание объекта соглашения. С точки зрения терминологии 115-ФЗ, капитальный грант – участие концедента в расходах на создание объекта соглашения.

При этом данный платеж не может покрывать 100 % капитальных расходов по проекту и выплачиваться после ввода в эксплуатацию и, как мы видим из последних законодательных инициатив, регулятор рынка ГЧП (Минэкономразвития России) настаивает на установлении его предельного размера.

Капитальный грант зачастую позволяет обеспечить проект финансированием на старте и потому дает возможность ограничить общее удорожание, связанное с объемом заемных средств в проекте.

При этом для концедента или публичного партнера наименее рискованным является возмещение понесенных затрат инвестора, что нивелирует риск нецелевого расходования бюджетных средств.

С точки зрения условий привлечения банковского финансирования капитальный грант вместе с собственными средствами будет являться первоначальным источником финансирования проекта, предшествуя

раскрытию выборки по заемному финансированию, что гарантирует финансирующей организации отсутствие необеспеченных источников расходов и разрывов в сроках финансирования создания объектов.

Материальная обеспеченность кредита

Большинство проектов ГЧП характеризуются обособленностью имущества, создаваемого в рамках проекта, от имущества инициаторов проекта. В этой связи, с точки зрения потенциальных кредиторов, важно иметь возможность получения в качестве залога такого имущества для обеспечения возвратности кредита в сценарии дефолта заемщика. Поскольку в большинстве проектов ГЧП или концессионных проектах владельцем имущества, создаваемого в рамках реализации проекта, является публичный партнер, с точки зрения кредиторов, крайне важно обеспечить защиту своих интересов за счет ряда положений концессионного соглашения или соглашения о ГЧП.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Для того, чтобы привлечь проектное финансирование в проекты ГЧП и концессионные проекты в сфере ИТ, необходимо следовать сформированным выше принципам, а также выработать ответы на наиболее острые вопросы, которые возникают в таких проектах (оценка стоимости залога НМА, условие о выплате платы концедента при подаче частной инициативы и иные). Перечень таких вопросов приведен в разделе 2.6. Исследования.

РАЗРАБАТЫВАЕМ ФИНАНСОВУЮ МОДЕЛЬ ИТ-ПРОЕКТА. ЧТО УЧЕСТЬ?

Подходы к разработке финансовой модели ИТ-проекта в целом незначительно отличаются от подходов к разработке финансовой модели по проектам в других секторах. Особое внимание при подготовке финансовых моделей в сфере ИТ необходимо уделять вопросам проработки и независимого экспертного подтверждения исходных данных и допущений в операционной части проектов: прогнозным расходам на создание проекта, плановым показателям выручки и операционных расходов.

В части инструментов финансирования ИТ-проекты зачастую считаются относительно более рискованными по сравнению с традиционными отраслями применения ГЧП. В этой связи потенциальные кредиторы могут более настороженно смотреть на возможность предоставления финансирования в проект, предъявлять повышенные требования к инициаторам проекта в части предоставления собственных средств и предлагать учитывать в финансовой модели дополнительные инструменты защиты кредиторов, такие как ограничение распределений в пользу акционеров до момента возврата привлеченных заемных средств, формирование дополнительных резервных счетов и т. п.

ОСОБЕННОСТИ СТРУКТУРИРОВАНИЯ ФИНАНСОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ КОНЦЕДЕНТА/ ПУБЛИЧНОГО ПАРТНЕРА

Согласно ч. 13 ст. 3 115-ФЗ, концедент вправе принимать на себя часть расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и предоставлять концессионеру государственные или муниципальные гарантии в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации. Для соглашений о ГЧП возможно только частичное финансирование публичным партнером создания и полное или частичное финансирование – эксплуатации и технического обслуживания (ч. 3 ст. 6 224-ФЗ).

Дополнительно плата концедента регулируется п. 9 ч. 2 ст. 10 115-ФЗ.

115-ФЗ устанавливает, что если условием концессионного соглашения предусмотрены компенсация концедентом части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения или плата концедента по концессионному соглашению, то размер таких расходов концедента должен быть установлен в качестве критерия конкурса (ч. 2.1 ст. 24 115-ФЗ).

Вместе с тем закон не регламентирует ее структуру и порядок уплаты. В отсутствие подробной правовой регламентации указанные параметры могут устанавливаться в концессионном соглашении.

В известном «Башкирском деле» УФАС толковало данную норму как невозможность реализовывать проекты со 100 % платой концедента. Суд апелляционной инстанции в «Башкирском деле» указывал

следующее: 115-ФЗ не запрещает концеденту производить в пользу концессионера выплаты в размере, равном расходам на создание объекта концессионного соглашения. Однако при этом должны использоваться разные инструменты финансирования: (1) финансирование части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, (2) плата концедента³.

Также для минимизации риска признания концессионного соглашения государственной закупкой обязательно наличие следующих условий, на которые направлены цели 115-ФЗ:

- обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений;
- повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям;
- привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации.

В противном случае существует высокий риск признания концессионного соглашения со 100 % платой концедента закупкой по 44-ФЗ, как это было сделано в «Тувинском деле»⁴.

Плата концедента выплачивается в виде субсидии. Согласно п. 9 ст. 78 Бюджетного кодекса Российской Федерации, субсидии, предусмотренные данной статьей, могут предоставляться из федерального бюджета, бюджета субъекта Российской Федерации, местного бюджета в соответствии с условиями и сроками, предусмотренными СГЧП/СМЧП и концессионными соглашениями.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Не рекомендуем устанавливать в проекте плату концедента в размере 100 % без наличия обоснования невозможности возврата инвестиций в проекте альтернативными путями. Если в проекте возможно создание коммерческих сервисов, рекомендуем просчитать прогнозную выручку от коммерческих сервисов.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2018 г. № 09АП-33476/2018 по делу № А40-23141/17

⁴ Решение Арбитражного суда Республики Тыва от 07.10.2019 г. по делу № А69-2242/2019.

КАК ОЦЕНИТЬ СТОИМОСТЬ СОЗДАНИЯ/МОДЕРНИЗАЦИИ ИТ-ОБЪЕКТА НА ЭТАПЕ РАССМОТРЕНИЯ ЗАЯВКИ НА ЧАСТНУЮ ИНИЦИАТИВУ/ОРГАНИЗАЦИИ ТЕНДЕРА

Отдельной «проблемной» областью для обеих сторон соглашений и для банков является оценка инвестиционных и эксплуатационных расходов по ГЧП и концессионным проектам в сфере ИТ, а также подтверждение обоснованности произведенной оценки. Необоснованные бюджетные обязательства в ИТ-проектах в целом (не в рамках моделей ГЧП) в последнее время все чаще становятся предметом уголовных дел. Здесь, с учетом сложностей в подборе аналогов и предварительном подтверждении базисов для расчета затрат на создание и управление объектом, а также в связи с дефицитом профильных технических экспертов – решением могла бы стать практика выполнения профильными экспертными организациями работ по системному проектированию.

Работы по системному проектированию могут включать в себя:

- проведение обследования и оценки текущего состояния объекта ИТ и инфраструктуры, планируемой к

модификации (модернизации);

- определение целевой архитектуры объекта ИТ (ГИС, если применимо);
- разработку технических требований и технического проекта на создание и развитие объекта ИТ;
- формирование методики и расчетов экономических эффектов от создания, развития, ввода в эксплуатацию и эксплуатации объекта ИТ;
- технико-экономическое и финансовое обоснование стоимости создания, развития, ввода в эксплуатацию и эксплуатации объекта ИТ.

Таким образом, системный проект подтверждает архитектурные и технические решения инвестора, выбор технологий для реализации проекта, дает оценку их эффективности, а также обосновывает корректность определения размера инвестиций и рыночной стоимости работ по созданию (модификации) объекта ИТ.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Выбор организации, способной выполнить работы по системному проектированию, должен быть основан на подтверждении опыта у такой организации проведения аналогичных работ, разработанных методиках оценки эффективности проекта и его стоимостных параметрах, наличии в штате квалифицированных специалистов в области экспертизы объектов ИТ.

ЗАЛОГ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ И ОБОРУДОВАНИЯ

При реализации проектов по 224-ФЗ, в том числе в сфере ИТ, возникает вопрос оформления объекта соглашения в залог финансирующей организации, что прямо предусмотрено 224-ФЗ и является одним из его ключевых отличий от 115-ФЗ. В отличие от

остальных отраслей, соглашения о ГЧП и концессионные соглашения в сфере ИТ могут не содержать в составе объекта соглашения недвижимое имущество, а в основном включают в себя сам объект ИТ и технологически связанное с ним оборудование.

Для российской практики использование исключительных прав на РИД, в том числе на ПО, в качестве предмета залога является относительно новым инструментом и в определенной степени специфичным. Несмотря на то, что действующие нормы ГК РФ, касающиеся залога РИД, вполне соответствуют международной практике, для кредитных организаций определяющей характеристикой залога и его наиболее важной чертой является ликвидность.

В свою очередь, рынок интеллектуальной собственности гораздо более ограничен, чем рынок «традиционных» активов. Практически отсутствуют современные специализированные электронные площадки по торговле объектами интеллектуальной собственности, а также прогнозируемый спрос на тот или иной объект, что существенно снижает ликвидность залога исключительных прав. Кроме того, возможно существенное изменение рыночной стоимости предмета залога в течение срока действия договора залога под влиянием научно-технического прогресса, которое невозможно достоверно спрогнозировать. Подобное изменение рыночной стоимости может привести к тому, что банк не сможет вернуть средства, выданные заемщику, в полном объеме. Дополнительно возникают сложности с оценкой объектов РИД ввиду отсутствия достаточной информации об аналогичных объектах и квалифицированных специалистов.

Ценность ИТ оборудования в качестве залога также ниже «традиционных» активов. Во-первых,

ИТ-оборудование на момент обращения взыскания может существенно снизиться в цене по причине научно-технического прогресса. Во-вторых, некоторое ИТ-оборудование может представлять ценность только при наличии узкоспециализированных целей или требовать оформления лицензий, что в итоге ограничивает круг потенциальных покупателей и, как следствие, снижает вероятность успешной реализации залога, в том числе реализации публичному партнеру в соответствии с п. 7 ст. 7 224-ФЗ и возврата кредитных средств в полном объеме. Кроме того, при отсутствии аналогов такое оборудование достаточно трудно правильно оценить.

Следует также отметить, что ИТ оборудование, создаваемое для государственных или публичных нужд, вообще может быть не применимо для целей предпринимателей, что будет означать невозможность его реализации, если оно не будет выкуплено публичным партнером на торгах. Также стоит иметь в виду и ограничения, указанные в 224-ФЗ, в части обращения взыскания банком на заложенное имущество.

Все указанные выше особенности в целом делают такой залог для банка не элементом обеспечения по сделке, а исключительно юридическим механизмом контроля над проектом, обуславливая необходимость предоставления инвестором дополнительного обеспечения.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



На раннем этапе структурирования проекта подключать потенциальные финансирующие организации к обсуждению проекта, включая обеспечительный пакет по кредитному соглашению. Для передачи в залог объекта соглашения могут потребоваться дополнительные исследования, для которых необходимо заранее определить исполнителя.

ВОВЛЕЧЕНИЕ ФОНДОВ И ИНСТИТУТОВ РАЗВИТИЯ В ФИНАНСИРОВАНИЕ ГЧП И КОНЦЕССИЙ

Для сферы ИТ потенциально существует больше возможностей для использования альтернативных источников финансирования в виде грантов, финансирования из специализированных фондов и институтов развития, чем для других ГЧП-проектов. В то же время, для эффективного финансирования из данных источников необходимо внесение изменений как в 115-ФЗ и 224-ФЗ, так и в нормативные правовые акты, регулирующие деятельность соответствующих фондов и институтов развития и предоставление ими государственной поддержки для обеспечения интересов таких фондов и институтов развития наравне с другими участниками ГЧП-проектов.

Речь идет в первую очередь о том, что софинансирование по проекту ГЧП и концессионному проекту в

настоящее время предоставляет концедент/публичный партнер, а не третьи лица. Соответственно, все положения соглашений будут устанавливать обязательства именно публичной стороны, а не третьего лица (например, фонда) по выплате платы концедента (субсидии), компенсации при расторжении и т. п. Банки, не являющиеся стороной соглашения о ГЧП или концессионного соглашения, получают гарантии при заключении прямого соглашения с концедентом и концессионером, которое гарантирует получение банками выплат со стороны публичной стороны в случае дефолта частной стороны. Фонды (например, РФРИТ, Фонд «Сколково» и иные) лишены таких гарантий. Софинансирование по проекту, которое они могут предоставить, не будет учитываться в общей финансовой модели проекта, по которой «живет» частная сторона.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Разработать и принять поправки в 115-ФЗ и 224-ФЗ, предусматривающие возможность заключения прямого соглашения (или его аналога) между публичной, частной сторонами и фондом или институтом развития. Это позволит установить в соглашении права, обязанности и лимиты ответственности такого третьего лица. Также эффективно вовлечь подобную третью сторону в периметр ГЧП или концессионного проекта можно было бы в качестве либо «третьей стороны» концессионного соглашения или соглашения о ГЧП (по аналогии с субъектами Российской Федерации в коммунальных проектах), либо в качестве «третьего лица» – участника соглашения, но не стороны (например, муниципальные унитарные предприятия в некоторых ГЧП-проектах).

ВСЕГДА ЛИ ВЫГОДНО БЫТЬ ИНИЦИАТОРОМ? ПРО ЧКИ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ СОГЛАШЕНИЯ БЕЗ КОНКУРСА

В 2014 году в отечественное регулирование федеральным законом от 21.07.2014 № 265-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – 265-ФЗ) была введена процедура частной концессионной инициативы.

Главной задачей института частной концессионной инициативы, а также и инициативы частного пар-

тнера в рамках концессионных соглашений и СГЧП, являлось стимулирование инвесторов к разработке новых, оригинальных инвестиционных проектов.

Несмотря на прогрессивность идеи, применять данный механизм нужно вдумчиво, оценивая конкуренцию на определенном рынке, а также существующие пробелы в регулировании частной инициативы. Приведем некоторые из них.

1. РИСК СРЫВА ЧАСТНОЙ ИНИЦИАТИВЫ НЕДОБРОСОВЕСТНЫМ ТРЕТЬИМ ЛИЦОМ

Согласно закону, в случае если размещенный публично проект концессионного соглашения или соглашения о ГЧП привлечет альтернативных инвесторов, будет организован конкурс на определение концессионера/частного партнера по предложенному проекту.

В некоторых случаях потенциальные инвесторы могут откликнуться на размещенное предложение, не проанализировав детально условия соглашения или же из целей конкурентной борьбы. За отказ от дальнейшего участия в конкурсе, которым завершится в таком случае процедура рассмотрения частной инициативы, санкции не введены. В отличие от 44-ФЗ, в отношении недобросовестных концессионеров/частных партнеров никаких реестров или иных мер не предусмотрено.

К сожалению, на настоящий момент отсутствуют какие-либо инструменты, позволяющие обезопасить стороны от подобных недобросовестных действий со стороны третьих лиц.

Реализация конкурсных процедур не только увеличивает срок определения концессионера/частного партнера и подписания с ним соглашения, но и может вылиться в то, что конкурс не состоится.

С другой стороны, дискуссионным остается вопрос о необходимости внедрения каких-либо мер ответ-

ственности в отношении недобросовестного поведения третьих лиц. Введение института, аналогичного реестру недобросовестных поставщиков по 44-ФЗ, могло бы минимизировать риск срыва процедуры заинтересованными третьими лицами.

Однако на практике добиться такой же эффективности, как в случае с законодательством в сфере государственных (муниципальных) закупок, будет затруднительно в связи с особенностями рынка концессий и ГЧП, где обычно для реализации конкретного проекта создается специальная проектная компания.

Более того, в соответствии со ст. 36 115-ФЗ и ст. 10 224-ФЗ, в случае отсутствия иных участников и при условии соответствия единственного участника конкурса всем требованиям конкурсной документации, уполномоченный на заключение соглашения орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления обязан заключить соглашение с таким участником.

Получается, что, с одной стороны, даже в случае отсутствия откликнувшихся заинтересованных инвесторов, конкурс по определению концессионера/частного партнера будет проведен. С другой стороны, будут смещены сроки реализации проекта. С этой точки зрения необходим механизм, позволяющий стабилизировать отношения в данной сфере.

2. НЕОБХОДИМОСТЬ ВНЕСЕНИЯ ИЗМЕНЕНИЙ В ПРОЕКТ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ ИЛИ СОГЛАШЕНИЯ О ГЧП ДО ЕГО ПОДПИСАНИЯ

Еще одной из возникающих на практике проблем данной процедуры является отсутствие в 115-ФЗ и 224-ФЗ положений, закрепляющих порядок внесения изменений в направленный потенциальным концессионером/частным партнером проект концессионного соглашения после его официальной публикации в сети «Интернет» на 45-дневный срок с целью привлечения альтернативных предложений по реализации проекта.

В реальности не каждый согласованный текст соглашения может быть «отлит в граните». Часто у сторон возникает потребность что-то поменять. Такая потребность может возникнуть, например, в силу непредвиденных обстоятельств, когда реализация проекта на первоначальных условиях фактически становится невозможной.

При этом при буквальном прочтении законодательство не содержит требования о том, что условия опубликованного проекта соглашения должны быть изложены в нем исчерпывающим образом. Однако текст закона гласит, что

- концессионное соглашение заключается «на условиях, предусмотренных в таком проекте концессионного соглашения в отношении объекта концессионного соглашения...»;
- соглашение о ГЧП заключается «на условиях, предусмотренных указанным решением» (где решение – это решение о реализации проекта, подготовленного инициатором проекта).

Ввиду этого при публикации неполного текста проекта соглашения возникает риск отмены процедуры заключения концессионного соглашения по решению антимонопольного органа.

Подобная ситуация рассматривалась арбитражным судом Красноярского края в деле

№ А33-34086/2019. В рамках данного дела администрация города Назарово предприняла попытку оспорить предупреждение Красноярского УФАС России, связанного с нарушениями, выявленными в ходе реализации сторонами процедуры частной концессионной инициативы. При публикации сообщения о приеме заявок на участие в конкурсе, по определению концессионера, по предложенному частным инвестором проекту администрацией был размещен неполный текст соглашения. Существенные условия проекта были извлечены из текста, что и послужило основанием для направления заинтересованными в участии в данном проекте лицами обращений в УФАС.

Предупреждение УФАС включало в себя два требования: об отмене всей процедуры, а также проведении процедуры частной концессионной инициативы заново (разместить готовый проект на сайте torgi.gov.ru целиком).

По результатам рассмотрения дела арбитражный суд отказал администрации города Назарово в удовлетворении требований об отмене предупреждения.

В то же время даже в случае наличия таких существенных обстоятельств, как необходимость исключения из проекта соглашения или включения в проект соглашения новых условий в связи с вновь открывшимися обстоятельствами (например, в случае изменения законодательства), законодательство в сфере регулирования концессионных и ГЧП соглашений не предусматривает возможности вернуть потенциальных участников концессии за стол переговоров, чтобы пересогласовать условия опубликованного соглашения.

Единственным доступным легитимным на настоящий момент инструментом для разрешения данной проблемы является отмена всей процедуры. На практике она (отмена) реализуется на основании решения Правительства Российской Федерации или уполномоченного им федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления.

При возникновении такой необходимости уполномоченный орган власти принимает постановление, в соответствии с которым решение о возможности заключения соглашения на предложенных инициатором условиях признается утратившим силу.

Именно таким образом были вынуждены, например, поступить стороны в проекте «Межмуниципальный мусоросортировочный комплекс по обращению с твердыми коммунальными отходами на территории Республики Мордовия»⁵.

По общему правилу изменение существенных условий соглашения необходимо согласовать с антимонопольным органом. Иные (несущественные) условия соглашения могут быть изменены по обоюдному согласию сторон без необходимости согласования с антимонопольным органом⁶.

⁵ См. <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=46384312&lotId=46384424&prevPageN=4>

⁶ Ч. 3.8 ст. 13 федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О концессионных соглашениях».

