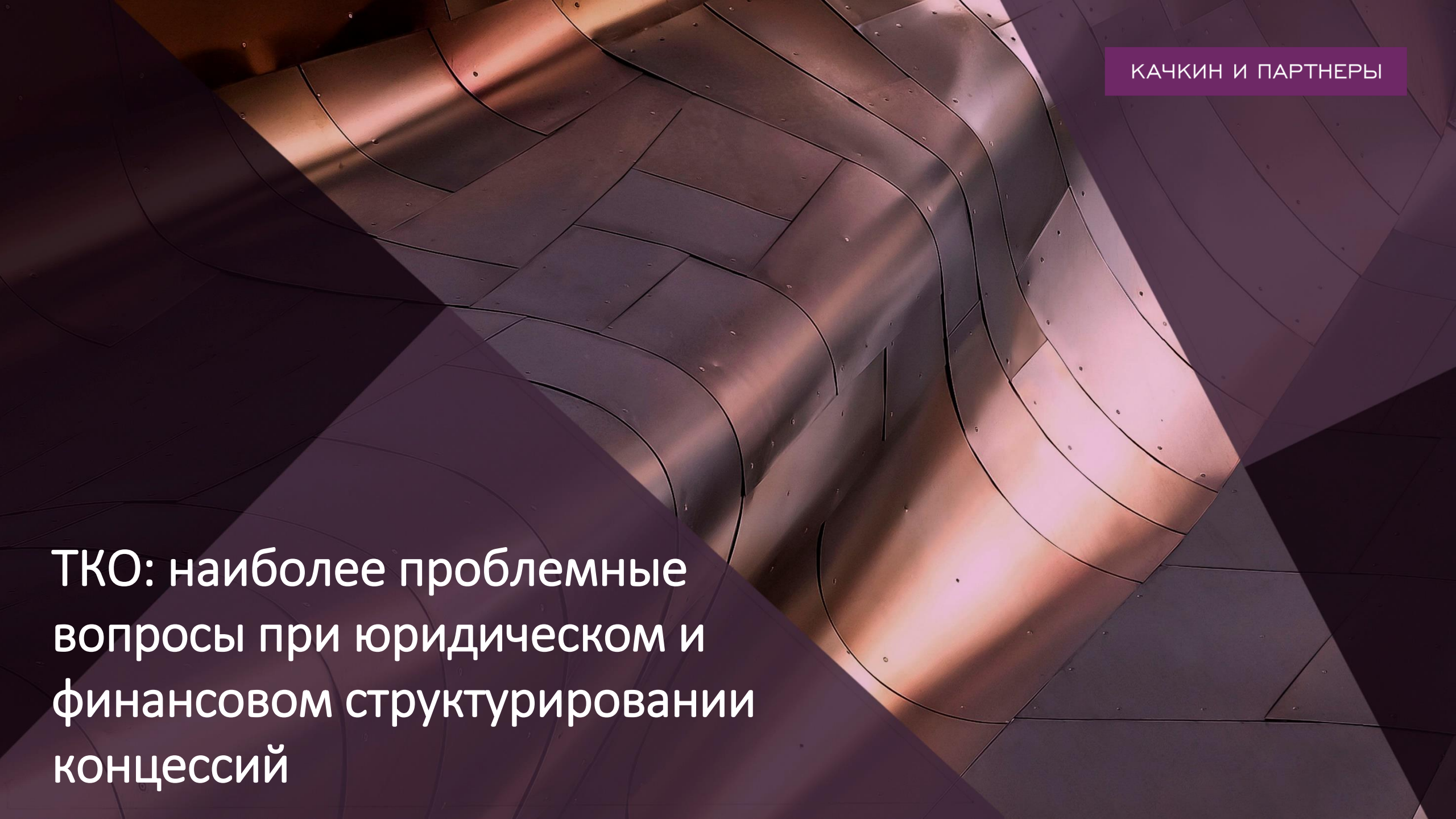


КАЧКИН И ПАРТНЕРЫ

ТКО: наиболее проблемные вопросы при юридическом и финансовом структурировании концессий

Структура источников возмещения инвестиций концессионера в проектах ТКО

1) Тарифная выручка: амортизация, нормативная прибыль

Структура источников возмещения инвестиций концессионера в проектах ТКО

1) Тарифная выручка: амортизация, нормативная прибыль
2) Финансовое участие концедента по концессионному соглашению:
   - капитальный грант
   - плата концедента
   - возмещение недополученных доходов (МГД) (?)

