

ВАЛЬКОВ В.А.

выпускник Юридического факультета МГУ
vladimir.j.valkov@yandex.ru

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ И РЕГУЛИРОВАНИЕ РИСКОВ В ГОСУДАРСТВЕННЫХ КОНТРАКТАХ¹

Для цитирования: Вальков В.А. Реферат статьи: Bovis C. Editorial: Risk in Public Contracts — The Treatment and the Regulation [Правовой режим и регулирование в государственных контрактах] // Закупки и право. 2025. № 2. С. 88–90.

К. Бовис в своей статье отмечает, что долгосрочное участие частного партнера в предоставлении инфраструктуры и государственных услуг отражается на правовом режиме распределения рисков между государственным и частным партнерами в рамках государственно-частного партнерства (ГЧП). Такие риски могут быть связаны со строительством объектов инфраструктуры (проектирование, перерасход средств на строительство и задержки в реализации проектов), финансовыми изменениями (процентные ставки, обменные курсы и другие факторы, влияющие на стоимость финансирования), исполнением контракта, которое связано с наличием необходимых для этого активов и качеством предоставления соответствующих услуг в рамках контракта, риском спроса, который связан с текущей потребностью в соответствующих государственных услугах, и риском остаточной стоимости, который связан с будущей рыночной ценой актива.

Возложение большей части рисков на частного партнера, по мнению К. Бовиса, оказывает существенное влияние на признание ГЧП более эффективной и рентабельной формой в отличие от обычных проектов по предоставлению государственных услуг и инвестиций. Размер капиталовложений, необходимый для финансирования проектов ГЧП, должен зависеть от особенностей рисков, которые содержит конкретный проект, а не только от источника финансирования. При этом источник финансирования может оказать влияние на проектный риск в зависимости от ситуации, сложившейся на рынке.

С одной стороны, на развитых рынках не имеет значения, кто несет проектный риск — государственный или частный партнер. С другой стороны, когда рынки менее развиты, проектный риск зависит от его детального распределения между сторонами. Напри-

мер, государственный партнер в силу закона может взимать налоги, что снижает вероятность по невыполнению им своих обязательств.

Существует ряд критериев, которые, по мнению автора, применяются для оценки степени рисков в рамках ГЧП. Наиболее важным среди них является владение активами, которые позволяют обеспечить стабильное финансирование проекта. Также на практике принято использовать в качестве критерия характер договорных отношений в рамках ГЧП, который позволяет оценить степень распределения рисков между сторонами.

Взаимодействие государства и частных партнеров является оптимальной формой управления рисками. Эта аксиома подчеркивает принцип публичной ответственности современного государства в целом ряде аспектов. Частный партнер использует собственные средства для финансирования проектов и оказания государственных услуг. Поэтому его можно отнести к заинтересованной стороне контракта, которой необходимо надлежащим образом исполнить обязательства с целью получения прибыли и обеспечения окупаемости своих инвестиций. Этот признак стимулирует частного партнера завершить проект в установленный срок, чтобы как можно раньше обеспечить получение прибыли. Для государства данный признак позволяет эффективно использовать бюджетные средства, так как запланированный платеж фиксируется до начала строительства в рамках контракта, что позволяет защитить государство от воздействия перерасхода средств.

В результате частные партнеры становятся важным элементом в выполнении функций государства, тем самым проявляется концептуальная и стратегическая конвергенция между государственным и частным партнерами. Частные партнеры получают финансовые стимулы, и это стимулирует их использовать новые решения в сфере предоставления государственных услуг путем постоянного повышения качества, внедрения инноваций, повышения эффективности и результативности управления. Таким образом, государство в некоторой степени исполь-

¹ Оригинальную статью см.: Bovis C. Editorial: Risk in Public Contracts — The Treatment and the Regulation // *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2019. Vol. 14. No. 1. P. 1–6.

зует механизмы из предпринимательской деятельности для повышения качества государственных услуг.

Автор обращает особое внимание на проблему управления рисками в рамках ГЧП. Государственно-частное партнерство — это соглашение, в силу которого осуществляется вертикально и горизонтально интегрированное распределение прав внутри консорциума. ГЧП преследует цель защитить границы консорциума, организацию деятельности в рамках консорциума и отразить структуру взаимоотношений между государственными и частными партнерами. По мнению автора, крайне важно, чтобы права инвесторов были четко определены и надлежащим образом защищены. Поэтому стандарты компенсационных выплат должны быть урегулированы внутри соглашения. Таким образом, ГЧП определяет, как можно эффективно управлять рисками, принимаемыми каждой из сторон, избегая длительных юридических конфликтов по поводу надлежащего исполнения контракта.