Однако на практике стороны изменяют соглашение и иные документы после того, как инициатива «отвисится» на сайте, при этом нередко согласовывают с антимонопольным органом все вносимые изменения, поскольку это позволяет минимизировать риск возникновения споров об их недействительности. Основания и порядок изменения существенных условий соглашения определены в постановлении Правительства Российской Федерации от 24.04.2014 № 368⁷. Перечень оснований является закрытым и существенно ограничивает возможности для внесения изменений. На практике чаще всего сторонами используется основание внесения изменений, связанное с изменением законодательства⁸.

3. ОБЖАЛОВАНИЕ ПРОЦЕДУРЫ ЧАСТНОЙ ИНИЦИАТИВЫ В ФАС РОССИИ

В связи с тем, что реализация частной инициативы может привести к организации конкурсных процедур по определению концессионера, возникает и вопрос о том, возможно ли обжаловать ее в антимонопольном органе по основаниям, изложенным в ст. 18.1 закона о защите конкуренции.

По данному вопросу ФАС России были представлены две позиции.

В письме ФАС России от 24 сентября 2019 г. № РП/83261/19 по вопросу применения ст. 18.1 закона о защите конкуренции при рассмотрении жалоб на частную инициативу была отражена следующая позиция:

«Положения законодательства о рассмотрении антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров к частной инициативе не применимы (ст. 18.1 закона о защите конкуренции). Вместе с тем в случае выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольным органом может быть выдано предупреждение».

Таким образом, при наличии в тексте проекта соглашения существенных недостатков предпочтительной будет полная отмена всей процедуры частной инициативы. Это позволит значительно снизить риск привлечения внимания антимонопольного органа. Несущественные изменения могут быть внесены в текст соглашения, однако такие изменения предпочтительно согласовывать с антимонопольными органами с целью минимизации риска нарушения законодательства в сфере защиты конкуренции.

При этом в своем письме от 28 августа 2020 г. № ИА/74481/20 ФАС России сформулировала принципиально иной подход в отношении обжалования частной инициативы, а именно:

«В случае обжалования не процедуры проведения торгов, а порядка заключения концессионного соглашения по инициативе потенциального инвестора до момента принятия решения о проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения или решения о заключении концессионного соглашения, такая жалоба должна быть рассмотрена на предмет наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства в возможно короткий срок, не превышающий срок для обжалования процедуры торгов на основании ст. 18.1 закона “О защите конкуренции”».

Если принимать во внимание обе позиции ФАС России и правовую неопределенность, которую они создают, то у лица, с которым заключат соглашение в порядке частной инициативы, существует риск признания соглашения недействительным при нарушении антимонопольных требований, а у третьих лиц

⁷ Постановление Правительства РФ от 24.04.2014 № 368 (ред. от 03.06.2019) «Об утверждении Правил предоставления антимонопольным органом согласия на изменение условий концессионного соглашения».

⁸ Там же п. 2 пп. «б».

присутствует гипотетическая возможность обратиться в ФАС России для обжалования данной процеду-

ры, и если в конкретном случае такая гипотеза не подтвердится, то возможность обращения в суд.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



В рамках вопроса, связанного с порядком обжалования процедур в рамках частной инициативы, мы предлагаем придерживаться более поздней трактовки ФАС России (письмо 28 августа 2020 г. № ИА/74481/20).

4. БЕЗДЕЙСТВИЕ СТОРОН ПО ОКОНЧАНИИ СРОКА НА ПОДАЧУ ЗАЯВОК НА УЧАСТИЕ В КОНКУРСЕ

В случае если в 45-дневный срок со дня публикации сообщения о принятии заявок на участие в конкурсе на заключение соглашения в отношении объекта, определенного в частной инициативе, никаких заявок не поступило, уполномоченный орган обязуется принять решение о заключении концессионного соглашения в тридцатидневный срок, а соглашения о ГЧП в срок, установленный самостоятельно уполномоченным на заключение соглашения органом.

Однако не редки ситуации, когда по истечении данного срока обе стороны не принимают никаких действий по заключению соглашения.

Вследствие определенных причин – например, существенном изменении обстоятельств или неготовности заключить соглашение на согласованных условиях – стороны могут принять решение «забросить» проект и, возможно, в дальнейшем предпринять новую попытку его согласования.

Это связано с тем, что законодательством не предусмотрен механизм отмены частной инициативы на данном этапе.

Положения 115-ФЗ и 224-ФЗ закрепляют лишь общую обязанность сторон подписать концессионное соглашение в пределах установленного срока (ч. 3 ст. 36 115-ФЗ; ч. 9 ст. 10 224-ФЗ).

За незаключение соглашения на данном этапе ни для частной, ни для публичной стороны не предусмо-

рено никаких мер ответственности.

Для сравнения можно рассмотреть положения 44-ФЗ. В ст. 54 44-ФЗ «Заключение контракта по результатам конкурса» содержатся императивные формулировки. Так, в ч. 7 ст. 54 указывается на обязанность заказчика подписать контракт с победителем конкурса: «В течение десяти дней с даты размещения в единой информационной системе протокола рассмотрения и оценки заявок на участие в конкурсе или при проведении закрытого конкурса с даты подписания такого протокола победитель конкурса обязан подписать контракт и представить все экземпляры контракта заказчику».

При этом также устанавливается, что в случае неподписания контракта заказчик признается уклонившимся от подписания. Победитель в конкурсе, в случае уклонения заказчика от подписания контракта, вправе обратиться в суд за возмещением убытков.

В отношении победителя конкурса также закреплено императивное требование о подписании им контракта со своей стороны, нарушение которого также расценивается в качестве основания для взыскания заказчиком в судебном порядке понесенных им убытков (ч. 3 ст. 54 44-ФЗ).

Данные примеры наглядно демонстрируют некоторые пробелы регулирования, существующие в сфере процедуры частной инициативы.

СПЕЦИФИЧЕСКИЕ УСЛОВИЯ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ/ СОГЛАШЕНИЯ О ГЧП В СФЕРЕ ИТ

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ

Подходы к созданию объекта ИТ

Для каждой модели (СГЧП и концессия) законодатель допускает возможность создания объекта ИТ путем как разработки новых, так и переработки (модификации) существующих объектов ИТ, а также их комбинации. При этом в законодательстве особо отмечается, что при исполнении соглашений могут быть использованы программы для ЭВМ или базы данных на основании открытой лицензии.

Особенности переработки (модификации) объекта ИТ

По общему правилу концедент и публичный партнер на момент заключения соглашения, должны обладать исключительным правом или правом использования на модифицируемый (перерабатываемый) объект ИТ в пределах, необходимых для исполнения соглашения. Более того, при переработке (модификации) существующих объектов ИТ, в отношении которых концедент или публичный партнер обладают исключительным правом, соглашение должно содержать в качестве существенного условия обязательства концессионера или частного партнера по изменению технических, и (или) экономических, и (или) организационных, и (или) иных решений, составляющих содержание объекта ИТ, в целях улуч-

шения характеристик и эксплуатационных свойств объекта соглашения.

В случае если для использования результата переработки (модификации) объекта ИТ, созданного по соглашению, необходимо согласие обладателя исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав существующего объекта ИТ, обязательным элементом соглашения является обязательство концедента и публичного партнера обеспечить получение такого согласия.

Концедент и публичный партнер также обязаны документально подтвердить факт приобретения прав на объект ИТ, входящий в состав объекта соглашения, у третьих лиц, если такой объект был приобретен (за исключением использования результатов интеллектуальной деятельности на условиях открытых лицензий).

Кроме того, на концеденте и публичном партнере лежит обязанность предоставления другой стороне средств законного устранения ограничений использования результатов интеллектуальной деятельности, установленных путем применения средств защиты авторских и смежных прав, если такие средства используются в перерабатываемых (модифицируемых) объектах ИТ.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Предусмотреть в соглашении условия, в соответствии с которыми в случае выявления частной стороной при передаче такой стороне существующего объекта соглашения для модификации (переработки) отсутствующих элементов объекта соглашения (как в части кода, так и в части документации) или элементов, в отношении которых у публичной стороны отсутствуют надлежащим образом оформленные права, концессионер вправе осуществить восстановление таких элементов или приобрести необходимые права с возмещением расходов за счет публичной стороны на осуществление таких действий.

Личные неимущественные права

Законодатель также уделяет внимание и личным неимущественным правам. Так, в число существенных условий соглашений включается обязательства сторон при передаче исключительного права и (или) права использования объекта ИТ, входящего

в состав объекта соглашения, по предоставлению информации об авторах, участвовавших в создании такого объекта, за исключением случаев использования правообладателем произведения анонимно (без указания авторов).

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Предусматривать при оформлении договорных отношений с авторами-разработчиками и подрядчиками максимальное использование правообладателем произведения анонимно (без указания авторства).

Государственная регистрация

Существенным условием соглашений также является обязательство концессионера и частного партнера по осуществлению государственной регистрации созданного объекта ИТ в случаях, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации. В то же время следует учитывать, что Гражданский кодекс Российской Федерации не предусматривает обязательной регистрации программ для ЭВМ и баз данных – такая регистрация осуществляется по усмотрению правообладателя (ст. 1262, Гражданский кодекс Российской Федерации). При этом переход исключительного права на зарегистрированные программу для ЭВМ или базу данных к другому лицу по договору или без договора подлежит государственной регистрации.

Обременения правами третьих лиц

Законодатель отходит от общего правила для концессионных соглашений, согласно которому объект концессионного соглашения не должен быть обременен правами третьих лиц (ч. 2 ст. 14 115-ФЗ) и устанавливает общую норму, как для концессионных соглашений, так и соглашений о ГЧП. В данном случае объекты ИТ и (или) технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ, являющиеся объектом соглашения, могут быть обременены правами иных лиц, выступающих на стороне концедента или публичного партнера, на момент их передачи соответственно концессионеру или частному партнеру. В указанном случае существенным условием соглашения является порядок совместного использования таких объектов концессионером или частным партнером и иными лицами, выступающими на стороне концедента или публичного партнера. Это означает, что такие обременения могут быть сохранены на весь срок действия соглашения.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



При структурировании условий соглашения особое внимание обратить на распределение функций по эксплуатации как существующего, так и создаваемого объекта между частной стороной и публичной стороной, поскольку часть функций и, как следствие, полномочий может быть сохранена за публичной стороной (государственными органами или подведомственными им организациями).

Иные объекты

В 115-ФЗ и 224-ФЗ отдельно для соглашений в отношении объектов ИТ выделяется категория иных предоставляемых по соглашению объектов. Под ними понимаются права использования результатов интеллектуальной деятельности и (или) средств индивидуализации, исключительные права на которые или права использования которых принадлежат концеденту или публичному партнеру, которые образуют единое целое с объектом ИТ (в том числе входят в состав сложного объекта) и (или) предназначены для использования в целях осуществления концессионером или частным партнером деятельности, предусмотренной соглашением.

Такие права концедент или публичный партнер могут предоставить концессионеру или частному партнеру на основании безвозмездного лицензионного договора и (или) сублицензионного договора. Соответствующие объекты должны быть идентифицируемыми, и сведения о них, в том числе их технико-экономические показатели, а также функциональные, технические и эксплуатационные характеристики, в объеме достаточном для их индивидуализации, являются существенными условиями соглашения.

Кроме того, соглашения могут быть структурированы таким образом, что часть создаваемых концессионером или частным партнером объектов ИТ и иного имущества по соглашению не будут включены в объект соглашения, и тем самым исключительные права на них будут сохраняться соответственно за такими концессионером или частным партнером, если иное не определено соглашением. Это также относится к обязательственным правам, например, праву администрирования доменного имени или правам из договора сервисного обслуживания. Соответственно, с учетом особенностей объекта, его эксплуатации в соглашении целесообразно особое внимание обратить на вопросы уступки прав по соответствующим договорным обязательствам и (или) передаче договоров в соответствии со ст. 392.3 ГК РФ.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Кроме определения иных предоставляемых по соглашению объектов, также может возникнуть необходимость урегулирования в соглашении возможности создания концессионером и других объектов, взаимодействующих с объектом соглашения. Например, программно-техническое обеспечение коммерческой деятельности концессионера с использованием информации, содержащейся в объекте соглашения, может быть выведено в отдельную информационную систему, не входящую в состав объекта соглашения.

ВОПРОСЫ ПЕРЕДАЧИ ПРАВ НА РИД

Вопросы распределения и передачи прав на РИД – одни из ключевых вопросов любого соглашения о ГЧП и концессионного соглашения в сфере ИТ. Стартовая позиция многих проектов – частная сторона хочет оставить все права за собой. Публичная – за собой, особенно если создается или модернизируется ГИС, и в проекте предусмотрено бюджетное финансирование.

I. КОНЦЕССИОННОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Приобретение исключительных прав концедентом

Концессионная модель в отношении распределения прав на объекты ИТ придерживается общего подхода, предусмотренного законодателем и для иных объектов концессионных соглашений, при котором правообладателем является концедент. В данном случае это означает, что исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав объекта концессионного соглашения, принадлежат концеденту и приобретаются им в момент создания таких результатов.

В настоящем разделе мы расскажем о выработанных на практике подходах к распределению прав на РИД отдельно для концессионного соглашения и для СГЧП.

Сохранение исключительного права за концессионером или третьими лицами

Вместе с тем в отличие от классической концессии, при которой в составе объекта соглашения не выделяются составляющие, право собственности на которые сохраняется за концессионером, для объектов ИТ предусмотрено исключение. Так, концессионным соглашением может быть предусмотрено, что в отношении отдельных результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав объекта концессионного соглашения, концедент приобретает права использования указанных результатов на условиях, установленных концессионным соглашением. Иными словами, часть исключительных прав на составляющие объекта соглашения может сохраниться за концессионером или же за другими лицами (например, это может касаться системного программного обеспечения, систем управления базами данных, сторонних приложений, пользовательского контента).

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Поскольку на момент заключения концессионного соглашения стороны не всегда могут определить состав элементов объекта соглашения, в отношении которых у концедента не возникает исключительное право, рекомендуется предусматривать в соглашении возможность определения (уточнения состава) таких элементов при разработке технического задания на создание (развитие) объекта и(или) разработке документации при условии, что такая документация будет утверждена публичной стороной.

Особенности переработки (модификации) объекта ИТ

Поскольку объект концессионного соглашения может быть создан как путем разработки нового объекта ИТ, так и путем модификации (переработки) существующего объекта, то законодатель отдельное внимание уделяет вопросу наличия необходимых прав для осуществления такой модификации (переработки).

Так, концессионеру может быть предоставлено право приобрести необходимые права самостоятельно, а также право использования существующих результатов интеллектуальной деятельности, права на которые принадлежат концессионеру на момент заключения концессионного соглашения, и право своими силами и за свой счет приобрести права на объекты ИТ и технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ. Такие объекты ИТ и технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ могут входить в состав объекта концессионного соглашения.

Переход прав на объект ИТ к другому правообладателю не является основанием для изменения или прекращения концессионного соглашения.

Предоставление концессионеру прав использования объектов ИТ

Предоставление концедентом концессионеру прав использования объектов ИТ осуществляется на основании лицензионного и (или) сублицензионного договоров. Такие договоры могут заключаться и оформляться как в виде отдельных документов, подписываемых сторонами, так и в виде условий соответствующих договоров, изложенных непосредственно в тексте концессионного соглашения или же приложений к нему.

В общем случае концедент обязан предоставить в установленный концессионным соглашением срок концессионеру предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением:

- права использования объектов ИТ на основании лицензионных и (или) сублицензионных договоров;
- права использования иных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, предназначенных для осуществления деятельности концессионера, предусмотренной концессионным соглашением;
- информацию в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, полученную при осуществлении деятельности в соответствии с концессионным соглашением и необходимую для реализации прав и обязанностей концессионера;
- средства законного устранения ограничений использования результатов интеллектуальной деятельности, установленных путем применения средств защиты авторских и смежных прав, если такие средства используются.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



В случае если форма лицензионного (сублицензионного) договора прилагается к соглашению, рекомендуется указывать на ее примерный характер либо вместо формы прилагать основные условия такого договора.

II. СОГЛАШЕНИЕ О ГЧП

Заключение соглашения без проведения конкурса

Важным отличием концессионных соглашений от соглашений о ГЧП является то обстоятельство, что концессионные соглашения могут быть заключены без проведения конкурса на основании решения Правительства Российской Федерации. Для соглашения о ГЧП такая возможность не предусмотрена.

Вместе с тем ч. 5 ст. 19 224-ФЗ позволяет заключить СГЧП без проведения конкурса с организацией, которой в случаях и на основаниях, определенных федеральным законом или актом Правительства Российской Федерации, на срок до заключения СГЧП переданы на основании договора об отчуждении исключительного права или предоставлены на основании соглашения (соглашений) права использования программ для ЭВМ и баз данных, входящих в состав информационной системы, а также передана информация, входящая в ее состав.

При этом данное положение уже нашло практическое применение при заключении первого СГЧП в сфере ИТ, для которого непосредственно 173-ФЗ было предусмотрено безвозмездное предоставление организации ООО «Оператор-ЦРПТ» на срок до заключения соглашения о государственно-частном партнерстве, объектом которого является информационная система, в которой осуществляется информационное обеспечение маркировки отдельных видов товаров и мониторинга их оборота, права использования программ для электронно-вычислительных машин (программ для ЭВМ) и баз данных, входящих в состав такой информационной системы, а также информации, входящей в ее состав.

Приобретение исключительных прав частным партнером

В отличие от классической модели ГЧП, предусмотренной в 224-ФЗ для традиционных объектов соглашения, при которой частный партнер приобретает право собственности в отношении таких объектов, в законе о ГЧП не дается четкого указания на распреде-

ление исключительного права на объекты ИТ между частным партнером и публичным партнером.

В ч. 1 ст. 331 закона о ГЧП указывается, что публичный партнер обязуется предоставить или обеспечить предоставление частному партнеру права использования результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав объекта ИТ, но не исключительного права. В то же время, исходя из толкования других положений 224-ФЗ, следует, что приобретение исключительного права частным партнером на создаваемый объект ИТ не только допускается, но и является основным подходом к структурированию распределения исключительных прав по соглашениям о ГЧП в отношении объектов ИТ. При этом ч. 2

ст. 332 закона о ГЧП относит к одному из существенных условий соглашений о ГЧП условия возникновения исключительного права частного партнера на созданный объект ИТ, входящий в состав объекта соглашения.

Отчуждение исключительных прав публичному партнеру

В 224-ФЗ указывается, что элементом соглашения может являться наличие у частного партнера обязательства по отчуждению публичному партнеру исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав созданного объекта ИТ, и (или) предоставлению публичному партнеру прав использования результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав созданного объекта по истечении определенного соглашением срока, но не позднее дня прекращения соглашения. Поскольку произвести отчуждение исключительного права на соответствующие результаты может только правообладатель, то из указанного положения 224-ФЗ с необходимостью следует, что обладателем исключительного права на объект ИТ в составе объекта соглашения выступает именно частный партнер.

Данный элемент соглашения становится обязательным в случае, если объем финансирования публичным партнером создания объекта соглашения, включающего в

себя объекты ИТ и (или) технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ, либо рыночная стоимость передаваемых публичным партнером частному партнеру по соглашению исключительных прав на такие объекты и прав на технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ в совокупности превышают объем финансирования создания объекта соглашения частным партнером.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



В случае если исключительное право на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности отчуждаются публичному партнеру при прекращении соглашения о ГЧП, стороны также могут предусмотреть в соглашении о ГЧП условие о заключении сторонами лицензионного договора, по которому право использования таких результатов предоставляется частному партнеру.

Особенности переработки (модификации) объекта ИТ

В случае переработки (модификации) объекта ИТ, входящего в состав объекта соглашения, частный партнер приобретает исключительное право на переработанный (модифицированный) объект ИТ при условии соблюдения исключительных прав других лиц на результаты интеллектуальной деятельности, использованные для переработки (модификации) объекта информационных технологий. В данном случае исключительное право частного партнера на созданный объект ИТ и иные связанные с ним результаты интеллектуальной деятельности приобретает частным партнером в момент создания таких объектов и охраняется, независимо от исключительного права публичного партнера и других лиц на результаты интеллектуальной деятельности, использованные для создания, переработанного (модифицированного) объекта ИТ.