Структура источников возмещения инвестиций концессионера в проектах ТКО

1) Тарифная выручка: амортизация, нормативная прибыль
2) Финансовое участие концедента по концессионному соглашению:
   - плата концедента
   - возмещение е участие концедента по концессионному соглашению:
   - недополученных доходов (МГД) (?)
3) Доходы от нерегулируемой деятельности

Соотношение финансового участия концедента по КС с тарифным регулированием

Несогласованность тарифного и концессионного законодательства

Риск необоснованного уменьшения тарифа в связи с выплатой концедентом субсидий по КС

Риск недействительности отдельных положений КС (в части платежного механизма)

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (1)

В инвестиционной программе концессионера дополнительно содержатся сведения:

1) об объеме расходов, финансируемых за счет средств концедента, на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, расходов на использование (эксплуатацию) указанного объекта, по предоставлению концессионеру государственных или муниципальных гарантий
2) размер принимаемых концедентом на себя расходов
3) размер платы концедента по концессионному соглашению на каждый год срока действия концессионного соглашения

(п. 5(1) Правил разработки и утверждения инвестиционных программ)

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (2)

В качестве источников финансирования инвестиционной программы могут быть указаны:

1) учтенные при установлении тарифов амортизация и нормативная прибыль
2) займы и кредиты
3) средства бюджетов бюджетной системы РФ, в том числе расходы концедента на создание и (или) реконструкцию объекта
4) прочие источники финансирования

(п. 10 Правил разработки и утверждения инвестиционных программ)

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (3)

Примеры учета финансовых обязательств концедента в утвержденных инвестиционных программах:

1) Капитальный грант и плата концедента (в части расходов на строительство) – в ХМАО-Югре[1]
2) Плата концедента (в части расходов на строительство) – в Новгородской области[2]
3) Плата концедента (в части расходов на строительство и эксплуатацию) – в Томской области[3]

[1] Приказ Департамента промышленности Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 09.04.2021 №38-П-90 «Об утверждении инвестиционной программы в сфере обращения с твердыми коммунальными отходами ООО «КОМПЛЕКС ПЕРЕРАБОТКИ ОТХОДОВ «ЮГРА» на 2021 – 2045 годы».

[2] Постановление Комитета по тарифной политике Новгородской области от 29.03.2023 № 19 «Об утверждении инвестиционной программы общества с ограниченной ответственностью «Спецтранс-53» по строительству полигона твердых коммунальных отходов на 2023 - 2036 годы»

[3] Приказ Департамента природных ресурсов и охраны окружающей среды Томской области от 05.04.2023 № 66 «Об утверждении инвестиционной программы общества с ограниченной ответственностью «Томская региональная концессионная компания» в области обращения с твердыми коммунальными отходами»

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (4)

В производственной программе:

1) Указание на учет платы концедента в Правилах разработки и утверждения производственных программ отсутствует

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (4)

В производственной программе:

1) Указание на учет платы концедента в Правилах разработки и утверждения производственных программ отсутствует

2) «Производственная программа должна включать сведения об объеме финансовых потребностей, необходимых для реализации производственной программы»

(Пп. «г» п. 5 Правил разработки и утверждения производственных программ…)

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (4)

В производственной программе:

1) Указание на учет платы концедента в Правилах разработки и утверждения производственных программ отсутствует

2) «Производственная программа должна включать сведения об объеме финансовых потребностей, необходимых для реализации производственной программы»

(Пп. «г» п. 5 Правил разработки и утверждения производственных программ…)

Плата концедента с 01.10.2023:

«возмещение и (или) финансовое обеспечение на этапе эксплуатации расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и иного передаваемого концедентом концессионеру по имущества, в том числе на техническое обслуживание объекта концессионного соглашения».

(п. 2 ч. 1 ст. 10.1 115-ФЗ в редакции 296-ФЗ)

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (6)

(1) Возможна ли компенсация части расходов на эксплуатацию за счет платы концедента в ТКО концессиях?