Управление государственными услугами, по мнению автора, является достаточно сложным из-за многообразия задач, которые требуют координации деятельности различных учреждений и организаций. При этом превентивные меры в виде юридических санкций не всегда являются стимулирующими для надлежащего исполнения обязательств в рамках контракта, поэтому на практике часто используется ряд поощрительных мер в виде предоставления различных льгот и мер поддержки.

Не менее важным является вопрос о разнородных проблемах, связанных с распределением рисков между разными партнерами в рамках одного проекта ГЧП, поскольку все подходы к закупке, финансированию и эксплуатации инфраструктурных объектов сопряжены с определенными рисками. При этом К. Бовис отмечает, что существует ряд рисков, связанных с ГЧП, которыми можно управлять. Однако это требует расчетливых и разумных мер со стороны ответственных за выполнение проекта должностных лиц. Для контроля распределения рисков на практике используют сбалансированные программы ГЧП, проводится необходимая юридическая экспертиза, а также переговоры для структурирования концессионного соглашения.

Кроме того, автор отдельно указывает на то, что риски, связанные с ГЧП, необходимо оценивать в контексте недостатков традиционных подходов к финансированию и реализации проектов. В частности, при возложении рисков по нескольким элементам проекта на частного партнера государственный орган, осуществляющий закупку, сосредотачивается на получении оптимального проекта по приемлемой цене. Также риски могут оказывать влияние на цели проекта. Для их минимизации как частный, так и государственный партнер должны проводить детальный анализ рисков, чтобы обеспечить их справедливое распределение и предоставить возможность добиться в рамках проекта лучших результатов. По мнению автора, справедливое и разумное распределение различных рисков жизненно важно для успеха ГЧП. Если риски распределяются несправедливо или неправиль-

но за пределами возможностей заинтересованных сторон, проекты ГЧП не будут реализованы.

При традиционных государственных закупках государство несет все или большую часть рисков, как считает автор. В рамках ГЧП основное преимущество заключается в том, что все необходимые риски возлагаются на частного партнера, который также получает вознаграждение за свои инвестиции и риски. Соответственно, контракт такого рода призван позволить частному партнеру преследовать свою цель получения прибыли, защищая при этом интересы всего общества как «пользователя» объекта инфраструктуры.

Поэтому взаимодействие между правительством и частным партнером характеризуется принципом взаимности. К. Бовис пишет, что соотношение рисков в рамках контракта имеет решающее значение для договоренностей между партнерами. Риски можно рассматривать с точки зрения различных заинтересованных сторон: спонсоров, кредиторов, правительства и пользователей (клиентов) проекта. Риски также могут быть сгруппированы в категории по типу: коммерческий риск, т.е. риски, связанные с рассматриваемым сектором или коммерческой деятельностью (например, обработка грузов в порту, инвестиции в аэропорт или паромный терминал); риски, характерные для конкретной страны (включая политические, экономические и финансовые); риски общего характера, такие как форс-мажорные обстоятельства. Риски также могут быть дифференцированы в зависимости от того, когда они возникают в проектном цикле — например, риск фазы развития, риск фазы строительства и риск фазы эксплуатации. В целом, подводит итог автор, риски ГЧП носят как общий, так и проектный характер.

Для обеспечения успешной реализации проекта, по мнению К. Бовиса, необходимо оптимальное распределение рисков между государственным и частным партнерами, при котором каждый партнер сохраняет тот риск, которым он лучше всего может управлять. Распределение риска на договорной основе часто является основой для принятия решения о предоставлении государственных услуг в рамках механизма ГЧП, поскольку эта конструкция устанавливает права и обязанности как государства, так и частных инвесторов.

В этом смысле ГЧП становится механизмом передачи прав и обязанностей инвесторов специализированной компании. На основании соглашения или дополнительного проектного контракта частный партнер и правительство договариваются о новом контракте, в котором переоформляются права и обязанности при реализации проекта. По мнению автора, закон должен также включать положения о либерализации нормативной базы ценообразования с использованием рыночных принципов при установлении ставок и корректировок, чтобы обеспечить инвесторам конкурентоспособную норму прибыли. Этот аргумент не предполагает существования контрактов, охватывающих любые непредвиденные обстоятельства или случайности.

В основе успешных стратегий управления рисками лежит высокоэффективный комплексный подход к распределению рисков с использованием проверенных процессов исполнения и контроля. Такой подход,

по мнению К. Бовиса, позволит участвующим сторонам добиться соответствующего признания их интересов в рамках процесса закупок на основе переговоров с учетом конкретных условий. Важно отметить, что стороны действительно могут снизить риски в рамках ГЧП, принимая разумные меры для обеспечения структурирования программ ГЧП.