В этой связи к обязательным элементам соглашения о ГЧП законодатель относит предоставление или обеспечение предоставления публичным партнером частному партнеру прав использования результатов интеллектуальной деятельности, использование которых необходимо для создания объекта соглашения в порядке и на условиях, которые установлены соглашением, при соблюдении требований 224-ФЗ.

Таким образом, в законодательстве о ГЧП предусмотрена зависимость распределения прав собственности на объект соглашения о ГЧП от соотношения объема финансового участия публичного партнера и частного партнера, которая спроецирована на распределение исключительного права.

Более того, если публичный партнер не обладает исключительным правом на объект ИТ, в отношении которого публичному партнеру направлено предложение о реализации проекта ГЧП, или правом его использования в пределах, необходимых для заключения и исполнения соглашения, то публичный партнер принимает решение о невозможности реализации проекта ГЧП в отношении объектов ИТ, технических средств обеспечения функционирования объектов ИТ.

Права публичного партнера после прекращения СГЧП

Возможность использования публичным партнером объекта ИТ после прекращения соглашения о ГЧП обеспечивается законодателем с использованием механизма лицензионного договора. В тех случаях, когда исключительное право на объект ИТ принадлежит частному партнеру, публичный партнер вправе использовать такой объект ИТ в целях, для достижения которых было заключено соглашение, на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия такого исключительного права.

Наряду с иными способами использования объекта ИТ в такой лицензии следует предусматривать также предоставление права использования путем пере-

работки (модификации) объекта ИТ, а также возможность выдачи лицензий публичным партнером.

Соглашением может быть предусмотрен и иной порядок распределения исключительного права на переработанный (модифицированный) объект ИТ.

Распределение прав на компоненты

224-ФЗ предусматривает гибкие возможности в отношении принадлежности прав на компоненты, которые используются для создания объекта ИТ в составе объекта соглашения. Соглашением может быть предусмотрено, что:

- частный партнер вправе использовать существующие результаты интеллектуальной деятельности, права на которые принадлежат частному партнеру на момент заключения соглашения;
- частный партнер вправе своими силами и за свой счет приобрести необходимые права на существующие объекты ИТ;
- такие объекты ИТ и технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ входят в состав объекта соглашения.

ВОПРОСЫ ОБРАБОТКИ ИНФОРМАЦИИ

Вопросы обработки информации актуальны в первую очередь для проектов, в рамках которых создаются и (или) развиваются государственные и иные информационные системы.

Установление требований к организациям и гражданам о предоставлении информации в обязательном порядке является исключительной прерогативой фе-

Отчуждение исключительного права частным партнером

Законодатель допускает отчуждение частным партнером исключительного права на объект ИТ, входящий в состав объекта соглашения, до истечения срока действия соглашения. Такое отчуждение допускается только при наличии согласия в письменной форме публичного партнера. Сделки, заключенные в нарушение данного требования ничтожны.

В случае замены частного партнера исключительные права на объекты ИТ, входящие в состав объекта соглашения, переходят к новому частному партнеру с момента такой замены.

Законодатель отдельно не регламентирует возможность распоряжения частным партнером исключительным правом путем предоставления прав использования на объекты ИТ третьих лиц. В этой связи предоставление соответствующих лицензий будет осуществляться по усмотрению частного партнера, если иное не определено соглашением о ГЧП (например, необходимость согласования таких сделок с публичным партнером).

деральных органов государственной власти. Согласно ч. 4 ст. 14 закона об информации перечни видов информации, предоставляемой в обязательном порядке, устанавливаются федеральными законами, условия ее предоставления – Правительством Российской Федерации или соответствующими государственными органами, если иное не предусмотрено федеральными законами.

NB! В соответствии со ст. 14 закона об информации ГИС создаются и эксплуатируются на основе статистической и иной документированной информации, предоставляемой гражданами (физическими лицами), организациями, государственными органами, органами местного самоуправления.

В этой связи формирование баз данных региональных ГИС возможно либо путем получения от организаций и граждан информации, предоставляемой в добровольном порядке, в том числе при оказании государственных услуг и исполнении государственных функций, либо в рамках межведомственного информационного взаимодействия, либо иными способами, не противоречащими законодательству.

Вопросы, связанные с обработкой и обеспечением доступа к информации, содержащейся в информационной системе, в том числе информации ограниченного доступа, являются одними из наиболее чувствительных для принятия решения о реализации проекта ГЧП в сфере ИТ и его конфигурации. Обязательство концессионера и частного партнера по соблюдению установленных законодательством Российской Федерации требований к обработке персональных данных, информации ограниченного доступа включается в соответствующее соглашение.

Согласно ч. 5 ст. 532 115-ФЗ концессионер вправе использовать информационные системы или совокупность информационных систем, в состав которых входят объекты ИТ, являющиеся объектами концессионного соглашения, для осуществления предпринимательской и иной деятельности, предусмотренной концессионным соглашением. Аналогичной прямой нормы в 224-ФЗ не предусмотрено, но исходя из системного толкования его положений, можно прийти к выводу о наличии таких же прав и у частного партнера.

К информации ограниченного доступа относятся различные категории тайн, под которыми следует понимать правовой режим информации, который может быть установлен федеральным законом, либо самим обладателем информации, в том числе в рамках соглашения с другими лицами. В современном законодательстве определено более 40 различных

тайн, в том числе государственная, коммерческая, служебная. К информации ограниченного доступа также относятся персональные данные и иная информация, доступ к которой ограничен федеральными законами. Правовой режим иной информации, содержащейся в системе и не являющейся общедоступной или же информацией ограниченного доступа в соответствии с федеральными законами, определяется соглашением.

Следует подчеркнуть, что законодатель не предусматривает статуса «собственника» или «владельца» информацией и данными. Также не соответствующей законодательству является конструкция «исключительные права на информацию/данные» или «право собственности на данные».

В отношении информации статьей 6 закона об информации предусмотрены права обладателя информации, которым может быть гражданин (физическое лицо), юридическое лицо, Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование.

Как правило, обладателем информации в ГИС и иных информационных системах государственных органов выступает Российская Федерация или субъект Российской Федерации, от имени которых правомочия обладателя информации осуществляют государственные органы в пределах их полномочий, установленных соответствующими нормативными правовыми актами.

При этом выступая от имени обладателя информации, государственные органы могут разрешать осуществление тех или иных действий с информацией, содержащейся в ГИС, другим лицам, в том числе концессионеру или частному партнеру в рамках соответствующих соглашений.

NB! Будучи оператором ГИС, концессионер или частный партнер, получает прямой доступ ко всей информации, содержащейся в таких системах, и может оказывать различные услуги с ее использованием, начиная от ее хранения и предоставления доступа к ней, и заканчивая подготовкой и реализацией различных информационно-аналитических услуг в пределах, установленных законодательством и соглашением.

Не все вопросы обработки информации, содержащейся в информационных системах и иных объектах ИТ, урегулированы в законодательстве. В этой связи на усмотрение сторон концессионного соглашения или СГЧП остаются различные вопросы, связанные с процессом обработки данных. Они могут быть решены в рамках регламента эксплуатации объекта ИТ или же в рамках отдельного регламента обработки данных, являющихся приложениями к концессионному соглашению или соглашению о ГЧП. Данные вопросы охватывают в том числе:

- сбор (создание) данных;
- предоставление данных другими лицами для включения в объект ИТ;
- включение информации в базу данных;
- хранение информации в базах данных, в том числе резервное;
- использование данных для оказания услуг;
- обеспечение доступа к информации;
- предоставление информации;
- распространение информации;
- обезличивание информации;
- удаление информации;
- изменение информации в базах данных;
- защита информации;
- обеспечение юридической значимости.

ВОПРОСЫ СОЗДАНИЯ, ЭКСПЛУАТАЦИИ, РАЗВИТИЯ ГИС

Основы правового режима ГИС определены в законе об информации. Государственные органы в соответствии со своими полномочиями создают информационные системы и обеспечивают доступ к содержащейся в них информации на русском языке и государственном языке соответствующей республики в составе Российской Федерации.

Под ГИС понимаются федеральные ГИС и региональные ГИС, созданные на основании соответственно федеральных законов, законов субъектов Российской Федерации, на основании правовых актов государственных органов. Принадлежность прав собственности или исключительных прав на компоненты информационной системы не влияет на ее статус как государственной. Согласно ч. 1 ст. 14 закона об информации, ГИС создаются в целях реализации полномочий государственных органов и обеспечения обмена информацией между этими ор-

ганами, а также в иных установленных федеральными законами целях.

Государственные органы, определенные в соответствии с нормативным правовым актом, регламентирующие функционирование ГИС, обязаны обеспечить: достоверность и актуальность информации, содержащейся в данной информационной системе, доступ к указанной информации в случаях и в порядке, предусмотренных законодательством, а также защите указанной информации.

В случае создания или модернизации ГИС на основании концессионного соглашения или соглашения о ГЧП, функции оператора данной системы в пределах, в объемах и в сроки, которые предусмотрены соответствующим соглашением, осуществляются концессионером или частным партнером.

ВВ! 173-ФЗ внес уточнения в 149-ФЗ, указав на то, что ГИС создаются, модернизируются и эксплуатируются с учетом требований, предусмотренных не только законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, но и также законодательством Российской Федерации о ГЧП/МЧП, законодательством о концессионных соглашениях.

Под оператором информационной системы понимается гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных. То есть осуществление эксплуатации является ключевой функцией оператора.

При этом закон об информации функции по созданию и развитию ГИС на оператора не возлагает. Как правило, данные функции возлагаются на уполномоченные государственные органы правовыми актами, которыми принимаются решения о создании государственной информационной системы.

В результате существует правовая неопределенность относительно того, достаточно ли положений ч. 51 ст. 14 закона об информации для создания ГИС в соответствии с законодательством Российской Федерации о ГЧП/МЧП, законодательством о концессионных соглашениях, или же то обстоятельство, что такая система создается и развивается не уполномоченным государственным органом, а концессионером или частным партнером, необходимо прямо указывать в решении о создании ГИС.

Поскольку не все вопросы создания, развития и эксплуатации информационных систем урегулированы в законодательстве, то на усмотрение сторон концессионного соглашения или соглашения о ГЧП остаются различные вопросы, связанные с обеспечением жизненного цикла таких систем. Они могут быть решены в рамках требований к их созданию, развитию, эксплуатации, порядку приемки объекта соглашения, утверждаемых в качестве приложений к концессионному соглашению или соглашению о ГЧП, а также в рамках различных регламентов взаимодействия концессионера (частного партнера) и иных участников таких систем. При этом следует учитывать, что концессионное соглашение и соглашение о ГЧП являются сделками, в которых участвует ограниченный состав субъектов. В этой связи такими регламентами могут устанавливаться права и обязанности сторон соглашений в рамках взаимодействия, но в то же время такими соглашениями, правами и обязанностями нельзя наделить других лиц, в том числе получателей услуг или респонден-

тов системы.

У публичной стороны остаются возможности по созданию и развитию отдельных информационных систем на основании соглашения о ГЧП или концессионного соглашения, без присвоения им статуса государственных, что существенно снижает объем распространяемых на них требований, в том числе обеспечивает:

1. сокращение расходов на создание, ввод в эксплуатацию и эксплуатацию информационной системы в связи с нераспространением на информационную систему требований, которые установлены для ГИС, в том числе:

- необходимости разработки концепции создания ГИС;
- необходимости согласования модели угроз безопасности информации с ФСБ России и ФСТЭК России;
- необходимости согласования технического задания на создание системы с ФСБ России и ФСТЭК России и – в отдельных случаях – с Минцифры России;
- необходимости аттестации системы по требованиям защиты информации, в результате которых в установленных законодательством Российской Федерации случаях подтверждается соответствие защиты информации, содержащейся в системе, требованиям, предусмотренным законодательством Российской Федерации об информации, информационных технологиях и о защите информации;
- необходимости размещения технических средств информационной системы на территории Российской Федерации;
- иных требований, предъявляемых к порядку создания, развития, ввода в эксплуатацию, эксплуатации и вывода из эксплуатации государственных информационных систем, дальнейшего хранения содержащейся в их базах данных информации, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 6.07.2015 № 676;
- необходимости обеспечивать размещение общедоступной информации, предусмотренной перечнями, утверждаемыми в соответствии со статьей 14 федерального закона от 9.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», в сети «Интернет» в форме открытых данных;

- необходимости разработки и утверждения организационно-распорядительных документов, определяющих мероприятия по защите информации в ходе эксплуатации системы, разработка которых предусмотрена нормативными правовыми актами и методическими документами ФСБ России и ФСТЭК России, а также национальными стандартами в области защиты информации;
 - необходимости соблюдения правил осуществления контроля за размещением технических средств информационных систем, используемых государственными органами, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными унитарными предприятиями, государственными и муниципальными учреждениями, на территории Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 6.07.2015 № 675;
- 2. минимизацию рисков предъявления дополнительных требований к эксплуатации информационной системы по сравнению с аналогичными рисками для государственной информационной системы, в том числе:**
- установление требований о том, что доступ с использованием сети «Интернет» к информации, содержащейся в государственной информационной системе, предоставляется исключительно пользователям информации, прошедшим авторизацию в единой системе идентификации и аутентификации;
 - вмешательства государственных органов в вопросы обеспечения достоверности и актуальности информации, содержащейся в ГИС, регулирования доступа к указанной информации, а также защиты указанной информации от неправомерных доступа, уничтожения, модифицирования, блокирования, копирования, предоставления, распространения и иных неправомерных действий в связи с тем, что информация, содержащаяся в ГИС, является официальной;
- 3. минимизацию рисков передачи исключительного права на объекты информационных технологий в составе информационной системы публичной стороне по сравнению с аналогичными рисками для ГИС. В отношении ГИС существует риск пересмотра распределения исключительных прав между частной стороной и публичной стороной в пользу последней;**
- 4. минимизацию рисков ограничения возможности осуществления предпринимательской деятельности с использованием информационной системы по сравнению с аналогичными рисками при использовании ГИС, в том числе связанных с обработкой информации, содержащихся в ее базах данных.**

В таблице 2 приведено сравнение ГИС и ИС.

Таблица 2. Сравнение ГИС и ИС

| Критерий | ИС | ГИС |
|--|---|---|
| Нормативная правовая база о соответствующей системе | Позволяет исключить или снизить необходимость разработки и принятия нормативных правовых актов, определяющих правовой режим системы на различных этапах ее жизненного цикла, что является необходимым для ГИС | Требует нормативное правовое обеспечение на протяжении всего жизненного цикла |

| Критерий | ИС | ГИС |
|--------------------------------------|---|--|
| Цели создания системы | Любые, не противоречащие законодательству цели | ГИС создаются в целях реализации полномочий государственных органов и обеспечения обмена информацией между этими органами, а также в иных установленных федеральными законами целях (часть 1 статьи 14 149-ФЗ) |
| Практическая целесообразность | Предъявляется меньше требований в части защиты информации, размещения технических средств информационной системы на территории Российской Федерации и т. д. | Более широкие возможности для взаимодействия с другими ГИС, нежели для иных ИС |
| Политическая целесообразность | Меньше рисков изменения правил игры, замены концессионера, политических рисков | Выше доверие к ГИС и ее оператору, в том числе может быть необходимым для предоставления публичных услуг |

ВОПРОСЫ МОНЕТИЗАЦИИ

Государство в редких случаях способно быть эффективным предпринимателем. Для реализации коммерчески эффективных проектов необходим частный оператор-инвестор.

По этой причине существующие ГИС, реестры, а равно официальные сайты, как правило, не задействуют весь потенциал указанных ресурсов как в части вовлечения в оборот государственных данных, так и в части возможных платных и бесплатных сервисов для бизнеса и граждан.

Однако создание, эксплуатация и развитие ГИС и иных объектов ИТ частными операторами должны осуществляться в целях не только оптимизации существующего кода и бизнес-процессов – за счет технологических инноваций (хотя это тоже важно), но для придания им нового качества, новых возможностей и сервисов.

По этой причине создание цифровых государственных платформ для перекачки так называемых «сырых» данных из существующих ГИС и оказания за плату услуг с их использованием по результатам их обезличивания как единственной обработки без глубокой аналитики данных – следовало бы признать негативными перспективами. Основное внимание в таких проектах следует уделить созданию дополнительной ценности.

Ценность увеличивается за счет обеспечения взаимодействия различных ГИС и иных объектов ИТ, их интеллектуальной аналитической обработки, на базе которых могут создаваться новые аналитические дата-сети и суперсервисы. Такое взаимодействие также в перспективе может существенно упростить заявительный порядок реализации бизнес-процессов за счет использования уже имеющихся в системах данных и документов автоматической подгрузки данных.

Основное преимущество проектов ГЧП в отношении ГИС по сравнению с закупкой их создания, развития и эксплуатации в рамках 44-ФЗ является возможность снижения нагрузки на бюджеты различного уровня и повышения эффективности эксплуатации систем путем их коммерциализации за счет использования содержащихся в них данных и оказания на их базе различных услуг (см. таблицу 5). В этой связи 173-ФЗ меняет парадигму информатизации в условиях цифровой экономики, при которой ранее известная и распространенная в частном секторе модель «программное обеспечение как услуга» (SaaS) трансформируется в государственном секторе в модель «государственная информационная система как услуга» (GISaaS).

При этом можно выделить два подхода к реализации модели GISaaS в рамках ГЧП. Первый – это собственно модель GISaaS, который охватывает базовый набор услуг, которые при прочих равных являлись бы государственными и оказывались с использованием ГИС государственными органами или подведомственными им организациями. Второй – модель GISaaS+, при которой концессионер или частный партнер, наряду с базовым набором услуг, вправе осуществлять обработку данных, оказывать и иные услуги с использованием данных, программных сервисов и технических средств в составе ГИС или иных объектов по концессионному соглашению или соглашению о ГЧП.



КОНТРОЛЬ ПУБЛИЧНОЙ СТОРОНЫ. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАКТИКА

Контроль публичной стороны за реализацией проекта регламентирован ст. 9 115-ФЗ и ст. 14 224-ФЗ. В целом оба данных закона содержат аналогичные положения о контроле. Эти положения содержат лишь самые общие принципы осуществления контроля. Приведем некоторые из них.

Контроль публичной стороны за реализацией проекта осуществляется органами или юридическими лицами в лице их представителей, которые на основании соглашения имеют право беспрепятственного доступа на объект соглашения, а также к документации, относящейся к осуществлению деятельности, предусмотренной соглашением.

Лица, осуществляющие контроль, не вправе:

- вмешиваться в осуществление хозяйственной деятельности частной стороны;
- разглашать сведения, отнесенные соглашением к сведениям конфиденциального характера или являющиеся коммерческой тайной.

При этом порядок осуществления концедентом контроля за соблюдением концессионером условий концессионного соглашения устанавливается концессионным соглашением. В отношении контроля за реализацией СГЧП/СМЧП публичным партнером приняты отдельные правила⁹.

Результаты осуществления контроля за соблюдением условий соглашения оформляются актом о результатах контроля.

По общему правилу акт о результатах контроля подлежит размещению на официальном сайте публичной стороны. Доступ к акту обеспечивается в течение срока действия соглашения и после дня окончания его срока действия в течение трех лет.

Правилами осуществления контроля публичным партнером (в соответствии с ПП № 1490) дополнительно установлено, что публичный партнер вправе привлекать экспертные организации для участия в осуществлении контроля за исполнением соглашения в качестве контролирующих лиц, действующих от имени публичного партнера.

Контроль за исполнением соглашения осуществляется на основании плана, утверждаемого публичным партнером, посредством проведения плановых контрольных мероприятий на каждом этапе реализации соглашения не реже одного раза в квартал календарного года. Правилами предусмотрены также случаи проведения внеплановых контрольных мероприятий, установлено, какие параметры соглашения контролируются на каждом из контролируемых этапов реализации проекта (укрупненно).