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (6)

(1) Возможна ли компенсация части расходов на эксплуатацию за счет платы концедента в ТКО концессиях?

(2) Если да, должны ли такие расходы концедента учитываться в инвестиционной программе как объем расходов, финансируемых за счет концедента на эксплуатацию объекта?

Учет капитального гранта и платы концедента по тарифному законодательству (6)

(1) Возможна ли компенсация части расходов на эксплуатацию за счет платы концедента в ТКО концессиях?

(2) Если да, должны ли такие расходы концедента учитываться в инвестиционной программе как объем расходов, финансируемых за счет концедента на эксплуатацию объекта?

(3) должны ли такие расходы концедента учитываться в производственной программе и каким образом?

Особенности применения МГД в тарифных концессиях

Минимальный гарантированный доход (МГД) – выплата, обязанность произвести которую зависит от наступления обстоятельств, которые могут наступить, а могут и не наступить (условное денежное обязательство).

(п. 3 ч. 1 ст. 10.1 115-ФЗ в редакции 296-ФЗ)

«Возмещение **недополученных концессионером доходов** от использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения в целях обеспечения **минимального гарантированного дохода** концессионера от использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения, определенного в концессионном соглашении».

МГД и ОВВ

Для тарифных концессий законодателем в 115-ФЗ предусмотрен схожий с МГД механизм – гарантия объема валовой выручки (ОВВ).

Статья 20. Гарантии прав концессионера

1. В случае, если принятые федеральные законы и (или) иные нормативные правовые акты <…> приводят к ***ухудшению положения концессионера*** таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, <…> концедент обязан принять меры, ***обеспечивающие окупаемость инвестиций*** концессионера и ***получение им валовой выручки*** (дохода от реализации производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) в объеме ***не менее объема, изначально определенного концессионным соглашением***.

ОВВ: основное нормативное регулирование

Регулирование для концессионных соглашений:

- «Понятие ОВВ в концессионном и отраслевом законодательстве отсутствует. При этом под *валовой выручкой* в концессионном законодательстве понимается *доход от реализации* производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг *по регулируемым ценам (тарифам)* (ч. 1 ст. 20 115-ФЗ)»
- ОВВ – существенное условие КС в сфере ТКО (п. 6.5 ч. 1 ст. 10 115-ФЗ)
- Установлена гарантия получения концессионером ОВВ при изменении законодательства (ст. 20 115-ФЗ)

ОВВ не тождественно НВВ (1)

Объем валовой выручки (ОВВ)

Закон о концессионных соглашениях

Необходимая валовая выручка (НВВ)

Закон об отходах, Основы ценообразования, Методические указания по расчету тарифов

ОВВ не тождественно НВВ (1)

Объем валовой выручки (ОВВ)

- Закон о концессионных соглашениях
- Размер ОВВ согласовывается концессионером и концедентом в КС

Необходимая валовая выручка (НВВ)

- Закон об отходах, Основы ценообразования, Методические указания по расчету тарифов
- Размер НВВ рассчитывается и утверждается тарифным органом при установлении тарифов

ОВВ не тождественно НВВ (1)

Объем валовой выручки (ОВВ)

- Закон о концессионных соглашениях
- Размер ОВВ согласовывается концессионером и концедентом в КС
- Порядок расчета ОВВ нормативно не определен

Необходимая валовая выручка (НВВ)

- Закон об отходах, Основы ценообразования, Методические указания по расчету тарифов
- Размер НВВ рассчитывается и утверждается тарифным органом при установлении тарифов
- НВВ рассчитывается в порядке и сроки, определенные тарифным законодательством

ОВВ не тождественно НВВ (1)

Объем валовой выручки (ОВВ)

- Закон о концессионных соглашениях
- Размер ОВВ согласовывается концессионером и концедентом в КС
- Порядок расчета ОВВ нормативно не определен
- Последствия неполучения ОВВ:
  1) ст. 20 115-ФЗ (с учетом ограничений)
  2) последствия, установленные в КС

Необходимая валовая выручка (НВВ)