Наиболее успешными решениями в рамках законодательных конструкций являются те, которые предоставляют участникам проекта ГЧП больше диспозитивности в целях разработки оптимальной структуры его реализации. В результате создания инновационной контрактной программы многим проектам в рамках ГЧП было разрешено использовать некоторые нестандартные подходы по распределению рисков. Кристофер Бовис указывает, что требования в рамках контракта и рыночные механизмы требуют от подрядчика большей ответственности за эксплуатацию и техническое обслуживание объекта, чем это требовалось бы от государственных органов.

Каждый проект включает в себя широкий спектр неопределенностей, что требует от государственных органов и частных организаций совместной проработки всех деталей в рамках долгосрочного сотрудничества, а также создания эффективного механизма распределения рисков в контракте. Частные партнеры связаны обязательствами в рамках договора и рыночными условиями, что заставляет их добросовестно распоряжаться объектами и услугами, для которых они взяли на себя долгосрочный финансовый риск.

В рамках ГЧП частная организация уполномочена эксплуатировать объекты на основе детально разработанного с государственным органом плана. В этих соглашениях определяются стандарты работы, которые оператор должен соблюдать в отношении условий эксплуатации объекта, мер безопасности и обязательств по техническому обслуживанию. Несоблюдение частным оператором этих стандартов, по мнению автора, может привести к тому, что контроль за эксплуатацией объекта и право на получение дополнительных доходов от оператора будут возвращены государственному органу. Таким образом, существует большая ответственность за его эксплуатацию и техническое обслуживание в рамках концессии, которая определяет подробные стандарты эксплуатации и технического обслуживания.

Для частного оператора подотчетность государственному органу, предоставившему концессию, и пользователям объекта имеет первостепенное значение, поскольку концессия является источником дохода оператора. В той мере, в какой возникают задержки в работе и снижаются доходы (либо в результате действия договорного механизма, либо в результате действия рыночных сил), оператор несет риск неуплаты по платежам за обслуживание долга и потенциально теряет концессию.

Отдельно автор описывает проблему пересмотра проектов ГЧП в связи с появлением рисков даже при наличии благоприятных обстоятельств. Проекты ГЧП по своей природе являются долгосрочными инвестициями, включающими сложные организационные структуры, ведущие к повышению риска для всех заинтере-

сованных сторон. Основной причиной низкого уровня реализации некоторых проектов является отсутствие в контрактах точного определения и надлежащего учета рисков.

Фактически риск может быть вызван прямыми и косвенными неблагоприятными последствиями действий и событий, которые не были учтены или плохо подготовлены. Кристофер Бовис пишет о том, что во время реализации проектов ГЧП технологическая, рыночная, организационная и финансовая среда могут существенно измениться. Таким образом, инфраструктурные проекты в рамках ГЧП характеризуются высокой степенью риска и неопределенности. Поэтому крайне важно обеспечить своевременное выявление, критерии и оценку факторов риска, чтобы гарантировать максимальное увеличение результатов и минимизировать последствия негативных событий.

Распределение рисков в рамках ГЧП — это форма управления рисками, которая используется в отрасли уже много лет. Она включает в себя распределение рисков, присущих проекту, между договаривающимися сторонами. Кристофер Бовис пишет о том, что если распределение риска осуществляется эффективно, то это не приводит к грубому или несправедливому распределению всех рисков между сторонами, а наоборот, риски возлагаются на стороны в соответствии со способностью контролировать и страховать их. Кроме того, эффективное управление рисками дает положительные результаты по проекту за счет повышения его эффективности и создания хороших взаимоотношений между договаривающимися сторонами.

К. Бовис полагает, что современные конкурентные и сложные закупки требуют детального рассмотрения при формировании контракта на строительство для обеспечения того, чтобы условия контракта в части распределения рисков были справедливыми, а техническое задание и сроки — осуществимыми, а также чтобы ответственность и обязательства были конкретно определены. Партнеры в рамках контракта должны возлагать риски и обязательства на ту сторону, которая лучше всего умеет ими управлять и минимизировать их. Процесс заключения договора предоставляет каждой стороне возможность вести переговоры, конкретизировать свои права и обязанности в соответствии с целями проекта. В итоге договор служит основой взаимоотношений между сторонами и устанавливает, какая из сторон приняла на себя или отменила тот или иной риск в связи с проектом.

В заключение К. Бовис указывает на то, что каждый проект в рамках ГЧП — это долгосрочная договоренность о распределении рисков между партнерами. Контракт в рамках ГЧП распределяет риски между государственным и частным партнерами. Наилучшая практика предполагает оптимальную, а не максимальную передачу рисков от государственного к частному партнеру. Однако проблема может возникнуть, если риск передается ненадлежащим образом, поскольку государство может выплатить компенсацию выше, чем необходимо, для покрытия рисков частного партнера, или поставить под угрозу долгосрочную устойчивость соглашения о ГЧП.