Так, публичный партнер осуществляет контроль за исполнением соглашения, в том числе за соблюдением обязательств частного партнера:

- по созданию объекта (объектов) соглашения в объеме, предусмотренном соглашением, включая сроки создания объекта соглашения;
- по обеспечению соответствия технико-экономических показателей создаваемого объекта соглашения предусмотренным соглашением технико-экономическим показателям – на этапе строительства и (или) реконструкции объекта соглашения;
- по осуществлению полного или частичного финансирования строительства и (или) реконструкции объекта соглашения и (либо) эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта соглашения;
- по обеспечению соответствия технико-экономических показателей созданного объекта соглашения предусмотренным соглашением технико-экономическим показателям – на этапе эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта соглашения;

⁹ Постановление Правительства РФ от 30.12.2015 № 1490 «Об осуществлении публичным партнером контроля за исполнением соглашения о государственно-частном партнерстве и соглашения о муниципально-частном партнерстве».

- по эксплуатации и (или) техническому обслуживанию объекта соглашения в соответствии с целями, предусмотренными соглашением;
- по достижению результатов, предусмотренных соглашением и законодательством Российской Федерации, в том числе значений критериев эффективности проекта и показателей его сравнительного преимущества, на основании которых получено положительное заключение уполномоченного органа;
- по передаче объекта соглашения в собственность публичного партнера (если предусмотрено соглашением), в том числе по осуществлению регистрации права собственности публичного партнера на объект соглашения, если соглашением предусмотрено указанное обязательство частного партнера;
- по целевому использованию земельного участка, лесного участка, водного объекта и участка недр, а также технологически связанного с ними движимого и недвижимого имущества, если такие участки, объекты и имущество предоставлены частному партнеру по соглашению.

Правилами устанавливается содержание акта о результатах контроля, а также регулируются некоторые другие вопросы.

Отметим, что отдельно на практике стороны согласуют более глубокие и подробные либо порядок осуществления контрольных мероприятий, либо методику контроля, где детально прописываются все контролируемые параметры и сроки. Этот документ ссылается на различные разделы соглашения (особые обстоятельства, форс-мажор, расторжение соглашения), также он описывает, какими средствами публичная сторона будет осуществлять контрольные мероприятия, с какой частотой, как частная сторона участвует в проводимых мероприятиях. Чаще всего его принимают либо в форме ведомственного нормативного акта, либо в форме приложения к соглашению, которое может подписываться не в момент подписания соглашения, а позднее.

ТЕХНИЧЕСКИЙ ЭКСПЕРТ И ТЕХНИЧЕСКИЙ МОНИТОР. РОЛИ И ОТЛИЧИЯ В КОНЦЕССИОННЫХ И ГЧП-ПРОЕКТАХ В СФЕРЕ ИТ

Законом о концессионных соглашениях и законом о соглашениях о ГЧП прямо не регулируется вопрос привлечения технического эксперта или технического монитора.

При этом технический эксперт привлекается как для проектов в форме концессий, так и СГЧП не только в сфере информационных технологий. Это связано с тем, что обычно подобные проекты делаются под ключ и включают весь жизненный цикл проекта.

Совершенно иным образом обстоит ситуация с техническим монитором. Это специальный вид технического эксперта, который привлекается для проектов в сфере информационных технологий. Опыт его участия в проектах в форме концессий и соглашений о ГЧП перенят из проектов в форме государственных закупок.

Технический монитор – это дополнительный независимый экспертный орган. В настоящем разделе описаны оба института (технический эксперт и технический монитор), раскрыты отличия в их функционале.

Технический эксперт

На практике нами применяется следующее определение технического эксперта. Лицо, привлекаемое концессионером в целях осуществления функций эксперта по техническим вопросам и спорам в рамках проекта.

Определение и заключение соглашения с техническим экспертом обычно должно происходить с учетом интересов обеих сторон.

На технического эксперта можно возложить следующие функции:

- разрешение споров;
- выдача заключений технического эксперта на проект технического задания на создание (развитие), проект частного технического задания на создание (развитие), на проект технического задания на эксплуатацию, проект частного технического задания на эксплуатацию;
- выдача заключений технического эксперта на документацию на создание (развитие), порядок технического сопровождения и обслуживания, в том числе в целях обоснования стоимости создания (развития), эксплуатации объекта соглашения;
- выдача заключений технического эксперта на предлагаемые стороной изменения технических требований;
- выдача заключения технического эксперта о стоимости исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в составе информационной системы специальных сервисов;
- выдача заключений технического эксперта на протоколы приемки, отчеты концессионера за отчетный период;
- подготовка по запросам сторон справочной и аналитической информации о выполнении требований по осуществлению мероприятий по созданию, раз-

витию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, и полученных результатах в рамках реализации соглашения, предусмотренных соглашением, требований к соблюдению графика исполнения обязательств по соглашению;

- подготовка по запросам сторон справочной и аналитической информации по любым техническим вопросам в рамках проекта;
- осуществление консультационно-методической поддержки сторон по вопросам осуществления мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением.

Помимо прямой обязанности технического эксперта по подготовке заключений советуем также дополнить перечень его обязанностей и общим информационным сопровождением сторон. В рамках данной компетенции технический эксперт может готовить справочные или аналитические материалы, которые отражают статус выполнения работ по созданию объекта или его эксплуатации (например, о достижении определенных технико-экономических показателей). Это позволит обоснованно включать подобные расходы в финансовую модель по проекту.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Распределите ответственность сторон по определению технического эксперта таким образом, чтобы выбор экспертных органов был представлен на основе согласованного обеими сторонами перечня. Это позволит снизить риски увеличения сроков после подписания соглашения, когда стороны не смогут согласовать фигуру технического эксперта. Также в отношении технического эксперта и технического монитора мы рекомендуем закрепить особое определение «независимости», а именно – ссылку на положения законодательства об отсутствии аффилированности со сторонами или иные критерии, которые позволят вам обеспечить непредвзятость экспертного органа при реализации им своих полномочий.

Технический монитор

Привлечение технического монитора особенно актуально для инновационных, крупных проектов в сфере информационных технологий. Это будет дополнительной гарантией для подтверждения соблюдения сторонами требований законодательства в процессе

исполнения соглашения и обеспечения корректности и подтверждения выводов технического эксперта. Для проектов в сфере информационных технологий отсутствует большой опыт оценки и сравнения качества, объема инвестиций, как например, для проектов в сфере строительства дорог, школ. Технический монитор – это дополнительная гарантия при

возникновении споров о нецелевом расходовании бюджетных средств.

На практике нами используется следующее определение технического монитора. Технический эксперт, выполняющий функцию мониторинга хода выполнения мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, и подготовке заключений на протоколы приемки, отчеты концессионера за отчетный период, участия в испытаниях и обследовании (осмотре) объектов в ходе их приемки.

На технического монитора можно возложить следующие функции:

- по мониторингу хода выполнения мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, путем наблюдения за ходом выполнения мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, и в случае выявления отклонений от требований соглашения – уведомление сторон о таких отклонениях;
- по участию в испытаниях объектов в ходе их приемки;
- по подготовке по запросам сторон следующих заключений:
 - о ходе выполнения мероприятий по созданию,

развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением и полученных результатах в рамках реализации соглашения;

- о соответствии объекта соглашения значениям технико-экономических показателей;
- о целевом и эффективном расходовании средств, направляемых на реализацию проекта;
- о прогнозе соблюдения графика исполнения обязательств по соглашению (в случае если в проекте есть график инвестиций);
- о результатах анализа факторов, оказывающих влияние (как положительное, так и отрицательное) на качество осуществления мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением;
- включающих рекомендации сторонам по техническим вопросам в рамках проекта с учетом результатов проведенного исследования в рамках подготовки заключений.

Ниже представлена таблица по распределению функций технического эксперта и технического монитора. При этом функции являются опциональными (в том числе зависят от потребностей обеих сторон) и могут дублироваться: например, технический монитор выполняет double-check проверку.

Таблица 3. Распределение функций между техническим экспертом и техническим монитором в проекте

| № | Функция | Технический эксперт | Технический монитор |
|----|--|---------------------|---------------------|
| 1. | Разрешение споров в качестве экспертного органа | ✓ | |
| 2. | Выдача заключений на документацию на создание (развитие), порядок технического сопровождения и обслуживания, в том числе в целях обоснования стоимости создания (развития), эксплуатации объекта соглашения | ✓ | |
| 3. | Осуществление консультационно-методической поддержки сторон по вопросам осуществления мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением | ✓ | ✓ |

| № | Функция | Технический эксперт | Технический монитор |
|-----|---|---------------------|---------------------|
| 4. | Мониторинг хода выполнения мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, путем наблюдения за ходом выполнения мероприятий по созданию, развитию, вводу в эксплуатацию, эксплуатации, выводу из эксплуатации, предусмотренных соглашением, и в случае выявления отклонений от требований соглашения – уведомление сторон о таких отклонениях | | ✓ |
| 5. | Участие в испытаниях и обследовании (осмотре) объектов в ходе их приемки | | ✓ |
| 6. | Подготовка заключений на протоколы приемки, отчеты концессионера за отчетный период | ✓ | |
| 7. | Подготовка по запросам сторон справочной и аналитической информации о необходимости изменения технических требований | ✓ | ✓ |
| 8. | Заключение на отчет концессионера | ✓ | |
| 9. | Заключение с подтверждением компенсирующей стоимости исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в составе информационной системы специальных сервисов | ✓ | |
| 10. | Участие в составе приемочной комиссии | | ✓ |
| 11. | Подготовка экспертного заключения по результатам проведения испытания объектов соглашения | ✓ | |
| 12. | Экспертное заключение на протокол приемки | ✓ | |

РЕКОМЕНДАЦИЯ



На практике в качестве дополнительно компетентного органа, который вправе рассматривать споры, стороны могут определить технического монитора в целях оперативного решения технических вопросов. При этом рекомендуем в данном случае не дублировать функции, а определить только один компетентный орган для рассмотрения споров.

ОСОБЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО СОПРОВОЖДЕНИЯ ПРОЕКТОВ ГЧП В ИТ

МИНИМИЗАЦИЯ ИКР – ПРИОРИТЕТ ИНФОРМАЦИОННОГО СОПРОВОЖДЕНИЯ

Концессионные и ГЧП-проекты (далее – проекты ГЧП) обладают особой спецификой реализации, прежде всего связанной с участием в проекте нескольких сторон, одной из которых могут являться федеральные и региональные органы власти, а также органы местного самоуправления. По этой причине подобные проекты привлекают дополнительное внимание как со стороны общественности, так и со стороны контрольно-надзорных органов и требуют особого подхода к управлению информацией на разных этапах жизненного цикла. Кроме того, на коммуникации оказывают влияние отраслевые особенности проекта и выбранные модели платежного механизма. Соответственно, в проектах ГЧП в ИТ возникает вероятность возникновения специфических для данного сегмента бизнеса рисков, в том числе информационно-коммуникационных рисков (ИКР).

По причине срабатывания неидентифицированных или плохо проработанных ИКР многие проекты ГЧП не доходят до стадии реализации, заканчивая свое существование еще на прединвестиционный фазе.

Вопросы возникновения ИКР в проектах ГЧП в сфере информационных технологий и связи базово всегда отталкиваются от целей, ради которых реализуются эти проекты. Проекты ГЧП в ИТ, как правило, создаются для систематизации, повышения прозрачности и качества оказываемых потребителям услуг, для увеличения эффективности имеющихся мощностей или создания новых, для усиления контроля за слабо регулируемыми сегментами рынка. Другой вариант – информационные платформы, на которые впоследствии уже будут нанизываться проекты, преследующие все те же цели.

Они, как правило, не соответствуют интересам действующих участников рынка, ведущих свою деятельность в том или ином сегменте, и населения, для которых в краткосрочной перспективе реализация проектов оборачивается дополнительными ограничениями, ростом расходов, усилением контроля. Блага от реализации проектов становятся очевидны только в долгосрочном периоде, поэтому на ранней стадии многие проекты принимаются в штыки. Кроме того, оппоненты зачастую искусственно подогревают социальное напряжение, чтобы усилить недоверие и противодействие проекту.

Проекты ГЧП в ИТ перманентно воздействуют на более широкую аудиторию по сравнению с классическими инфраструктурными проектами, где количество пользователей локализовано на отдельной территории.

Также не стоит забывать, что проекты ГЧП могут затрагивать не только интересы бизнес-сообщества и населения, но и быть благодатной почвой для спекуляций и критики действующей власти оппозицией. Это может приводить к информационным атакам на любые проекты, вне зависимости от объема привлекаемых средств и масштаба создаваемой системы. Пристально оцениваются все проекты с государственным участием в той или иной форме, но, безусловно, крупные проекты приковывают к себе большее внимание.

Актуальность вопроса возникновения ИКР в проектах ГЧП также обусловлена тенденциями постпандемического периода. В условиях сокращения покупательной способности населения, накопленной усталости от ограничительных мер и отсутствия позитивной повестки у федеральных и региональных органов власти ИКР существенно возрастают.

С учетом того, что любой инициатор проекта хочет двигаться по пути наименьшего сопротивления и заинтересован в минимизации непрофильных расходов обязательств, стратегия и практика ком-

плексного информационно-коммуникационного сопровождения зависит от вероятности возникновения ИКР и стоимости возможных последствий.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



PR ради PR не нужен в проектах ГЧП в силу специфики применяемых платежных инструментов и фактически монопольной позиции концессионера на том или ином рынке. Соответственно, от позиции «прежде всего риски» и стоит отталкиваться при планировании информационной кампании и анализе способов хеджирования ИКР.

ПЕРЕЧЕНЬ УНИВЕРСАЛЬНЫХ ИКР ДЛЯ ПРОЕКТОВ ГЧП

Планируя проекты ГЧП в ИТ, стоит учитывать, что форма реализации накладывает определенные особенности на его реализацию и восприятие заинтересованными сторонами. Базово стоит принимать во внимание универсальные ИКР, в целом характерные для концессионных и ГЧП-проектов.

Некоторые универсальные ИКР:

Риск непрозрачности принятия решения о заключении КС/СГЧП:

- риск связан с недостаточно широким освещением процесса проведения конкурсных процедур или хода рассмотрения частной концессионной инициативы. Риск также может быть связан с недостаточно широким освещением конкурса на право заключения соглашения, из-за чего концедент (публичный партнер) заключил соглашение с единственным заявившимся участником. Подобному риску также подвержены проекты, для которых определение концессионера (частного партнера) осуществляется не на основании конкурсных процедур, а путем назначения единственного исполнителя;

Риск недостаточного внимания к учету интересов местного населения и конечных пользователей создаваемого объекта КС/СГЧП:

- риск связан с отсутствием предварительного обсуждения с общественностью параметров проекта и принимаемых концедентом (публичным партнером) на себя обязательств или заключением соглашения

без учета результатов общественного обсуждения параметров проекта. Риск также может быть связан с недостаточной коммуникацией с местными жителями, чей привычный образ жизни меняется в связи с созданием объекта соглашения;

Риск недостаточности обоснования целесообразности реализации проекта:

- планируемый и/или реализуемый проект в глазах стейкхолдеров не имеет первостепенного характера или эффекты от его реализации неочевидны. Проект по ряду причин может оказаться не востребован конечными потребителями. Риск может быть также связан с отсутствием или несоответствием социально-экономической оценки реализации проекта федеральным или региональным стандартам;

Риск возникновения общественных возмущений, акций протеста, стачек, забастовок и пр.:

- риск связан с организованными массовыми или одиночными акциями протеста, направленными на блокировку, отмену или приостановление работ по проекту;

Риск недостаточности или избыточности раскрытия информации о проекте:

- риск связан с нежеланием или отказом от публикации информации о планируемом или уже заключенном КС/СГЧП. Отсутствие доступа к существенным условиям соглашения может стать причиной возникновения сознательных или непреднамеренных

домыслов о проекте и его участниках, что в перспективе может привести к репутационным и финансовым потерям;

Риск наличия негативной информации о репутации участников проекта:

- риск связан с наличием в публичном пространстве информации о неудачах концессионера (частного партнера) и/или концедента (публичного партнера) при реализации подобных или иных инвестиционных проектов, не обязательно релевантных текущему проекту. Также риск может быть связан с отсутствием достаточного объема информации о проектной компании, ее менеджменте и бенефициарах;

Риск негативных трудовых отношений:

- риск может быть связан с сокращением штата, уменьшением заработной платы, прерыванием трудового стажа сотрудников проектной компании, подрядных организаций, обслуживающих проект и/или предыдущего оператора проекта;

ПЕРЕЧЕНЬ СПЕЦИФИЧЕСКИХ ИКР ДЛЯ ПРОЕКТОВ ГЧП В СФЕРЕ ИТ

Специфические ИКР – это риски, присущие конкретному проекту и возникающие на основании его технико-экономических параметров, отраслевой специфики, территории реализации или общественно-политического окружения. Специфические риски индивидуальны для каждого отдельного проекта. Ниже мы приводим лишь некоторые ИКР, выявленные нами при анализе планируемых и уже реализующихся проектов ГЧП в сфере ИТ.

Некоторые специфические ИКР проектов ГЧП в ИТ:

Риск «обеления» рынка:

- по причине повышения прозрачности отдельного сегмента рынка вероятно, что не все его участники смогут перестроиться на новый уклад работы – это приведет к падению их доходов или лишению рабо-

Экологический риск:

- экологические риски включают в себя: нанесение ущерба окружающей среде в ходе строительства (реконструкции); увеличение экологического ущерба в ходе эксплуатации из-за снижения качества планирования и управления, в том числе снижения уровня повседневного ведомственного контроля; невыполнение показателей уменьшения негативного воздействия на окружающую среду, предусмотренных концессионным соглашением или соглашением о ГЧП/МЧП. Риск может быть характерен и для ИТ-проектов, например, в случае наличия в составе проекта объектов капитального строительства или в случае, если проект направлен на управление распределением коммунальных или лесных ресурсов.

ты. Данный фактор определенно приведет к недовольству как бенефициаров этих бизнесов, так и их работников, что может способствовать возникновению массовых акций протеста со стороны профсоюзных движений и входящих в них организаций;

Риск выявления неэффективности:

- функционал некоторых проектов предполагает выявление неэффективных услуг, оказываемых населению, как с точки зрения затрат, так и непосредственного качества. После выявления проблем, как правило, следует их устранение. Благодаря ИТ-проектам неэффективные получатели бюджетных средств, серые схемы распределения доходов, контрабандная и контрафактная продукция и пр. попадают в зону видимости. Любые изменения привычного образа жизни населения или ведения бизнеса вызывают недовольство;

Риск дополнительной финансовой нагрузки:

- повышение прозрачности и «обеление» некоторых рынков требует от их участников изменения модели бизнеса и появления новых статей расходов, которых ранее не было. Как следствие, недополученные доходы будут перекладываться на потребителей. Любые изменения размера тарифа и/или планы по его увеличению/индексации негативно воспринимаются общественностью, среди которых есть представители малого и среднего бизнеса;

Риск усиления контроля:

- реализация проекта ГЧП в ИТ может выглядеть как усиление контроля государства за перемещениями и жизнедеятельностью граждан. Страх пользователей перед избыточным контролем и слежкой, боязнь утечки персональных данных приводят к социальному недовольству;

Риск качества реализации:

- серьезным риском может стать проблема «первого дня» и качество реализации проекта в целом. Возможны сообщения об отказе от пользования системой, например, по причине плохого интерфейса, навязчивой рекламы, ошибок системы и пр. Возможен низкий трафик в силу отсутствия необходимости/обязательности пользования системой;

Риск ассоциативного ряда:

- продолжение ассоциативного ряда и связывание проекта с похожими проектами, которые уже испытывали на себе ИКР, может привести к трансляции обвинений, характерных для этих кейсов, на планируемый к реализации проект. Стоит опасаться аналогий и продумывать систему дистанцирования от похожих, возможно даже родственных проектов, подверженных ИКР;

Риск замедления масштабирования:

- системное противодействие со стороны общественности, формальных и неформальных бизнес-объединений способно вынудить публичную сторону исключить отдельные категории пользователей/

товаров из обязательного перечня потребителей проекта и/или увеличить сроки его внедрения. Данные ситуации способны привести к невозможности исполнения принятых обязательств в рамках концессионных или ГЧП-соглашений, расширению географического или функционального потенциала ИТ-системы. Возможны ситуации полного отказа от реализации проекта;

Риск потери доминирующего статуса:

- несогласованные действия частного и публичного партнеров могут привести к потере ультимативного статуса ИТ-системы. Проект становится более уязвим для различного рода воздействий, как только оппоненты проекта определяют брешь во взаимоотношениях партнеров. Нельзя допустить понимания, что саботаж возможен и приносит результаты;

Риск дублирования информационных систем:

- некоторые планируемые проекты имеют широкий межотраслевой функционал, затрагивающий большое количество сегментов, на которых порой уже внедрены локальные информационные системы. Наложение и дублирование одних систем другими может быть интерпретировано так, словно государство пытается ввести дополнительный механизм контроля, не отказываясь от старых;

Риск монополизации рынка:

- создание отраслевых информационных систем может быть воспринято как попытка передела рынка;

Риск трудовой оптимизации:

- ИТ-проекты направлены на автоматизацию и повышение эффективности труда некоторых направлений бизнеса, что может привести к оптимизации трудовых ресурсов. Как следствие, многие сотрудники могут оказаться без доходов и работы.