- Закон об отходах, Основы ценообразования, Методические указания по расчету тарифов
- Размер НВВ рассчитывается и утверждается тарифным органом при установлении тарифов
- НВВ рассчитывается в порядке и сроки, определенные тарифным законодательством
- Неполучение НВВ:
  1) Учет недополученных доходов в следующих периодах регулирования в случае снижения объема (массы) ТКО (п. 11 Основ ценообразования);
  2) Возмещение недополученных доходов из бюджета субъекта (ст. 24.9 89-ФЗ)

ОВВ не тождественно НВВ (2)

Косвенно различие между ОВВ и НВВ подтверждается и судебной практикой:

- «*Валовая выручка* представляет собой *доход от реализации* производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам). То есть *разумные ожидания концессионера* в условиях добросовестного исполнения ими своей деятельности сводятся к получению той необходимой валовой выручки и тем способом, которые *запланированы при утверждении тарифа*.
  При этом согласно указанной правовой норме концедент обязан принять меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера, исходя из валовой выручки (дохода) в объеме не менее объема, изначально определенного концессионным соглашением».

  (*Определение Верховного Суда РФ от 22.06.2022 № 310-ЭС22-9190 по делу № А54-7448/2020*)

- «объем валовой выручки концессионера <…> носит предположительный характер и не определяет фактическую величину получения прибыли истцом за установленные периоды»

  (*Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2020 N 16АП-3211/2020 по делу N А61-5270/2019*)

Практика определения в КС последствий недостижения ОВВ

Наступление особого обстоятельства и выплата дополнительных расходов	Часть платы концедента, выплачиваемая в случае недостижения ОВВ (МГД)
▪ КС в отношении создания и эксплуатации мусороперерабатывающего завода и полигона в Пензенской области ▪ КС в отношении создания и эксплуатации объектов по обращению с ТКО на территории Республики Мордовия «Мусоросортировочная станция № 1» ▪ КС о создании и эксплуатации объекта по обращению с ТКО для МО «город Екатеринбург» и Екатеринбургской агломерации (Свердловская область) ▪ КС о создании и эксплуатация объектов, на которых осуществляется обработка, обезвреживание, утилизация и захоронение ТКО в Магаданской области и др.	▪ Положения конкурсной документации в 4 проектах о создании и эксплуатации комплексных межмуниципальных полигонов ТКО в различных районах (городах) ХМАО-Югры:

ОО: «установление НВВ в размере, меньшем ОВВ от регулируемых видов деятельности, определенного в КС на соответствующий год»

«МГД рассчитывается как ОВВ, получаемой концессионером в рамках реализации КС на каждый год срока действия КС, уменьшенной на размер обязательств, принимаемых на себя концессионером в случаях недополучения запланированных доходов от использования (эксплуатации) Объекта»

Соотношение на практике НВВ и ОВВ

Возможные варианты соотношения размера НВВ, устанавливаемого тарифным органом, с ОВВ, определенным в КС, и последствия его недостижения

НВВ = ОВВ

Недостижение ОВВ означает недостижение НВВ

Последствия предусмотрены тарифным законодательством

НВВ меньше ОВВ

Последствия ст. 20 115-ФЗ применимы только в случае изменения законодательства

Необходимо определить в КС последствия недостижения ОВВ в иных случаях

Необходимость регулирования в КС условия о недостижении ОВВ

Недостижение ОВВ

По основаниям, предусмотренным законодательством:

Во избежание кассового разрыва при компенсации недополученных доходов по основаниям, предусмотренным законодательством (в связи со снижением объема ТКО – за счет платы потребителей путем учета в тарифах последующих периодов; в случаях по ППРФ № 603 – за счет бюджета субъекта РФ.