КЛАССИЧЕСКАЯ СХЕМА ИНФОРМАЦИОННОГО СОПРОВОЖДЕНИЯ ПРОЕКТА ГЧП

Специфические ИКР – это риски, присущие конкретному проекту и возникающие на основании его технико-экономических параметров, отраслевой специфики, территории реализации или общественно-политического окружения. Специфические риски индивидуальны для каждого отдельного проекта. Ниже мы приводим лишь некоторые ИКР, выявленные нами при анализе планируемых и уже реализующихся проектов ГЧП в сфере ИТ.

Некоторые специфические ИКР проектов ГЧП в ИТ:

Риск «обеления» рынка:

- по причине повышения прозрачности отдельного сегмента рынка вероятно, что не все его участники смогут перестроиться на новый уклад работы – это приведет к падению их доходов или лишению работы. Данный фактор определенно приведет к недовольству как бенефициаров этих бизнесов, так и их работников, что может способствовать возникновению массовых акций протеста со стороны профсоюзных движений и входящих в них организаций;

Риск выявления неэффективности:

- функционал некоторых проектов предполагает выявление неэффективных услуг, оказываемых населению, как с точки зрения затрат, так и непосредственного качества. После выявления проблем, как правило, следует их устранение. Благодаря ИТ-проектам неэффективные получатели бюджетных средств, серые схемы распределения доходов, контрабандная и контрафактная продукция и пр. попадают в зону видимости. Любые изменения привычного образа жизни населения или ведения бизнеса вызывают недовольство;

Риск дополнительной финансовой нагрузки:

- повышение прозрачности и «обеление» некоторых рынков требует от их участников изменения модели бизнеса и появления новых статей расходов, которых ранее не было. Как следствие, недополученные доходы будут перекладываться на потре-

бителей. Любые изменения размера тарифа и/или планы по его увеличению/индексации негативно воспринимаются общественностью, среди которых есть представители малого и среднего бизнеса;

Риск усиления контроля:

- реализация проекта ГЧП в ИТ может выглядеть как усиление контроля государства за перемещениями и жизнедеятельностью граждан. Страх пользователей перед избыточным контролем и слежкой, боязнь утечки персональных данных приводят к социальному недовольству;

Риск качества реализации:

- серьезным риском может стать проблема «первого дня» и качество реализации проекта в целом. Возможны сообщения об отказе от пользования системой, например, по причине плохого интерфейса, навязчивой рекламы, ошибок системы и пр. Возможен низкий трафик в силу отсутствия необходимости/обязательности пользования системой;

Риск ассоциативного ряда:

- продолжение ассоциативного ряда и связывание проекта с похожими проектами, которые уже испытывали на себе ИКР, может привести к трансляции обвинений, характерных для этих кейсов, на планируемый к реализации проект. Стоит опасаться аналогий и продумывать систему дистанцирования от похожих, возможно даже родственных проектов, подверженных ИКР;

Риск замедления масштабирования:

- системное противодействие со стороны общественности, формальных и неформальных бизнес-объединений способно вынудить публичную сторону исключить отдельные категории пользователей/товаров из обязательного перечня потребителей проекта и/или увеличить сроки его внедрения. Данные ситуации способны привести к невозможности исполнения принятых обязательств в рамках концессионных или ГЧП-соглашений, расширению географического или функционального потенциала

ИТ-системы. Возможны ситуации полного отказа от реализации проекта;

Риск потери доминирующего статуса:

- несогласованные действия частного и публичного партнеров могут привести к потере ультимативного статуса ИТ-системы. Проект становится более уязвим для различного рода воздействий, как только оппоненты проекта определяют брешь во взаимоотношениях партнеров. Нельзя допустить понимания, что саботаж возможен и приносит результаты;

Риск дублирования информационных систем:

- некоторые планируемые проекты имеют широкий межотраслевой функционал, затрагивающий большое количество сегментов, на которых порой уже

внедрены локальные информационные системы. Наложение и дублирование одних систем другими может быть интерпретировано так, словно государство пытается ввести дополнительный механизм контроля, не отказываясь от старых;

Риск монополизации рынка:

- создание отраслевых информационных систем может быть воспринято как попытка передела рынка;

Риск трудовой оптимизации:

- ИТ-проекты направлены на автоматизацию и повышение эффективности труда некоторых направлений бизнеса, что может привести к оптимизации трудовых ресурсов. Как следствие, многие сотрудники могут оказаться без доходов и работы.

КЛАССИЧЕСКАЯ СХЕМА ИНФОРМАЦИОННОГО СОПРОВОЖДЕНИЯ ПРОЕКТА ГЧП

Выстраивая систему информационного сопровождения, ключевой целью которого является минимизация вероятности срабатывания ИКР, необходимо понимать задачи на каждом этапе жизненного цикла проектов ГЧП. А именно:

Задачи информационного сопровождения на прединвестиционной фазе:

- убедить публичную сторону в политической безопасности проекта;
- выявить скрытые и неочевидные ИКР проекта;
- сформировать последовательный перечень действий, направленных на профилактику и реагирование на ИКР;
- обеспечить принятие и поддержку проекта со стороны населения, политических и экономических лидеров общественного мнения;
- сформировать необходимую доказательную документацию для дальнейшего продвижения, согласования проекта и старта реализации;
- обеспечить конкуренцию среди инвесторов за проект;

Задачи на инвестиционной фазе:

- создать официальный источник информации о проекте;
- создать каналы коммуникации со стейкхолдерами проекта;
- обеспечить непрерывность информационного присутствия в новостной повестке;
- защитить репутацию проекта в социальных сетях;
- обеспечить вовлеченность стейкхолдеров в реализацию проекта;

Задачи на эксплуатационной фазе:

- анализировать возможности дополнительной коммерциализации объектов;
- повышать операционную эффективность проектной компании;
- готовить отчеты о реализации инвестиционного проекта;
- формировать мультимедийный архив проекта;
- обеспечивать высокие позиции проекта в профессиональных и народных рейтингах;
- контролировать уровень удовлетворенности пользователей качеством предоставляемых услуг.

Теперь, отталкиваясь от задач, которые необходимо решить на каждом этапе жизненного цикла проекта, можно подобрать соответствующие маркетинговые инструменты. На рисунке 1 приведена примерная универсальная схема информационного сопровождения концессионного или ГЧП-проекта. В зависимости от стоящих перед проектом задач, перечень инструментов может изменяться или переставляться местами.

Рисунок 1. Возможный план информационного сопровождения проекта ГЧП



Управление ИКР преследует вполне конкретную цель в виде создания благоприятных условий для успешного запуска и реализации проекта.

РЕКОМЕНДАЦИЯ



Начинать работу по управлению ИКР рекомендуется на прединвестиционной стадии жизненного цикла проекта, это позволит заранее выработать системный подход как к коммуникациям с внешней аудиторией будущих пользователей, так и к внутренним коммуникациям между партнерами проекта и финансирующими организациями.

ОСОБЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО СОПРОВОЖДЕНИЯ ПРОЕКТОВ ГЧП В ИТ КРИВАЯ ГАРТНЕРА

Кривая Гартнера

Занимаясь информационным сопровождением проектов ГЧП в ИТ, стоит помнить, что на проект оказывает влияние не только часть, касающаяся особенностей концессионных и ГЧП-проектов, но и непосредственно специфика ИТ-отрасли, которая характерна для инвестиционных проектов, реализующихся в любой организационно-правовой форме.

Рассказывая на каждом углу про создаваемую информационную систему, мы рискуем создать проблему завышенных ожиданий. Это ситуация, когда пользователи и заказчики работ по описаниям в публичном после представляли себе, в силу разных причин, больший функционал и большие возможности новой системы, чем это есть на самом деле.

Подобную проблему можно рассмотреть на примере игровой индустрии: на стадии анонсирования игры или старта предпродаж, проводится масштабная рекламная кампания, в интервью разработчики рассказывают о невероятной графике, детализации, открытом мире, сюжетной линии, уникальных особенностях игры и пр. Соответственно, геймеры массово осуществляют предзаказ, а когда игра выходит, оказывается, что большинство из сказанного в интервью и дневниках разработчиков не было реализовано или будет введено в последующих дополнениях. В подобных случаях «игроделы» сталкиваются с волной негатива, требованиями возврата средств и плохими отзывами, которые «отворачивают» других игроков. Так уже происходило со многими играми, например, Cyberpunk 2077, No Man's Sky и др. Опыт игровой индустрии можно перенести на инвестиционные проекты в сфере информационных технологий. Релевантных примеров неоправданных ожиданий в российской и международной практике достаточно.

Для того, чтобы минимизировать вероятные риски, стоит грамотно синхронизировать информационное сопровождение и различные PR-активности с деятельностью разработчиков. Хорошим способом является обращение к кривой Гартнера¹⁰.

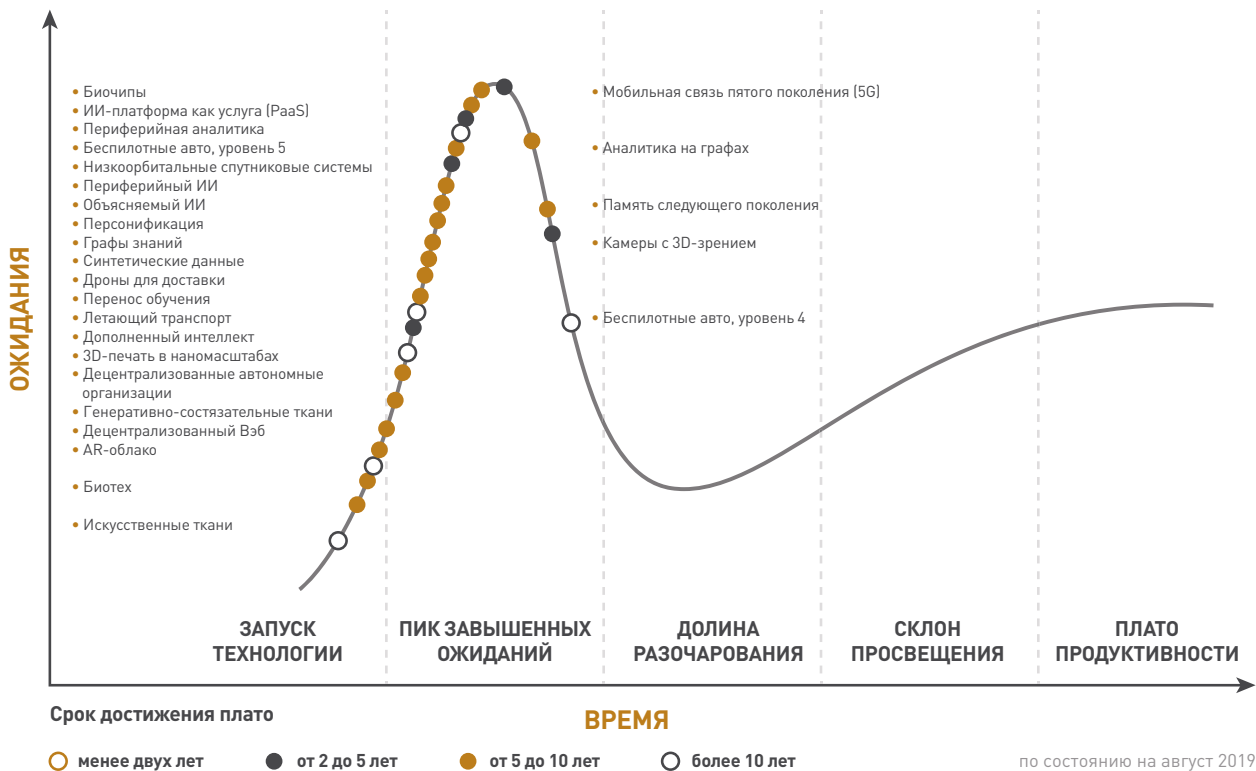
Кривая Гартнера — это фаза зрелости технологического проекта. Она включает в себя пять этапов, которые переживает любая разработка, бизнес-модель, технология:

- запуск технологии – начальный этап, отображающий фазу технологического прорыва и глобальный старт на будущем рынке с далеко идущими целями. Первые внедрения, которые обещают решение многих (иногда – всех) проблем;
- пик завышенных ожиданий – повышенный интерес и чрезмерный ажиотаж начинает строить иллюзии вокруг проекта. Технология не успевает за собственным пиаром, за что многие пиарщики потом расплачиваются своей репутацией. На этом этапе падений намного больше, чем удачных кейсов;
- нижняя точка разочарования (долина разочарований) — потенциальная смерть технологии. Команда проекта в надежде найти выход теряет энтузиазм и желание работать. Репутация проекта резко теряет доверие общественности. Технология перестает соответствовать ожиданиям;
- склон просвещения — тут начинаются встречи с инвесторами, тотальный пересмотр позиционирования, корректировка хода проекта. Появляются новые задачи и решения, реализация которых дает больше преимуществ для организации. Возникают новые или смежные идеи по поводу применения технологии, что открывает для нее новые перспективы;
- плато производительности — технология доказала свою состоятельность и экономическую выгоду. Начинается поэтапное применение на рынке. Плюсы решений становятся очевидны для всех, технология начинает эволюционировать.

¹⁰ По материалам статьи Ярослава Федосеева, директора службы внешних коммуникаций НП «Глонасс»

https://rb.ru/opinion/pr-krivuyu-gartnera/?fbclid=IwAR3hLirZdQsVL1YK6VAIX6mNggeGvDfxFfxH7IK5zn_zBSoYZrWfgGGVHol

Цикл Гартнера для новых технологий 2091



Запуск технологии

Этап запуска технологии является ключевым при выстраивании общей логики реализации проекта на всех этапах его жизненного цикла. Как правило, именно на данном этапе совершается большинство ошибок в позиционировании проекта. Инициатором этих ошибок может стать как сам специалист по коммуникациям, так и руководитель проекта, который ставит задачу «раскрутить» проект или привлечь внимание потенциальных инвесторов или пользователей.

Соответственно, PR-специалист активно начинает работать над медиа-образом проекта и его руководителя, например, взаимодействует со СМИ, организует публичные мероприятия, ведет аккаунты в социальных сетях. В этот момент и закладывается бомба замедленного действия, то есть PR опередил разработчиков.

В данном случае целесообразнее вести планомерную работу, в том числе:

- проанализировать все минусы и недоработки технологии;

- сделать акцент позиционирования не на ноу-хау проекта, а на проблеме, которую он решает, без характерной привязки к бренду;
- проводить больше исследований рынка. Выстраивать позиционирование лидерства не на хайпе, а на экспертизе;
- получить доступ к технологическим результатам. Следить за каждым шагом испытаний и не делать голословных заявлений.

Такая работа позволит избежать создания преждевременного информационного пузыря, а PR-стратегия будет соответствовать реальным результатам проекта.

Пик завышенных ожиданий

На данной фазе PR и маркетинговая работа должна строиться крайне аккуратно, так как риск причинить вред репутации крайне высок. Но если разработчики все же не успели за ожиданиями аудитории, а проект пару раз дал серьезную публичную осечку, то необходимо обращаться к антикризисной стратегии.

Суть ее заключается в следующем:

- признать ошибку;
- анонсировать что-то более стоящее и уйти в режим тишины на несколько месяцев;
- снова выйти в публичное поле и доказать, что технология не просто работает, а уже готова приносить пользу обществу.

Именно такой стратегии следует известный всем Илон Маск, который фактически создавал шоу из каждого пробного запуска ракеты Falcon. Интерес в том, что каждый запуск сопровождается медийной интригой: долетит или не долетит? Последние результаты SpaceX доказали выход Илона Маска на плато продуктивности.

Нижняя точка разочарования

Каждое неудачное технологическое проявление автоматически отправляет разработку в долину разочарования. Подобные проблемы влекут за собой негативную информационную повестку, шквал критических замечаний, а затем постепенное снижение внимания аудитории к проекту.

Ярким примером стал биткоинный распределенный реестр, который дополнительно привязал свою зависимость к финансово-экономическим институтам.

Нижняя точка разочарования – это кладбище ИТ-проектов.

Показательным примером могут стать те же беспилотные автомобили. К примеру, на графике Гартнера 2019 года высокоавтоматизированные транспортные средства находятся на самом дне долины разочарования.

При этом интересным примером информационного сопровождения является создание Cognitive Pilot, совместного предприятия Сбербанка и Cognitive Technologies. Акцент в своей PR-работе компания делает на подчеркивании преимуществ беспилотного транспорта для различных индустрий, например,

общественного транспорта (Cognitive Tram Pilot), железнодорожного транспорта (Cognitive Rail Pilot), агропромышленного сектора (Cognitive Agro Pilot).

Какие действия стоит предпринять, попав в нижнюю точку разочарования:

- продемонстрировать надежность и готовность проекта, в случае если так оно и есть;
- активизировать международную активность;
- выступать экспертами и задавать векторы развития рынка;
- избегать провокаций.

Склон просвещения

На этом этапе разработчик создает «Новый Завет» своей технологии. Проект пережил глобальную работу над ошибками, прошел все тестирования и проверки. Однако последней задачей перед выходом на рынок или вводом объекта в эксплуатацию осталось убедить представителей рынка в том, что он к нему уже готов.

На данном этапе стоит вернуться к проактивной информационной кампании, теперь технологические аспекты проработаны и результаты подтверждены. Однако при этом стоит учитывать, что к технологии или к разрабатываемому вами проекту могут относиться предвзято в силу предыдущих неоправданных ожиданий.

Плато продуктивности

После того как технология или бизнес-модель доказала свою эффективность, она выходит на плато продуктивности.

На данной стадии жизненного цикла проекта стоит сосредоточиться на повышении его коммерческой эффективности, восстановлении репутации проекта, партнеров и конкретных людей, участвующих в проекте. Защита самой технологии более не требуется.

Режим эксперимента

Для ИТ-проектов можно вводить режим эксперимента, который позволит протестировать работу системы и выявить ее недоработки. Можно локализовать внедрение проекта с ограниченным функционалом, на отдельно взятой территории, для определенной аудитории пользователей. Последовательно экспериментальный режим можно сужать или расширять.

С точки зрения информационного сопровождения данный прием является крайне эффективным, так как позволяет выявить реальное отношение потребителей к проекту, отработать подходы к коммуникации, четко определить эффекты от реализации проекта. Полученные материалы можно транслировать, например, на другие регионы или на всю территорию Российской Федерации, демонстрируя преимущества проекта уже не в потенциале, а практически подтвержденные.

В случае получения негативных результатов всегда остается возможность сказать, что для этого мы и проводили эксперимент, чтобы повысить эффективность системы и доработать ее устойчивость.

Некоторые преимущества использования режима эксперимента:

- получение дополнительных аргументов в пользу реализации проекта в проблемных зонах как для оппонентов проекта, так и для органов власти и населения;
- получение измеримой доказательной базы, в том числе в виде:
 - сроков и стоимости внедрения;
 - социально-экономических эффектов;
 - реальных отзывов от пользователей системы;
 - оценки целесообразности внедрения системы;
- возможность проведения экспериментов в части внедрения различных правовых и финансово-экономических мер стимулирования пользователей и партнеров системы.

Метод интеграций

Проекты ГЧП в ИТ, даже если они создаются для отдельной отрасли или сегмента, затрагивают интересы многих или оказывают влияние на множество бизнес-субъектов. Данный факт можно использовать для всевозможных интеграций. Они могут стать своеобразным запасом лояльности в умах будущих пользователей. Для этого можно создавать ассоциативные ряды с уже узнаваемыми продуктами и брендами. Позитивные интеграции способны нивелировать негатив при добавлении соответствующих PR-активностей.