По иным основаниям:

Неполучение ОВВ по иным причинам, не предусмотренным в отраслевом законодательстве, но лежащим за пределами контроля концессионера

Рекомендации для учета в КС

Для снижения рисков при компенсации недополученных доходов в связи с неполучением концессионером ОВВ рекомендуется установить в КС:

1) Порядок компенсации дополнительных расходов (недополученных доходов) по данному основанию
2) Порядок (формулу) расчета размера компенсируемых дополнительных расходов по данному основанию
3) Положения, определяющие правовую природу данной компенсации как возмещения недополученных доходов (не только возмещения затрат)

Риск ничтожности условий КС о компенсации недополученных доходов

Несмотря на приведенные рекомендации, существует риск признания недействительными положений КС (конкурсной документации) о компенсации недополученного объема валовой выручки, поскольку данный механизм тарифным законодательством не предусмотрен:

- В деле № А76-31705/2016 суд признал правомерным решение УФАС о наличии в действиях Министерства нарушений положений 115-ФЗ при включении в конкурсную документацию условий о компенсации концедентом затраты и недополученных доходов концессионера, образованных вследствие предоставления льгот для отдельных категорий потребителей; снижения уровня загрузки объекта ТКО ниже минимального уровня, определенного конкурсной документацией.
- В деле № А64-1993/2019 суд признал ничтожными положения КС, содержащие обязанность концедента компенсировать ежегодно в денежном выражении концессионеру снижение запланированной годовой валовой выручки вследствие снижения объема реализации или утвержденного тарифа на тепловую энергию ниже зафиксированного в КС размера тарифа.
- В деле № А60-32637/2020 Верховный Суд РФ указал, что «недополученные доходы от регулируемой деятельности не могут быть отнесены к убыткам, поскольку они являются последствием предпринимательского риска и не должны перекладываться на другую сторону соглашения, а их возмещение может быть осуществлено путем предоставления субсидий или осуществления бюджетных инвестиций в форме капитальных вложений в объекты соглашений.

Иные риски, связанные с компенсацией недополученного ОВВ

Помимо этого при попытке получения компенсации недополученного ОВВ концессионер может столкнуться со следующими рисками:

1) При взыскании компенсации в связи с наступлением особого обстоятельства – риски, связанные с отсутствием устоявшейся практики получения компенсации дополнительных расходов по особым обстоятельствам

Иные риски, связанные с компенсацией недополученного ОВВ

Помимо этого при попытке получения компенсации недополученного ОВВ концессионер может столкнуться со следующими рисками:

1) При взыскании компенсации в связи с наступлением особого обстоятельства – риски, связанные с отсутствием устоявшейся практики получения компенсации дополнительных расходов по особым обстоятельствам

2) При структурировании и последующем взыскании компенсации как части платы концедента (МГД) – риски, связанные бюджетированием обязательств концедента по выплате МГД

Иные риски, связанные с компенсацией недополученного ОВВ

Помимо этого при попытке получения компенсации недополученного ОВВ концессионер может столкнуться со следующими рисками:

1) При взыскании компенсации в связи с наступлением особого обстоятельства – риски, связанные с отсутствием устоявшейся практики получения компенсации дополнительных расходов по особым обстоятельствам

2) При структурировании и последующем взыскании компенсации как части платы концедента (МГД) – риски, связанные бюджетированием обязательств концедента по выплате МГД

3) Риски, связанные с компенсацией недополученного ОВВ как недополученных доходов в связи с тем, что:

   - Тарифным законодательством предусмотрено покрытие за счет тарифа всех экономически обоснованных расходов концессионера

   - Тарифным законодательством при установлении НВВ предусмотрено ограничение нормативной прибыли (Ключевая ставка ЦБ РФ + 4 процента)

Риски, связанные с последствиями возмещения недополученных доходов

В случае выплаты компенсации концессионеру недополученных доходов в связи с неполучением ОВВ могут возникнуть следующие риски:

Риск учета тарифным органом данных поступлений в следующем периоде регулирования как доходов от регулируемой деятельности

Риск снижения тарифа в следующем периоде в связи с наличием дополнительных поступлений в предыдущем периоде регулирования

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (1)

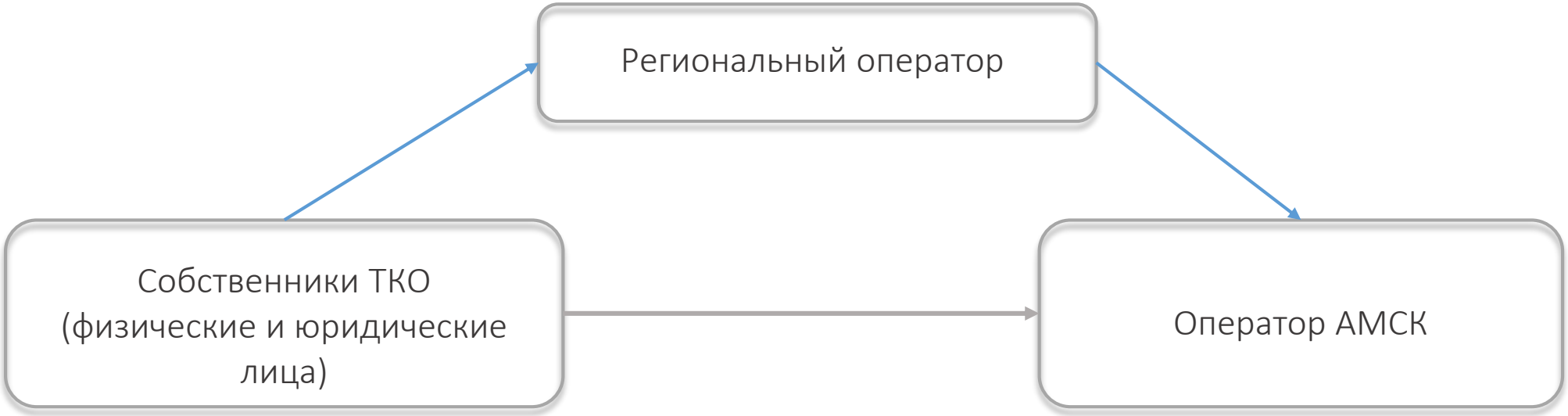
Риски:

1) невозможности реализации ВМР без права собственности на отходы
2) взыскания выручки, полученной от реализации ВМР, как неосновательного обогащения

Вторичные ресурсы – отходы, которые или части которых могут быть повторно использованы для производства товаров, выполнения работ, оказания услуг или получения энергии и которые получены в результате раздельного накопления, сбора или обработки отходов либо образованы в процессе производства.

(Закон об отходах производства и потребления в редакции 268-ФЗ)

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (2)



Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (3)

Регулирование:

1) В федеральном законодательстве вопрос однозначно не урегулирован

2) Вопросы установления права собственности на отходы так же, как и вопросы определения стороны, ответственной за исполнение обязанностей в области обращения с отходами, возложенных на образователя отходов действующим природоохранным законодательством, регулируются хозяйствующими субъектами в рамках договорных отношений

(Письмо Минприроды России от 09.07.2020 № 25-47/17005)

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (4)

В судебной практике вопрос передачи права собственности на отходы решается неоднозначно:

1) Практика ВС РФ по вопросу внесения платы за негативное воздействие на окружающую среду – например, дело № А79-4567/2013, дело № А31-5740/2013

2) В делах № А07-13387/2019, № А07-13387/2019 , № А31-541/2018 суды приходили к выводу, что **право собственности на отходы** от регионального оператора **к оператору не переходит**, однако во всех делах суды делали такой вывод в связи с необходимостью освобождения оператора от расходов, которые по смыслу отраслевого регулирования лежат на региональном операторе

3) В делах № А66-7335/2014, № А48-8865/2019, № А71-17803/2021; № №А12-13154/2018 суды косвенно подтвердили возможность установления в договорах условия о приобретения оператором права собственности на ТКО

Право собственности на отходы для целей реализации BMP (5)

Рекомендации по снижению рисков, связанных с переходом права собственности на отходы:

1) В концессионном соглашении: закрепление презумпции о наличии у концессионера права собственности на BMP и особого обстоятельства, связанного с нарушением этого условия

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (5)

Рекомендации по снижению рисков, связанных с переходом права собственности на отходы:

1) В концессионном соглашении: закрепление презумпции о наличии у концессионера права собственности на ВМР и особого обстоятельства, связанного с нарушением этого условия
2) В соглашении между субъектом РФ и региональным оператором

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (5)

Рекомендации по снижению рисков, связанных с переходом права собственности на отходы:

1) В концессионном соглашении: закрепление презумпции о наличии у концессионера права собственности на ВМР и особого обстоятельства, связанного с нарушением этого условия
2) В соглашении между субъектом РФ и региональным оператором
3) В договоре по обращению с ТКО, заключаемом региональным оператором с собственниками ТКО