Практика информационного сопровождения проектов ГЧП в ИТ в настоящий момент не может похвастаться большим разнообразием проектов. Однако уже сейчас очевидно, что арсенал применимых маркетинговых инструментов гораздо шире, чем для классических отраслей инфраструктуры.

ПОЛЕЗНЫЕ ССЫЛКИ

ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЕ ПРОГРАММЫ ПО ГЧП В ИТ



Программа повышения квалификации НИУ ВШЭ «Государственно-частное партнерство в контексте цифровой экономики» — единственная программа в России, обучающая практическим навыкам сопровождения реализации проектов ГЧП в сфере информационных технологий (ИТ) и связи

Центр подготовки руководителей и команд цифровой трансформации сформирован на базе Высшей школы государственного управления РАНХиГС



АНАЛИТИКА



Исследование «Оценка перспектив реализации ГЧП и концессионных проектов в сфере информационных технологий и связи», подготовленное компанией You & Partners и стратегической группой «Гиперион»

Аналитический обзор компании You & Partners «Правовые основы государственных маркетплейсов и цифровых платформ в России и за рубежом»



Обзор практики применения механизмов государственно-частного партнерства для создания инфраструктуры «умных городов», подготовленный АНО «Национальный Центр ГЧП» совместно с Ассоциацией «ЖКХ и городская среда» и LECAP при поддержке Минстроя России

Исследование «Инвестиции в инфраструктуру: Информационные технологии», подготовленное InfraOne Research





Исследование «ГЧП в ИТ: новые возможности», подготовленное компаниями ФРИИ и P&P UNITY

Методические рекомендации по применению мер государственной поддержки при запуске и реализации проектов цифровизации городского хозяйства «Умный город» с использованием моделей государственно-частного партнерства, подготовленные Министерством строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации



Пространственные данные: потребности экономики в условиях цифровизации / Е. Б. Белогурова, В. Е. Воробьев, О. Г. Гвоздев и др.; Фед. служба гос. регистрации, кадастра и картографии; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики»; НИИ «АЭРОКОСМОС». – М.:НИУ ВШЭ, 2020.

«Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики: Монография» (отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова) («Юстицинформ», 2019)



ИНЫЕ ИНТЕРНЕТ-РЕСУРСЫ



Платформа «РОСИНФРА» содержит информацию о всех реализуемых и готовящихся к реализации концессионных и ГЧП-проектах

Экспертный центр электронного государства



Федеральная государственная информационная система координации информатизации

Навигатор мер поддержки Минпромторга России



Автономная некоммерческая организация «Цифровая экономика»

Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации



ФГАУ НИИ «Восход»

ПРИЛОЖЕНИЯ

ПРИЛОЖЕНИЕ 1.

Общая таблица сравнения распределения исключительных прав

| Критерий | Концессионное соглашение | Соглашение о ГЧП |
|---|---|--|
| Возможность создания объекта ИТ: | | |
| • путем разработки новых объектов ИТ; | + | + |
| • путем переработки (модификации) существующих объектов ИТ | + | + |
| Возникновение исключительного права | По общему правилу у концедента | По общему правилу у частного партнера |
| Возможность принадлежности исключительного права другой стороне | + | + |
| | В отношении отдельных результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав объекта соглашения | |
| Наличие обязательств по передаче исключительного права на объект ИТ | – | У частного партнера публичному партнеру в случаях, установленных соглашением, а также если объем финансирования публичным партнером создания объекта соглашения, включающего в себя объекты ИТ и (или) технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ, либо рыночная стоимость передаваемых публичным партнером частному партнеру по соглашению исключительных прав на такие объекты ИТ и прав на технические средства обеспечения функционирования объектов ИТ в совокупности превышают объем финансирования создания объекта соглашения частным партнером |

| Критерий | Концессионное соглашение | Соглашение о ГЧП |
|--|--------------------------|-------------------|
| На кого возлагается обязанность получить согласие правообладателя на переработку (модификацию) объекта | Концедент | Публичный партнер |
| Наличие у концессионера или частного партнера права использовать существующие результаты интеллектуальной деятельности, исключительные права на которые или права использования которых принадлежат концессионеру или частному партнеру на момент заключения соглашения, и (или) вправе своими силами и за свой счет приобрести исключительные права на существующие объекты ИТ или права использования таких объектов | + | + |
| Возможность использования объектов, права на которые принадлежат другим лицам, для создания объекта ИТ | + | + |
| Возможность включения в состав объекта соглашения программы для ЭВМ и (или) базы данных, право использования которых предусмотрено открытой лицензией | + | + |
| Возможность обременения объектов ИТ права иных лиц, выступающих на стороне концедента или публичного партнера | + | + |

| Критерий | Концессионное соглашение | Соглашение о ГЧП |
|---|--------------------------|------------------|
| Возможность предоставления концедентом или публичным партнером соответственно концессионеру или частному партнеру прав использования иных предоставляемых по соглашению объектов (не входящих в объект соглашения) | + | + |
| Наличие обязательств концессионера или частного партнера при переработке (модификации) объекта ИТ по изменению технических и (или) экономических, и (или) организационных, и (или) иных решений, составляющих содержание объекта ИТ, в целях улучшения характеристик и эксплуатационных свойств объекта соглашения. | + | + |
| Возможность отчуждения концессионером или частным партнером исключительного права на объект ИТ в составе объекта соглашения | - | + |
| Возможность залога прав на объект ИТ в составе объекта соглашения | - | + |
| Наличие обязательств сторон при передаче исключительного права и (или) права использования объекта ИТ, входящего в состав объекта соглашения, по предоставлению информации об авторах, участвовавших в создании такого объекта, а также документальному подтверждению приобретения прав на объект ИТ, входящий в состав объекта соглашения, у третьих лиц | + | + |

ПРИЛОЖЕНИЕ 2.

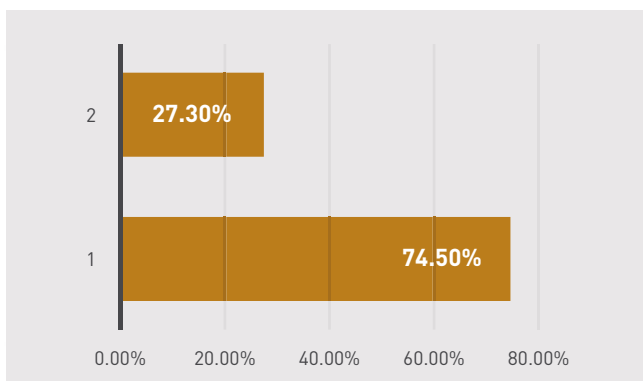
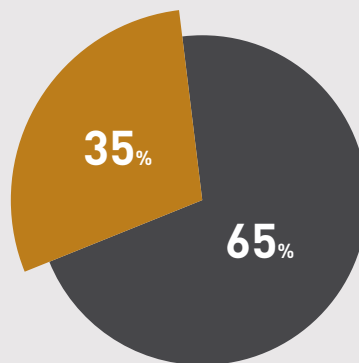
Примеры кейсов и инициатив ГЧП в ИТ на региональном уровне

Региональный рынок проектов ГЧП в сфере ИТ пока находится в стадии своего становления. Но именно на региональном уровне уже формируется первая практика и можно отметить определенные тенденции.

Два года назад Проектным офисом по реализации национальной программы «Цифровая экономика

Российской Федерации» Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации совместно с Центром развития ГЧП ФГАУ НИИ «Восход» был проведен опрос субъектов РФ в целях выявления перспектив и потребностей в применении моделей ГЧП и концессии для реализации проектов по цифровизации.

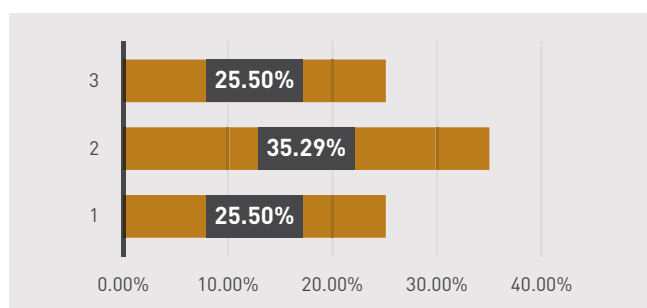
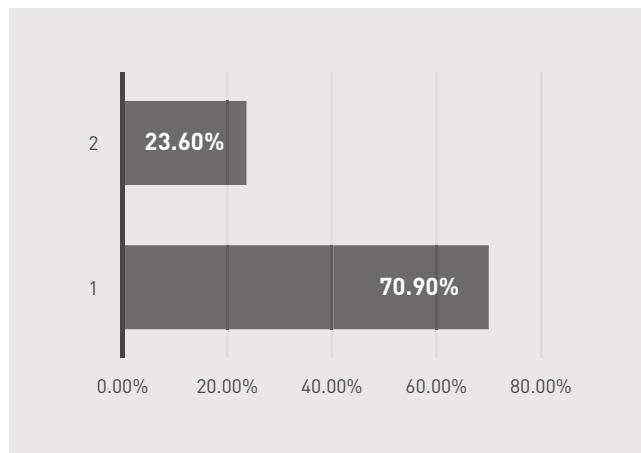
По результатам предоставленных ответов от 55 субъектов РФ (что составляет 64,71 %) можно сделать следующие выводы.



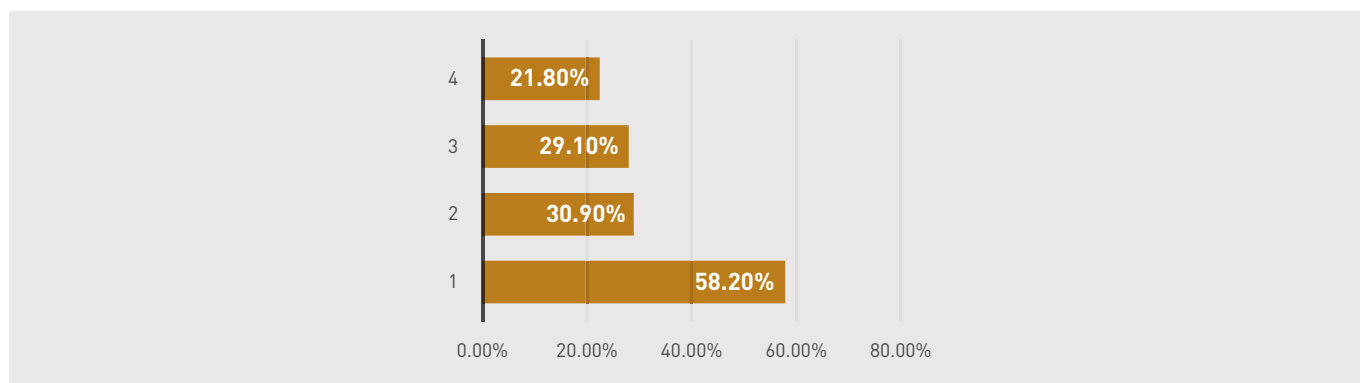
Механизмы ГЧП достаточно активно использовались и используются субъектами РФ для привлечения инвестиций в решение задач государственного управления в различных сферах. Так у 41 субъекта РФ (74,5 %¹¹) были созданы уполномоченные органы в сфере ГЧП. Кроме того, 15 субъектов (27,3 %) заявляли, что рассматривают модели ГЧП или концессии для реализации инвестиционных проектов в сфере информационных технологий (ИТ), общая сумма которых составляет 35 млрд руб.

¹¹ Здесь и далее процентное соотношение указано по отношению к полученным ответам от субъектов РФ.

При этом для развития инфраструктурных проектов по моделям ГЧП и концессий в сфере ИТ 39 субъектов РФ (70,9 %) испытывали потребность в проведении обучения своих сотрудников. Только 13 субъектов РФ (23,6 %) – г. Москва, г. Севастополь, Еврейская АО, Ленинградская область, Липецкая область, Республика Мордовия, Республика Тыва, Рязанская, Сахалинская, Свердловская и Тюменская области, Чеченская Республика и Ямало-Ненецкий автономный округ – считали, что обладают компетентными сотрудниками в области реализации проектов в сфере ИТ с использованием моделей ГЧП и концессии.



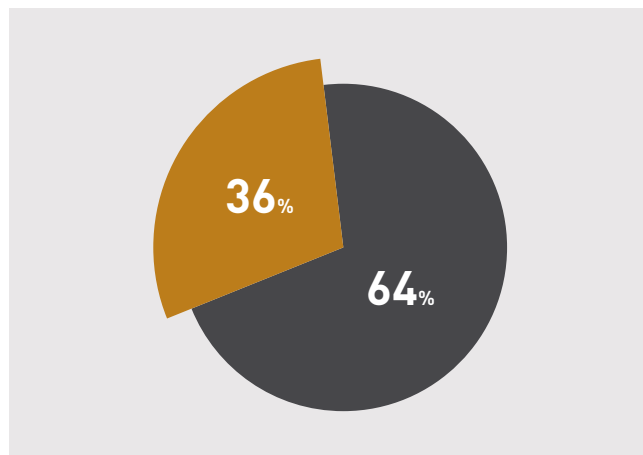
Следует отметить, что 14 субъектов РФ (25,5 %) высказали мнение, что испытывают трудности в определении источника окупаемости ИТ-проектов, при этом 30 субъектов РФ (35,29 %) не предоставили никаких данных по данному вопросу, что приводит к выводу, что субъекты испытывали трудности в понимании ИТ-проектов в силу отсутствия какой-либо информации по механизмам ГЧП и концессий в сфере ИТ.



32 субъекта РФ (58,2 %) отмечали, что для увеличения количества инвестиций в ИТ с использованием моделей ГЧП и концессии необходима разработка методических рекомендаций по структурированию и реализации таких соглашений. Разработчиками таких рекомендаций, по мнению субъектов РФ, могли выступить Минкомсвязь России, Минэкономразвития России, ФАС России, Минфин России. Еще 17 субъектов РФ (30,9 %) обозначили потребность в корректировке действующего законодательства (115-ФЗ, 224-ФЗ, специальное ИТ-законодательство). Помимо указан-

ных выше потребностей, регионы отмечали высокую активность по параметрам «Отсутствие достаточного уровня информации/методологии о том, как применять новые положения законодательства публичной стороной (концедентом, публичным партнером, государственным заказчиком и т. д.)» и «Отсутствие возможностей (кадровых, технических, организационных) контролировать действия частной стороны (концессионера, частного партнера, исполнителя)», что подтверждается полученными данными – 16 субъектов РФ (29,1 %) и 12 субъектов РФ (21,8 %) соответственно.

Также 35 субъектов РФ (63,6 %) отмечали, что для стимулирования развития проектов ГЧП в ИТ необходимо привлечение дополнительных ресурсов, среди которых в первую очередь обозначают выделение межбюджетных трансфертов из федерального бюджета и усиление технических компетенций частных организаций.



Несмотря на то, что 15 субъектов Российской Федерации и заявили о возможной реализации ГЧП-проектов в сфере ИТ, фактически в 2020 году и первой половине 2021 года только 6 субъектов Российской Федерации перешли к практике и объявили проведение конкурсов. В таблице № 4, представленной ниже, приводится описание этих проектов.

Таблица 4. Примеры региональных проектов

| Регион | Амурская область ¹² | Волгоградская область ¹³ | Московская область ¹⁴ |
|--|--|--|---|
| Способ заключения | Частная концессионная инициатива | Конкурс | Конкурс |
| Юридическая схема реализации проекта | Концессионное соглашение | Концессионное соглашение | Концессионное соглашение |
| Объект соглашения | Объекты информационных технологий и технические средства обеспечения функционирования объектов информационных технологий, создаваемых в целях фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения, в том числе информационная система фотовидеофиксации нарушения правил дорожного движения на территории Амурской области | Программное обеспечение технических средств автоматической фотовидеофиксации нарушений правил дорожного движения – программа для электронных вычислительных машин и технические средства, технологически связанные с объектами информационных технологий и предназначенные для обеспечения их функционирования | Совокупность объекта информационных технологий и технических средств, подлежащих созданию и использованию (эксплуатации) в соответствии с концессионным соглашением и соответствующих техническим требованиям |
| Срок реализации проекта | 10 лет | 7 лет | 13 лет |
| Срок создания объекта | 1 год | Критерий конкурсного отбора, но не более 300 дней с даты согласования ТЗ | Критерий конкурсного отбора, но не более 24 месяцев |
| Финансовые параметры проекта | Концедент выплачивает концессионеру: - постоянная часть платы концедента (3 249 159 340 рублей); - переменная часть платы концедента (не более 853 059 рублей). Концессионная плата – 1000 рублей. Инвестиции концессионера – 558 119 821 руб. | Плата концедента рассчитывается по формуле. Концессионная плата – 10000 рублей, ежегодно. Инвестиции концессионера – 274 937 000 рублей | Плата концедента по формуле. Концессионная плата – 1000000 рублей, за весь срок |
| Источник возврата инвестиций инвестора | Бюджетные платежи; доход от эксплуатации объекта соглашения | Бюджетные платежи; доход от эксплуатации объекта соглашения | Бюджетные платежи; доход от эксплуатации объекта соглашения |
| Текущий статус | На ЧКИ заявили другие инвесторы, переходит в стадию конкурса | КС заключено с ООО «Система» | КС заключено с АО «Концерн «Автоматика» |

¹² <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=41165752&lotId=41165987&prevPageN=6>

¹³ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=40370006&lotId=40370027&prevPageN=6>

¹⁴ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=40252372&lotId=40252495&prevPageN=6>

Таблица 4. Примеры региональных проектов

| Регион | Омская область ¹⁵ | Свердловская область ¹⁶ | Республика Татарстан ¹⁷ |
|--|---|--|---|
| Способ заключения | Конкурс | Частная инициатива | Конкурс |
| Юридическая схема реализации проекта | Концессионное соглашение | Соглашение о государственно-частном партнерстве | Концессионное соглашение |
| Объект соглашения | Созданная путем переработки (модификации) действующей системы региональная навигационно-информационная система в Омской области | Создание, обеспечение функционирования и техническое сопровождение цифровой образовательной платформы в Свердловской области | Переработка (модификация) и эксплуатация государственной информационной системы Республики Татарстан «Распределенная архитектура предоставления клиентоцентричных цифровых услуг» |
| Срок реализации проекта | 7 лет | 10 лет | 4 года |
| Срок создания объекта | Критерий конкурсного отбора, но не более 9 месяцев | Не установлен | |
| Финансовые параметры проекта | Плата концедента рассчитывается по формуле. Концессионная плата – 10000 рублей | Бюджетное финансирование отсутствует | Концессионная плата 10 000 руб. Плата Концедента – 30 млн руб/год |
| Источник возврата инвестиций инвестора | Бюджетные платежи; доход от эксплуатации объекта соглашения | Оказание платных услуг | Либо бюджетные платежи, либо доход от эксплуатации объекта соглашения |
| Текущий статус | Конкурс отменен | Предложение инвестора (КС заключено с ООО «Тандем ИС») | Конкурс признан несостоявшимся |

¹⁵ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=38989297&lotId=38990027&prevPageN=0>

¹⁶ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=43641245&lotId=43642505&prevPageN=8>

¹⁷ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=45149283&lotId=45149255&prevPageN=16>

Таблица 4. Примеры региональных проектов

| Регион | Приморский край ^{18 19} | Новгородская область ²⁰ |
|--|---|---|
| Способ заключения | ЧКИ | ЧИ |
| Юридическая схема реализации проекта | Концессионное соглашение | Соглашение о ГЧП |
| Объект соглашения | Информационная система «Информационная система «Цифровое Приморье», исключительное право на которую и (или) право использования которой принадлежит Приморскому краю, и имущество, технологически связанное с «Информационной системой «Цифровое Приморье» и предназначенное для обеспечения ее функционирования и осуществления иной деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, права собственности на которое принадлежат Приморскому краю и муниципальным образованиям: городу Владивосток, городу Артем, городу Уссурийск, городу Находка | Региональная информаци-онная система «Цифровая образовательная платформа в Новгородской области» (создание, обеспечение функционирования и техническое сопровождение) |
| Срок реализации проекта | 12 лет | 10 лет |
| Срок создания объекта | 12 месяцев | 30 рабочих дней |
| Финансовые параметры проекта | Стоимость создания объекта – 4 791 652 047 руб. Стоимость на этапе эксплуатации – 7 101 411 851 руб. Инвестиции концессионера не менее 5 047,4 млн руб. Единовременная концессионная плата – 1000 руб. каждому концеденту. Дополнительные концессионные платежи концессионера – по установленной формуле | Создание и эксплуатация полностью за счет средств частного партнера (порядка 10 млн руб.) |
| Источник возврата инвестиций инвестора | Плата концедента – 7 158 643 687 руб. | За счет оказания услуг |
| Текущий статус | Заявители не удовлетворяют требованиям (предложения инвесторов) КС заключено с ООО «Цифровое приморье» | Соглашение о ГЧП заключено с обществом с ограниченной ответственностью «Дневник.ру» (предложение инвестора) |