Право собственности на отходы для целей реализации ВМР (5)

Рекомендации по снижению рисков, связанных с переходом права собственности на отходы:

1) В концессионном соглашении: закрепление презумпции о наличии у концессионера права собственности на ВМР и особого обстоятельства, связанного с нарушением этого условия
2) В соглашении между субъектом РФ и региональным оператором
3) В договоре по обращению с ТКО, заключаемом региональным оператором с собственниками ТКО
4) В договоре на обработку ТКО между региональным оператором и оператором (концессионером)

Необходимо закрепление на законодательном уровне возможности перехода права собственности на ВМР к оператору по обработке

ФИНАНСОВЫЕ АСПЕКТЫ СТРУКТУРИРОВАНИЯ ТАРИФНЫХ КОНЦЕССИЙ ТКО

Слияние «тарифной» и финансовой моделей

- Корректный учет капитальных затрат в финансовой модели и инвестиционной программе
- Корректный расчет инвестиционной части тарифа
- Корректный расчет прогнозного уровня нормативной прибыли в составе тарифа
- Корректный учет НДС при расчете тарифа и платы концедента

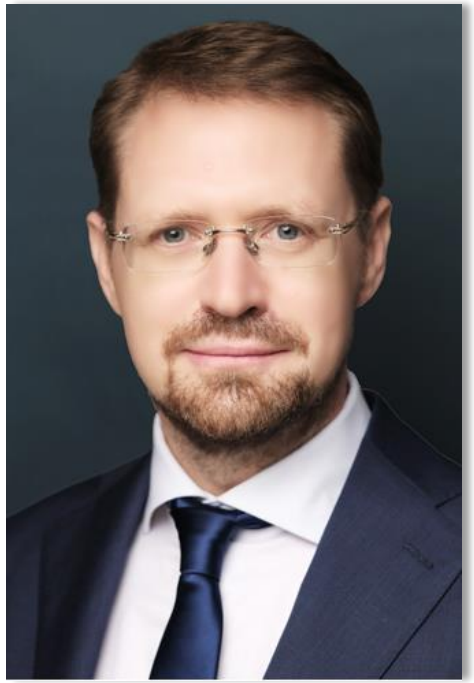
Ключевые особенности привлечения заемного финансирования

- Расчет потребности в финансировании заемными средствами производится только от капитальных затрат, включаемых в ПСД и подтверждаемых экспертизой
- Общий порядок привлечения и выборки заемных средств
- Общий порядок обслуживания заемных средств

Основные ковенанты финансирующих организаций

- Отсутствие (минимализация) влияния коммерческих рисков проекта на обязательства концессионера перед кредиторами
- Допустимый уровень коэффициента обслуживания долга (*DSCR*)
- Наличие резервного счета обслуживания долга (*DSRA*)
- Принципы субординации при погашении обязательств концессионера
- Стресс-тест и анализ чувствительности

Спасибо за внимание!



Денис Качкин

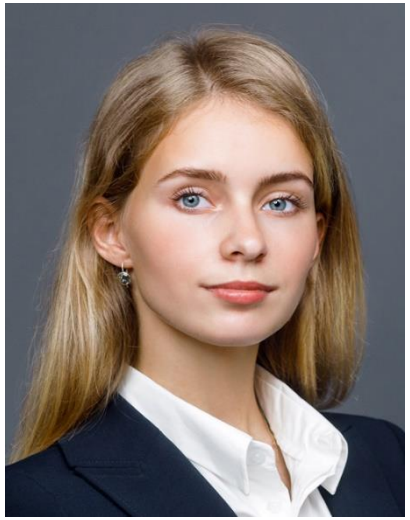
Управляющий партнер, адвокат
Руководитель практики
по инфраструктуре и ГЧП

Заведующий базовой кафедрой
юридического факультета
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

dk@kachkin.ru
+7 911 297 09 63
www.kachkin.ru

Кирилл Васичкин

Руководитель направления
финансовой экспертизы
kirill.vasichkin@kachkin.ru
+7 812 602 0225



Алена Пимоненко

Юрист практики по
инфраструктуре и ГЧП
Alena.pimonenko@kachkin.ru
+7 812 602 0225