¹⁸ Множественность лиц на стороне концедента (Администрация Находкинского городского округа, Управление имущественных отношений администрации Уссурийского городского округа, Администрация Артемовского городского округа, Министерство экономического развития Приморского края, Муниципальное казенное учреждение «Агентство по продаже муниципальных земель и недвижимости»)

¹⁹ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=47938864&lotId=48393617&prevPageN=4>

²⁰ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=49277001&lotId=49277012&prevPageN=4>

Таблица 4. Примеры региональных проектов

| Регион | Ивановская область ²¹ | Республика Северная Осетия-Алания ²² | Архангельская область ²³ |
|--|--|---|---|
| Способ заключения | ЧИ | ЧИ | ЧИ |
| Юридическая схема реализации проекта | Соглашение о ГЧП | Соглашение о ГЧП | Соглашение о ГЧП |
| Объект соглашения | Автоматизированная информационная система «Цифровая образовательная платформа в Ивановской области» (создание, обеспечение функционирования) | Региональная информационная система «Цифровая образовательная платформа Республики Северная Осетия-Алания» (создание, обеспечение функционирования и техническое сопровождение) | Автоматизированная информационная система «Цифровая образовательная платформа Архангельской области» (создание, обеспечение функционирования и техническое сопровождение) |
| Срок реализации проекта | 10 лет | 5 лет | 10 лет |
| Срок создания объекта | 30 рабочих дней | 30 рабочих дней | 30 рабочих дней |
| Финансовые параметры проекта | Создание и эксплуатация полностью за счет средств частного партнера (порядка 8,5 млн руб.) | Создание и эксплуатация полностью за счет средств частного партнера (порядка 4 млн руб.) | Создание и эксплуатация полностью за счет средств частного партнера (порядка 11,5 млн руб.) |
| Источник возврата инвестиций инвестора | За счет оказания услуг | | За счет оказания услуг |
| Текущий статус | Соглашение о ГЧП заключено с обществом с ограниченной ответственностью «РТК-Дневник» (предложение инвестора) | Соглашение о ГЧП заключено с обществом с ограниченной ответственностью «РТК-Дневник» (предложение инвестора) | В процессе приема заявок от потенциальных заинтересованных участников рынка |

²¹ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=51196220&lotId=51196352&prevPageN=4>

²² <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=52409539&lotId=52409623&prevPageN=26>

²³ <https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=53308455&lotId=53308535&prevPageN=26>

ПРИЛОЖЕНИЕ 3.

Потребности и направления развития законодательства

Общие положения

С момента принятия 173-ФЗ экспертами выявлены барьеры, пробелы и противоречия в правовом регулировании заключения и исполнения концессионных соглашений и соглашений о ГЧП в сфере ИТ, а также сформулированы предложения по их устранению.

В ряде случаев положения законодательства обуславливают практическую невозможность реализации отдельных проектов, как, например, проектов муниципального уровня или же с участием иностранных инвесторов. Но в основном речь идет о барьерах, пробелах и противоречиях, решение которых позволит упростить, ускорить заключение и исполнение соответствующих соглашений или же устранить правовую неопределенность во взаимоотношении сторон.

Очевидно, что изменения законодательства, разрабатываемые в целях создания дополнительных условий для реализации концессионных проектов и проектов ГЧП в сфере ИТ, не могут быть в отрыве от общих изменений в 115-ФЗ и 224-ФЗ, которые на протяжении последних нескольких лет разрабатывает Минэкономразвития России с привлечением экспертного сообщества.

Предложения по устранению барьеров, пробелов и противоречий в правовом регулировании заключения и исполнения концессионных соглашений и СГЧП в сфере ИТ могут быть реализованы как путем дополнения существующих законодательных инициатив, так и в рамках новых.

Законодательство Российской Федерации о концессионных соглашениях, законодательство Российской Федерации о ГЧП/МЧП

Ключевые правовые проблемы затрагивают одновременно и концессионные соглашения, и соглашения о ГЧП в сфере ИТ – как следствие, их решение связано с внесением изменений как в 115-ФЗ, так и 224-ФЗ.

Запрет на заключение СМЧП и неопределенность относительно возможности заключения КС в отношении объектов ИТ на муниципальном уровне

173-ФЗ установлен запрет на заключение СМЧП и неопределенность относительно возможности заключения концессионного соглашения в отношении объектов ИТ на муниципальном уровне. Это создает практически непреодолимые барьеры для привлечения внебюджетных средств на реализацию органами местного самоуправления проектов в сфере ИТ, относящихся к сфере их полномочий, включая проекты цифровизации муниципального управления и системы «умного города».

Одна из целей подобного ограничения заключается в исключении возможности бесконтрольного отчуждения исключительных прав на муниципальные информационные системы. Вместе с тем подобное отчуждение могло бы быть возможно только по соглашениям о муниципально-частном партнерстве, тогда как по концессионным соглашениям исключительное право в отношении создаваемых (существующих) результатов интеллектуальной деятельности в составе объекта в общем случае возникает (остается) у концедента.

Поэтому для преодоления данного ограничения предлагается внести дополнения в часть 6 статьи 532 115-ФЗ, согласно которым возложить принятие решения о заключении концессионных соглашений в отношении объектов ИТ, исключительное право на которые и (или) право использования которых принадлежат муниципальному образованию, на орган местного самоуправления.

При этом в целях исключения необоснованного перехода исключительных прав и прав собственности на муниципальные объекты ИТ в 224-ФЗ предлагается установить условие о том, что принятие решения о реализации проекта муниципально-частного партнерства, объектом соглашения по которому является объект ИТ или объект ИТ и технические средства, обеспечивающие его функционирование, допускается в случаях и при соблюдении условий, определенных Правительством Российской Федерации.

Риски объединения в рамках одного концессионного соглашения, или СГЧП двух и более информационных систем

Проекты, которые охватывают создание нескольких информационных систем или иных объектов ИТ, в том числе объединенных единым платформенным решением, получают все большее распространение. Даже первое СГЧП в сфере ИТ заключено в отношении двух государственных информационных систем и двух разновидностей программно-аппаратных комплексов.

В то же время заключение одного концессионного соглашения или СГЧП в отношении двух и более информационных систем и(или) иных объектов ИТ в отдельных случаях может быть признано действием, приводящим к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. Отсутствие требований о технологической связанности при объединении двух и более объектов ИТ создает возможность для злоупотребления и реализации проекта в отношении несвязанных систем. Поэтому в связи с отсутствием определения и четких критериев достижения технологической связанности таких объектов сохраняются риски на-

рушения законодательства о защите конкуренции при объединении двух и более объектов ИТ в одном проекте.

С учетом востребованности реализации подобных комплексных проектов, прежде всего на региональном и муниципальном уровнях, предлагается внести изменения в статью 531 115-ФЗ и статью 331 224-ФЗ, в соответствии с которыми прямо установить возможность заключения соответствующих соглашений в отношении нескольких объектов соглашений, являющихся объектами информационных технологий и(или) объектами информационных технологий и технических средств обеспечения функционирования объектов информационных технологий, и(или) центрами обработки данных, в случае если такие объекты являются технологически связанными между собой (физически, функционально или иным образом), за исключением случаев, определенных Правительством Российской Федерации.

Дополнительным механизмом устранения указанной неопределенности должно служить развитие методического обеспечения проектов ГЧП и концессионных проектов в сфере ИТ Минэкономразвития России и Минкомсвязи России.

Ограничения по участию двух и более публично-правовых образований в реализации одного концессионного соглашения или СГЧП, направленных на создание межмуниципальных, муниципальных и региональных информационных систем, совокупность таких систем

Множественность концедентов или публичных партнеров так же, как и множественность объектов ИТ, не редкость в проектах, подготовка которых осуществляется в настоящее время на региональном уровне.

Закон о концессиях и Закон о ГЧП предусматривают возможность проведения совместного конкурса. При этом 224-ФЗ как более новый федеральный закон содержит значительно более подробное правовое регулирование в отношении порядка проведения совместного конкурса.

Однако, как показывают попытки подготовки таких проектов, например, проекта «Умного города» в Ярославской области, совместный конкурс не является панацеей и для структурирования таких проектов требуется более детальное правовое регулирование.

Так, в обоих законах остается сфера неопределенности относительно следующих вопросов:

- необходимо ли по результатам совместного конкурса заключение с каждым публично-правовым образованием отдельного соглашения или возможно заключение единого соглашения и каким образом и в какой момент должно быть оформлено решение о порядке заключения соглашения. При этом на практике оба варианта могут быть целесообразны в зависимости от особенностей конкретного проекта;
- как обеспечить разграничение прав между уровнями публичной власти при реализации проектов в отношении имущества, включая имущественные права, принадлежащие разным публично-правовым образованиям (например, муниципалитету и субъекту Российской Федерации);
- как обеспечить целевой характер финансирования проекта несколькими публично-правовыми образованиями с учетом требований и ограничений бюджетного законодательства (например, если права на объект возникают у муниципального образования, а часть финансирования идет от субъекта Российской Федерации);
- как обеспечить возможность подачи и рассмотрения частной концессионной инициативы или предложения о реализации проекта государственно-частного партнерства или муниципально-частного партнерства.

Среди указанных вопросов присутствуют как общие, не связанные с проблематикой ИТ, так и вопросы, требующие внесения специфических изменений.

Общие вопросы могут быть решены путем внесения изменений и дополнений в закон о концессионных соглашениях и закон о ГЧП, уточняющие порядок принятия решения о заключении соглашения, если планируется проведение совместного конкурса, и порядка организации такого конкурса. При этом в 115-ФЗ и 224-ФЗ также предлагается внести изме-

нения, создающие возможность заключения по результатам совместного конкурса не только отдельного соглашения с каждым концедентом (публичным партнером), но и, например, единого соглашения с различными концедентами (публичными партнерами). Равным образом требует дополнительной регламентации процедура подачи предложения о заключении концессионного соглашения (частной концессионной инициативы) и предложения о реализации проекта ГЧП в случае, если предполагается заключение соглашения с множественностью лиц со стороны концедента (публичного партнера).

Специфические вопросы связаны с полномочиями органов местного самоуправления и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере ИТ, которые бы определяли их возможность на реализацию проектов в сфере цифровой экономики. В данном случае речь идет о внесении изменений в федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

Участие организаций, учрежденных публично-правовым образованием, в концессионном соглашении в части передачи прав использования, исключительных прав на РИД, а также использования результатов применения РИД государственными (муниципальными) учреждениями

В настоящее время в 115-ФЗ возможность нахождения на момент заключения концессионного соглашения объекта концессионного соглашения у государственных, муниципальных учреждений и унитарных предприятий на праве оперативного управления или хозяйственного ведения предусмотрена только для узкого перечня объектов концессионных соглашений, в который не включены объекты ИТ.

Это приводит к невозможности прямой передачи в концессию объектов ИТ, исключительные права на которые принадлежат государственным, муниципальным учреждениям или унитарным предприяти-

ям, в связи с чем требуется предварительная передача указанных прав от учреждения или унитарного предприятия концеденту.

В целях преодоления указанного ограничения предлагается в статью 531 115-ФЗ внести изменения в части прямого указания на возможность принадлежности исключительного права и(или) права использования на РИД, права оперативного управления или права хозяйственного ведения на части объекта концессионного соглашения и(или) иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества, а также участия таких государственных и муниципальных учреждений и унитарных предприятий на стороне концедента (публичного партнера).

При этом в 224-ФЗ предусмотрена возможность определения юридических лиц без ограничения по объектам СГЧП/СМЧП и организационно правовым формам таких лиц, уполномоченных на осуществление отдельных прав и обязанностей публичного партнера. Перечень таких прав и обязанностей установлен перечнем отдельных прав и обязанностей публичного партнера, которые могут осуществляться уполномоченными им органами и (или) юридическими лицами в соответствии с федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными правовыми актами, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 12.12.2015 № 1366.

Вместе с тем указанный перечень разрабатывался до принятия

173-ФЗ и соответственно не учитывает обязанность публичной стороны по передаче частной стороне исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или права их использования, а также ряд других обязательств публичной стороны при реализации проектов ГЧП в сфере ИТ, что обуславливает необходимость его дополнения.

Ограничения в части срока заключения договоров аренды земельного участка

Предлагается внести изменение в часть 1 статьи 11 115-ФЗ, обеспечивающее возможность установления срока заключения договора аренды земельного участка, отличный от 60 дней в концессионном соглашении, заключаемом по инициативе концессионера.

Учитывая, что для случаев заключения концессионного соглашения по результатам конкурса такая возможность предусмотрена, существующее ограничение для концессионных соглашений, заключаемых по инициативе концессионера, представляется необоснованным и требующим унификации подхода, независимо от выбранной процедуры заключения такого соглашения.

Несмотря на то, что указанное ограничение носит общий характер, оно также оказывает влияние и на проекты в сфере ИТ, в которых предусмотрено предоставление земельного участка. С таким ограничением столкнулись некоторые регионы при структурировании проектов по созданию региональных центров обработки данных.

vi. Запрет на участие в проектах ГЧП в ИТ иностранных лиц, которые могут повлиять на принимаемые решения внутри проекта, и использование иностранных технологий

Законом № 173-ФЗ установлен запрет на участие в концессионных соглашениях и соглашениях о государственно-частном партнерстве иностранных инвесторов, российских юридических лиц, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические лица и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы, за исключением случаев, определенных международным договором Российской Федерации, федеральным законом, решением Президента Российской Федерации. Вместе с тем данное ограничение создает избыточные барьеры для привлечения участия указанных лиц в таких соглашениях, даже

если речь идет о реализации проектов, в которых отсутствуют угрозы для стратегических интересов Российской Федерации, обороноспособности и безопасности государства.

Считаем целесообразным сохранить запрет на участие в таких проектах только иностранных юридических лиц в качестве концессионера или частного партнера, обеспечив возможность для участия в них российских юридических лиц, пусть и находящиеся под контролем иностранных субъектов. Характерно, что для указанных российских юридических лиц отсутствуют какие-либо ограничения на участие в государственных закупках работ и услуг, связанных с созданием, развитием или эксплуатацией объектов ИТ.

При этом предлагается внести изменения в часть 10 статьи 5 115-ФЗ и часть 16 статьи 5 224-ФЗ, которыми ввести ограничение на участие иностранных инвесторов в проектах ГЧП и концессионных проектах в отношении объектов ИТ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства и (или) являющихся государственной информационной системой или официальным сайтом в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» или других информационно-телекоммуникационных сетях.

В данном случае термин «иностранный инвестор» предлагается понимать в значении понятийного аппарата федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», тем самым обеспечить единство подходов к осуществлению иностранных инвестиций и правоприменительной практики.

Приобретение концедентом в момент создания объектов ИТ, при реализации проектов ГЧП и концессии в сфере ИТ, исключительных прав на эти объекты ИТ ограничивает концессионера в возможностях по масштабированию ИТ-решения и снижает для последнего экономическую эффективность участия в проектах ГЧП и концессии в сфере ИТ-проектов (невозможно внедрить то же ИТ-решение в другом регионе)

В случае приобретения концедентом или публичным партнером исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в составе объектов информационных технологий, созданных концессионером или частным партнером, возможности частной стороны по масштабированию указанных объектов информационных технологий и реализации аналогичных проектов с другими публично-правовыми образованиями или коммерческими потребителями ограничены, что снижает для инвесторов экономическую эффективность участия в таких проектах.

В данном случае предлагается наделить частную сторону правом использования таких результатов интеллектуальной деятельности любыми способами на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права на такие результаты интеллектуальной деятельности, а также правом осуществлять предоставление указанного права использования другим лицам.

Также предлагается как в 115-ФЗ, так и в 224-ФЗ уточнить определение термина «создание объекта ИТ» путем указания того, что в состав создаваемого объекта ИТ могут также включаться и существующие результаты интеллектуальной деятельности.

Барьеры для широкого применения механизма частной инициативы для подготовки и реализации проектов ГЧП в сфере ИТ

Среди таких барьеров можно выделить как общие, так и специфичные для ИТ.

В число общих барьеров входит правовая неопределенность относительно возможности включения условий о плате концедента и финансировании затрат на создание объекта соглашения за счет концедента при подаче частной инициативы, а равно отсутствие механизма компенсации расходов инициатора, подготовившего проект, на подготовку предложения о реализации проекта ГЧП (заключении концессионного соглашения) в случае, если соглашение по результатам конкурса будет заключено с иным лицом.

Указанные проблемы в целом решаются законопроектом, разработанным Минэкономразвития России.

Среди специфичных для ИТ барьеров следует отметить то, что в настоящее время адресат частной концессионной инициативы и предложения о реализации проекта ГЧП определяется в зависимости от принадлежности права собственности на объект соглашения, тогда как для проектов ИТ ключевую роль при определении такого адресата должно играть не право собственности, а исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности в составе объекта ИТ. Это обуславливает необходимость внесения изменений как в 115-ФЗ, так и в 224-ФЗ в целях определения особенностей порядка подачи частной концессионной инициативы и предложения о реализации проекта ГЧП в сфере ИТ.

Барьеры для финансирования проектов ГЧП в сфере ИТ за счет грантов существующих институтов развития

В целях совершенствования механизмов финансирования публичной стороной концессионных соглашений и СГЧП в сфере информационных технологий и в связи с учетом сформированного подхода к реализации мероприятий федеральных проектов, направленных на предоставление финансовой поддержки в сфере цифровых технологий через операторов грантов, предлагается внести дополнения в закон о концессионных соглашениях и закон о ГЧП, предусматривающие возможность софинансирования указанных соглашений за счет иных предоставляемых на безвозмездной и безвозвратной основе платежей, уполномоченных концедентом или публичным партнером в соответствии с федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления юридических лиц. Ответственность за исполнение такого обязательства перед концессионером (частным партнером) предлагается сохранить за концедентом (публичным партнером). Определение условий и порядка взаимодействия между концедентом (публичным партнером), концессионером

(частным партнером) и юридическими лицами, на которые возлагаются указанные выше полномочия, в течение срока реализации проекта предлагается осуществлять на основании заключаемого между ними гражданско-правового договора.

Законодательство Российской Федерации об информации, информационных технологиях и о защите информации

Практика взаимодействия с федеральными органами исполнительной власти и бизнес-сообществом, планирующими использовать механизмы ГЧП и концессии, показывает, что наиболее часто задается вопрос о возможности и условиях использования данных, содержащихся в государственных информационных системах.

Внесенный Правительством Российской Федерации в апреле 2020 года законопроект № 946012-7 «О внесении изменений в статью 14 федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» призван обеспечить нормативное закрепление режима оборота данных в государственных информационных системах в случаях, если их операторами являются частные организации, действующие в рамках ГЧП или концессии.

В то же время законопроект в редакции к первому чтению концентрируется в большей степени на особенностях создания, эксплуатации, модернизации государственной информационной системы на основании концессионного соглашения или СГЧП, предусматривая, что в концессионном соглашении или СГЧП должен быть определен обладатель информации, содержащейся в такой информационной системе.

Согласно положениям законопроекта, обладателем данных ГИС всегда будет концедент или публичный партнер, если информация создается или используется в целях осуществления полномочий государственных органов.

Считаем необходимым при подготовке законопроекта ко второму чтению уточнить и скорректировать

данное условие, поскольку информация, которая создается или используется в целях осуществления полномочий государственных органов – это, по сути, любая информация. Таким образом, есть вероятность, что применение данного положения законопроекта будет затруднено.

При этом законопроект обходит стороной проблемные вопросы режима оборота данных, концентрируясь только на фигуре обладателя информации, которая не является решающей в проектах ГЧП и концессии и, по сути, представляет собой титул, существенно ограниченный в своих возможностях законодательством и условиями соглашения.

На сегодняшний день ряд проблемных вопросов режима оборота данных в государственных информационных системах в случаях, если их операторами являются частные организации, уже экспертно и на практике проработан, в том числе нашел отражение в проекте цифровой маркировки как первом СГЧП в сфере ИТ.

Результаты данной проработки предлагается включить в законопроект в виде правовых положений – принципов, в которых выражается решение соответствующих проблемных вопросов:

Обладатель информации, содержащейся в государственных информационных системах, операторами которых являются частные организации

Обладателем информации в составе государственной информационной системы, создание и(или) модернизация которой осуществляется на основании концессионного соглашения или соглашения о государственно-частном партнерстве (далее – соглашение), является концедент или публичный партнер (далее – публичная сторона). При этом нормативными правовыми актами, регламентирующими функционирование такой государственной информационной системы, и соответствующим соглашением должны быть определены:

- государственный орган, осуществляющий правомочия обладателя информации, содержащейся в такой государственной информационной системе, от имени публичной стороны;
- полномочия концессионера или частного партнера (далее – частная сторона) по осуществлению действий с информацией, содержащейся в такой государственной информационной системе, или разрешению осуществления указанных действий.

Для частной стороны, с учетом установленных федеральными законами ограничений доступа к информации, содержащейся в такой государственной информационной системе, важно обладать правом осуществлять действия с указанной информацией или разрешать осуществление указанных действий в целях реализации соглашения и(или) в целях реализации своих исключительных прав и (или) прав использования в отношении результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав объектов соглашения и(или) в иных целях, включая коммерческие цели, в объеме, необходимом для достижения указанных целей.

В то же время в экспертном сообществе сохраняется дискуссия относительно того, должны ли такие возможности быть прямо предусмотрены правовыми актами и соглашением или же частная сторона должна таким правом обладать по умолчанию, если иное не установлено соответствующими нормативными правовыми актами.

Режим обработки информации в государственных информационных системах, операторами которых являются частные организации

Частная сторона вправе осуществлять обработку данных, содержащихся в государственных информационных системах, оператором которых она является, включая предоставление и распространение таких данных, обеспечение доступа к ним других лиц при соблюдении одного из следующих условий:

1) Обработка общедоступной информации или информации, доступ к которой не может быть ограничен.

Частная сторона осуществляет обработку общедоступной информации или информации, доступ к которой не может быть ограничен, содержащихся в государственных информационных системах, операторами которой она является.

2) Обработка информации, правовой режим которой не определен.

Обработка частной стороной информации, включенной в государственную информационную систему, функции оператора которой она осуществляет, и не относящейся к информации, доступ к которой ограничен федеральными законами, общедоступной информации или информации, в отношении которой федеральными законами установлена недопустимость ограничения к ней доступа, осуществляется в порядке, установленном государственным органом, уполномоченным публичной стороной.

3) Обработка информации, доступ к которой ограничен федеральными законами.

Обработка частной стороной информации, доступ к которой ограничен федеральным законом и содержащейся в государственной информационной системе, функции оператора которой они осуществляют, осуществляется в соответствии с условиями, предусмотренными таким федеральным законом.

Модельное решение по обеспечению возможности обработки информации, доступ к которой ограничен федеральными законами

Федеральными законами, которыми устанавливаются ограничения доступа к информации, может быть предусмотрено, что концессионер или частный партнер, осуществляющий функции оператора государственной информационной системы, содержащей такую информацию, вправе осуществлять обработку такой информации в статистических, исследовательских или иных целях, включая коммерческие цели (в

том числе для обеспечения возможности оказания другими лицами услуг с использованием такой информации), в интересах и по поручению предоставившего такую информацию лица или при условии обязательного обезличивания такой информации в соответствии с утверждаемыми уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти требованиями к обезличиванию такой информации и методами ее обезличивания, или при соблюдении иных условий, предусмотренных такими федеральными законами.

Недискриминационный доступ заинтересованных лиц к общедоступной информации и информации, доступ к которой не может быть ограничен

Частная сторона обеспечивает недискриминационный доступ заинтересованных лиц к общедоступной информации и информации, доступ к которой не может быть ограничен, содержащейся в государственной информационной системе, в соответствии с правилами, установленными Правительством Российской Федерации. Данными правилами должны устанавливаться равные условия предоставления доступа к информации, содержащейся в такой государственной информационной системе, для любого лица, обратившегося за ее получением, в соответствии с данными правилами, а также порядок размещения информации об указанных условиях в сети «Интернет».

v. Возможность оказания услуг с использованием государственной информационной системы (в том числе с использованием технических средств в составе государственной информационной системы)

В случае создания или модернизации государственной информационной системы на основании соглашения оператор такой государственной информационной системы или иное лицо, определенное в соответствии с нормативным правовым актом, регламентирующим функционирование государственной информационной системы, в случаях установленных условиями соглашения, вправе осуществлять оказание услуг с использованием программных и(или) технических средств такой государственной инфор-

мационной системы и(или) информации, содержащейся в такой государственной информационной системе с учетом установленных федеральными законами ограничений доступа к такой информации, а также иных требований к порядку ее предоставления или распространения. Правовыми актами и соглашением может быть ограничен перечень таких услуг.

В целях обеспечения недискриминационного доступа заинтересованных лиц к указанным услугам, в том числе услугам по обработке информации, содержащейся в такой государственной информационной системе, на Правительство Российской Федерации предлагается возложить утверждение правил обеспечения такого недискриминационного доступа. Данными правилами должны устанавливаться равные условия оказания указанных услуг для любого лица, обратившегося за получением таких услуг в соответствии с данными правилами, а также порядок размещения информации об указанных условиях в сети «Интернет».

Возможность установления особенностей режима оборота данных в отраслевом законодательстве

Федеральными законами, принимаемыми в соответствии с ними актами Правительства Российской Федерации, актами государственных органов, принявших решение о создании государственной информационной системы, условиями соглашения могут устанавливаться дополнительные требования к обработке информации, содержащейся в государственной информационной системе, и оказанию услуг с их использованием, осуществляемых частной стороной.

Иные предложения по совершенствованию нормативных правовых актов

Невозможность осуществления государственными и муниципальными учреждениями закупок у концессионера в порядке, установленном 44-ФЗ для закупок у единственного поставщика

В настоящее время при подготовке концессионного проекта или проекта ГЧП в отношении объектов ИТ, основным источником возврата инвестиций по которому является плата за товары (работы, услуги), поставляемые (выполняемые, оказываемые) государственным и муниципальным заказчиком, бюджетным учреждениям, у указанных потребителей отсутствуют основания для заключения с такой частной стороной соответствующих договоров без проведения торгов, несмотря на то, что частная сторона уже проходит конкурентные процедуры при заключении концессионного соглашения, соглашения о государственно-частном партнерстве или муниципально-частном партнерстве. Это повышает антимонопольные риски реализации данных проектов и снижает их инвестиционную привлекательность.

Предлагаем дополнить перечень, содержащийся в ст. 93 44-ФЗ, еще одним основанием для проведения закупок у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) – заключение контракта на основании КС или СГЧП/СМЧП.

При этом дополнительной аргументацией в пользу данного предложения является то, что КС и СГЧП/СМЧП, замещая собой контракты там, где это допустимо и необходимо с точки зрения действующего законодательства, также заключаются на конкурентной основе. Более того, КС и СГЧП/СМЧП всегда заменяет собой государственный или муниципальный контракт и в этом смысле является законным исключением из общего правила закупки товаров, работ и услуг для государственных и муниципальных нужд.

Одновременно, возможность заключения государственного или муниципального контракта без проведения торгов может быть не ограничена закупками, которые организуются федеральным органом власти, органами власти субъекта Российской Федерации, органом местного самоуправления (стороной по КС или СГЧП/СМЧП)

Поскольку информация о заключенных соглашениях и их существенных условиях является открытой, государственные и муниципальные заказчики и бюджетные учреждения получат однозначное до-

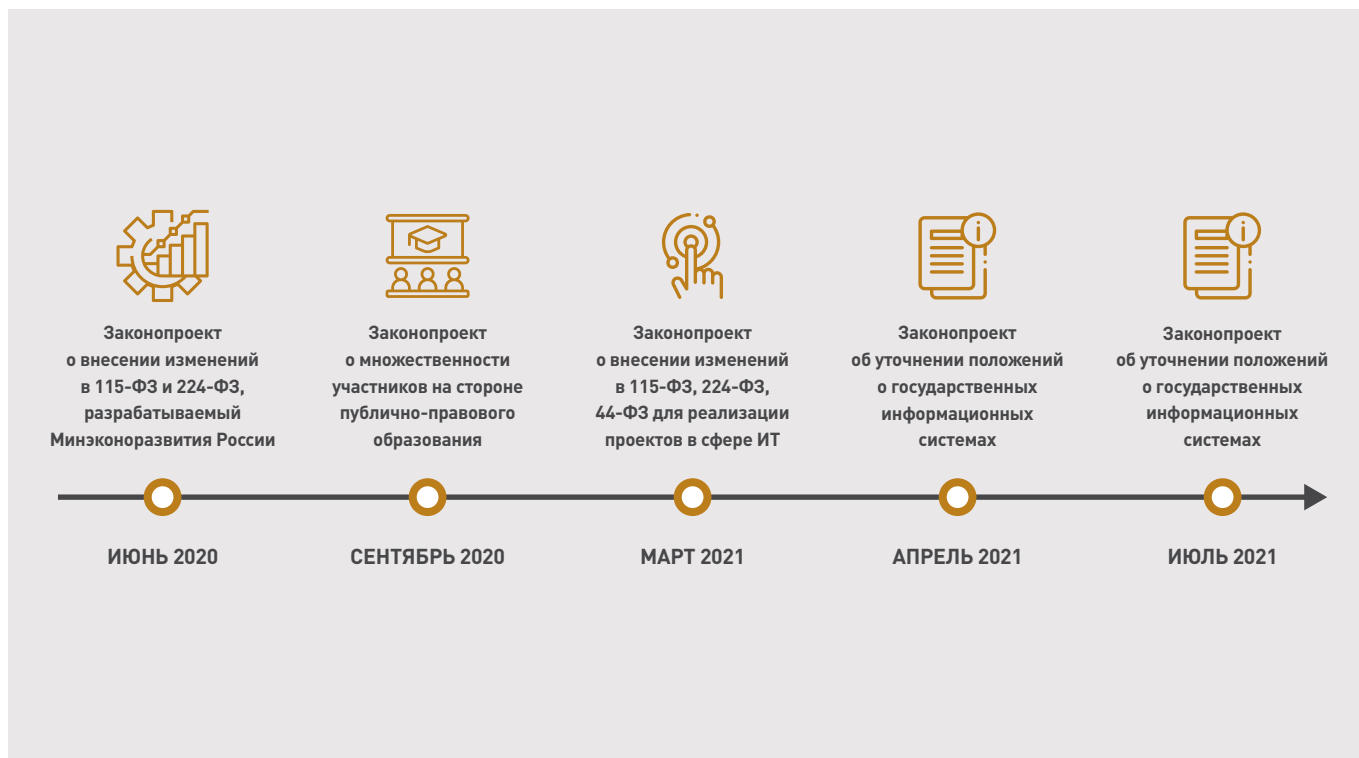
зволнение осуществить закупку у концессионера как единственного поставщика при условии, что такая возможность была прямо предусмотрена в КС или СГЧП/СМЧП.

Данное предложение снизит угрозу ограничения конкуренции актом публичного субъекта (дискретного выбора способа закупки), сохранив автономность проведения закупок государственными и муниципальными заказчиками и бюджетными учреждениями, позволит нивелировать противоречия закона о концессиях, закона о ГЧП и 44-ФЗ.

В этой связи в часть 1 статьи 93 44-ФЗ предлагается включить дополнительный случай заключения контракта с единственным исполнителем при осуществлении закупки товаров, работ, услуг, производство (выполнение, оказание) которых обеспечивается частным партнером или концессионером при осуществлении деятельности, предусмотренной соглашением о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве или концессионным соглашением, в объеме и по цене,

соответствующим требованиям, предусмотренным соглашением о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве или концессионным соглашением.

При этом в статье 10 закона о концессии и статье 12 закона о ГЧП предлагается предусмотреть обязательства публичной стороны обеспечить осуществление в соответствии с 44-ФЗ закупок заказчиками товаров (работ, услуг), поставка (выполнение, оказание) которых осуществляется концессионером или частным партнером при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением с учетом требований к объему, цене таких товаров (работ, услуг), иным условиям их поставки (выполнения, оказания), предусмотренным соглашением о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве или концессионным соглашением.



Проекты федеральных законов, находящиеся на стадии обсуждения или доработки

Кроме рассмотренного выше законопроекта № 946012-7 «О внесении изменений в статью 14 федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» обсуждаются и рассматриваются следующие инициативы:

Законопроект о внесении изменений в 115-ФЗ и 224-ФЗ, разрабатываемый Минэкономразвития России

Важно отметить, что проблемы, которые решаются в законопроекте, разрабатываемом Минэкономразвития России, равным образом играют важную роль и для проектов в сфере ИТ. Среди таких изменений особо следует отметить:

- систематизацию форм участия публичной стороны в финансировании концессионных соглашений и СГЧП, включая определение сложившихся в деловом обороте и в судебной практике понятий капитального гранта, платы концедента (платы публичного партнера) и минимального гарантированного дохода;
- установление возможности включения в концессионное соглашение (соглашение о ГЧП, МЧП) условий об обстоятельствах, наступление которых может привести к нарушению концессионером (частным партнером) обязательств по концессионному соглашению (соглашению о ГЧП, МЧП) и (или) возникновению у него дополнительных расходов и (или) недополученных доходов по концессионному соглашению (соглашению о ГЧП, МЧП), связанных с наступлением таких обстоятельств, а также о последствиях наступления обстоятельств, к которым в том числе может относиться обязательство концедента (публичного партнера) по возмещению таких дополнительных расходов и (или) компенсации таких недополученных доходов концессионера (частного партнера) (так называемых «особых обстоятельств»);
- установление рекомендательного характера использования примерных концессионных соглашений, утвержденных Правительством Российской Федерации;

- и другие.

Законопроект о внесении изменений в 115-ФЗ, 224-ФЗ, 44-ФЗ для реализации проектов в сфере ИТ

На площадке Совета Федерации Российской Федерации при активном участии Центра развития инвестиций и ГЧП в цифровой экономике ФГАУ НИИ «Восход» и экспертов рынка, включая авторов настоящего Исследования, разработан проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Законопроект разработан в целях совершенствования правового регулирования в сфере заключения и исполнения концессионных соглашений, СГЧП, СМЧП в сфере ИТ и связи, а также снятия законодательных барьеров и рисков структурирования и реализации инфраструктурных проектов цифровой экономики по моделям ГЧП и концессии и включает в себя предложения по:

- снятию запрета на заключение СМЧП и устранение неопределенности относительно возможности заключения КС в отношении объектов ИТ на муниципальном уровне;
- внесению нормы о возможности исполнения обязательств публичного партнера по софинансированию концессионных соглашений, соглашений о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве за счет иных предоставляемых на безвозмездной и безвозвратной основе платежей юридического лица, уполномоченного публичным партнером в соответствии с федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными правовыми актами либо через операторов грантов;
- решению вопроса о заключении одного соглашения в отношении нескольких объектов ИТ;
- снятию запрета на участие в проектах ГЧП в ИТ иностранных лиц, а также российских юридических лиц, решения которых прямо или косвенно могут определять иностранные физические и (или) иностранные юридические лица, иностранные государства, их органы;
- обеспечению возможности масштабированию концессионером ИТ-решений в других публично-пра-

вовых образованиях, не являющихся стороной соглашения;

- и другие.

Законопроект о множественности участников на стороне публично-правового образования

На площадке Совета Федерации Российской Федерации при активном участии Центра развития инвестиций и ГЧП в цифровой экономике ФГАУ НИИ «Восход» и экспертов рынка, включая авторов настоящего Исследования, разработан проект федерального закона, предлагающий внесение изменений в 115-ФЗ и 224-ФЗ в целях обеспечения возможности заключения единых концессионных соглашений, СГЧП и СМЧП с участием нескольких публично-правовых образований.

Законопроектом уточняется, что инициатором проекта с участием двух и более публично-правовых образований может быть как публичная сторона, так и потенциальный частный партнер/концессионер. Вносятся уточнения в порядок заключения таких соглашений, в том числе путем проведения совместных конкурсов или путем рассмотрения частных инициатив/частных концессионных инициатив. Отдельно фиксируется требование предусматривать в таких соглашениях условия о распределении прав и обязанностей концедентов по концессионному соглашению.

Законопроект об уточнении положений о государственных информационных системах

Минцифры России подготовило проект федерального закона «О внесении изменений в федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и федеральный закон «О техническом регулировании» в целях совершенствования регулирования вопросов отнесения информационных систем к федеральным государственным информационным системам, региональным государственным информационным системам, муниципальным системам, иным инфор-

мационным системам и вопросам создания указанных систем.

Законопроект уточняет понятие «государственные информационные системы» и вносит уточнение, что иные информационные системы, не отнесенные к государственным (муниципальным), могут создаваться только для обеспечения исполнения органами государственной власти (органами местного самоуправления) типовых полномочий, предусмотренных нормативными правовыми актами. Законопроектом также уточняется регулирование вопросов создания, ввода в эксплуатацию, эксплуатации, развития, а также вывода из эксплуатации государственных информационных систем.

Законопроект об уточнении положений о государственных информационных системах

Минцифры России подготовило проект федерального закона «О внесении изменений в федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в целях совершенствования государственного регулирования в сфере использования инфраструктуры, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг и исполнения государственных и муниципальных функций в электронной форме.

Законопроектом, в том числе, устанавливается возможность использования инфраструктуры, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг и исполнения государственных и муниципальных функций в электронной форме, и (или) отдельных ее элементов при оказании услуг физическим и (или) юридическим лицам, а также при осуществлении иных действий с привлечением оператора в рамках законодательства о концессионных соглашениях.

²⁴ <https://regulation.gov.ru/projects#npa=118396>

²⁵ <https://regulation.gov.ru/p/115089>

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ



Анна Багинская

управляющий директор,
руководитель центра ГЧП ПАО Сбербанк



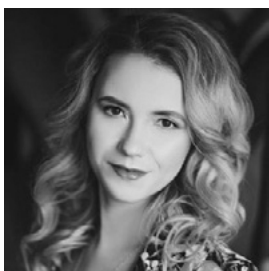
Мария Бротт

руководитель направления центра развития инвестиций
и ГЧП в цифровой экономике ФГАУ НИИ «Восход»



Евгения Зусман

партнер компании You & Partners, заместитель директора Центра
инвестиционного анализа ИСИЭЗ НИУ ВШЭ



Надежда Кострюкова

руководитель центра развития инвестиций
и ГЧП в цифровой экономике ФГАУ НИИ «Восход»



Александр Сердюков

заместитель директора, управление финансирования инфраструктуры,
ВТБ Капитал



Алиса Смирнова

руководитель направления Центра ГЧП ПАО Сбербанк



Виктория Туголукова

юрист компании You & Partners



Алексей Туликов

генеральный директор Ассоциации энергосервисных компаний – «РАЭСКО»



Артур Щеглов

управляющий партнер стратегической группы «Гиперион»,
координатор «Инфраструктурного клуба»

YOU & PARTNERS

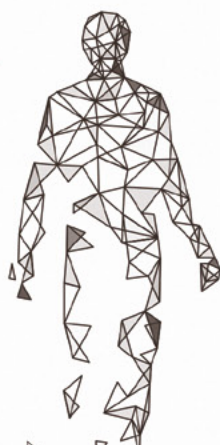


+7 (499) 673-07-03
INFO@YOUANDPARTNERS.RU

YOUANDPARTNERS.RU

+7 (495) 532-62-15
INFO@HYPERION-SG.RU

HYPERION-SG.RU



МОСКВА 2021 ГОД