

СУД ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА «АСТАНА»

30 марта 2023 года

Дело №: AIFC-C/CFI/2022/0003

ТОВАРИЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ «БҮЛДІРШІН-2012»

Истец

против

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ «УПРАВЛЕНИЕ ОБРАЗОВАНИЯ ГОРОДА АСТАНА»

Ответчик

РЕШЕНИЕ

Судья Суда:

Сэр Джек Битсон FBA

Структура решения:

A. Введение	1 - 9
B. Применимое право и юрисдикция	10 - 12
C. Процессуальная история	13 - 16
D. Предыстория	18 - 24
E. Условия договора	25 - 44
F. Иск и Возражение на иск	45 - 55
(i) Иск	46 - 48
(ii) Ответ на Иск	49 - 55
G. Размещение в государственном заказе	56 - 61
H. Свидетели фактов	62 - 63
I. Свидетельства экспертов	64 - 65
J. Выводы и заключение по оспариваемым вопросам	66 - 190
(i) Когда был предоставлен участок?	66 - 78
(ii) Финансовое закрытие и начало строительства	79 - 90
(iii) Инженерная инфраструктура	91 - 114
(iv) Выводы о нарушении	115 - 136
(v) Необходимые отчеты и документы по п.100 и Приложению 5	137 - 148
(vi) Передача объекта ГЧП в коммунальную собственность	149 - 160
(vii) Объем ответственности Государственного Партнера	161 - 190
(a) Компенсация убытков и «Вины» в рамках пункта 115 и Гражданского кодекса	161 - 168
(b) Восстановление финансового баланса после «дестабилизирующего события»	169 - 170
(c) Возмещение фактических Инвестиционных затрат	171 - 182
(d) Штраф за неправомерное использование чужих денег	183
(e) Упущенная выгода	184 - 186
(f) Судебные расходы Частного Партнера	187 - 190
K. Заключение и решение	191 - 196

Приложение: Резюме позиций экспертов по казахстанскому праву по вопросам, находящимся на рассмотрении Суда

РЕШЕНИЕ

А. Введение

1. Это иск по договору государственно-частного партнерства на строительство и эксплуатацию детского сада на 360 мест в городе Астана, далее «детский сад», на земельном участке, далее «участок», «вблизи пересечения улиц с проектными названиями № 29 и № 36»: Договор ГЧП, пункт 2. Иск подан ТОО «Бүлдіршін-2012», далее «Частный партнер» или «Истец» против Управления образования г. Астана,¹ далее «Государственный партнер» или «Ответчик».
2. Договор (далее «Договор ГЧП») был заключен 29 мая 2017 года и в соответствии со статьей 155 вступил в силу 1 июня 2017 года, когда он был зарегистрирован в Департаменте финансов г. Астана. Позднее стороны внесли в него изменения двумя Дополнительными соглашениями, которые отразили необходимость дополнительных затрат на проектирование и строительство трансформаторной подстанции, подключенной к участку, и продление срока строительства, как описано ниже. Дополнительное соглашение № 1 датировано 11 декабря 2020 года, а Дополнительное соглашение № 2 датировано 2 сентября 2021 года.
3. Строительство детского сада заняло 30 месяцев вместо 18 месяцев, указанных в графике реализации проекта в Приложении 2 к Договору ГЧП. В декабре 2020 года пункт 7 Дополнительного соглашения № 1 ретроспективно заменил то Приложение и предусматривал, что строительство должно быть осуществлено в период с 1 августа 2017 года по 1 октября 2020 года.
4. Строительство детского сада было завершено в сентябре 2020 года, и он был открыт 28 сентября 2020 года. 7 октября 2020 года Государственный Партнер подписал «Акт приемки объекта в эксплуатацию», принимающий объект в эксплуатацию, и регистрация которого состоялась 20 октября 2020 года. Акт приемки трансформаторной подстанции был подписан Частным Партнером 8 октября 2020 года, но государственная регистрация была завершена только 2 июля 2021 года по причине ошибки при первой попытке регистрации.

¹ С момента заключения договора название города менялось дважды. 20 марта 2019 года город Астана был переименован в город Нур-Султан, но 16 сентября 2022 года название Астана было восстановлено. В настоящем решении он будет именоваться Астана или «Город», хотя на момент подачи иска и урегулирования спора он назывался Нур-Султан, а Ответчик именуется «Государственное учреждение «Управление образования города Нур-Султан» в заявлениях и во многих документах, на которые ссылаются стороны.

5. Суть спора сторон и их позиции подробно изложены далее в настоящем решении. На данном этапе достаточно указать, что суть спора заключается в том, что участок, который Государственный Партнер предоставил под планируемый детский сад, не имел инженерной инфраструктуры в виде трансформаторной подстанции и подведенной к ней силовой кабельной линии.
6. Это произошло ввиду предположения Государственного Партнера о том, что детский сад будет получать электроэнергию от трансформаторной подстанции, которая должна была быть построена на соседнем участке, на месте строительства другого детского сада. Эта подстанция, спроектированная и оцененная в 2015 году, должна была быть построена другим частным партнером, но не была построена, поскольку план строительства другого детского сада не был реализован. Хотя, он дважды выставлялся на тендер, ни один инвестор не подал заявку.
7. Последствия отсутствия инфраструктуры электроснабжения обсуждались на заседаниях Конкурсной комиссии ГЧП и Комиссии по прямым переговорам по реализации проекта ГЧП 11 октября 2019 года, а также на заседании Комиссии ГЧП 10 февраля 2020 года. На этих заседаниях было принято решение о том, что срок строительства детского сада должен быть продлен, а Частный Партнер построит и введет в эксплуатацию трансформаторную подстанцию и получит компенсацию своих инвестиционных затрат от Государственного Партнера.
8. Вопросы, требующие решения в данном деле, включают, когда Государственный Партнер предоставил земельный участок и несет ли он ответственность за последствия отсутствия инфраструктуры электроснабжения. Эти последствия включали задержку, увеличение расходов и упущенную выгоду. В частности, подлежат ли возмещению только инвестиционные расходы, указанные в Договоре, или Частный Партнер имеет право на свои фактические инвестиционные расходы и упущенную выгоду. Вопросы также включают, нарушал ли Частный Партнер свои обязательства по предоставлению отчетов, в частности, о состоянии строительства, и, если нарушал, то каковы последствия любых нарушений.
9. Государственный Партнер также утверждает, что Частный Партнер не выполнил свое обязательство по п. 94 (4) договора по приему «не менее 100% от мощности детского сада в рамках государственного образовательного заказа на дошкольное воспитание». Однако, во время проведения конференции по кейс-менеджменту 18 октября 2022 года, чуть более чем за месяц до даты слушания, я принял заявление Частного Партнера о том, что вопрос о размещении и соотношения в рамках государственного заказа не должен рассматриваться совместно с иском. Основание заявления Частного Партнера и мои причины его принятия кратко

изложены в [56] - [61] ниже. Ниже в [56] - [61] я кратко излагаю основания заявления Частного Партнера и мои причины его принятия.²

В. Применимое право и Юрисдикция

10. Пункты 129–130 Договора ГЧП предусматривают, что Договор регулируется правом Республики Казахстан.
11. В соответствии с изменениями, внесенными в п. 4 Дополнительного соглашения № 1, п. 134 Договора ГЧП, который касается разрешения споров, наделяет данный Суд, Суд Международного финансового центра «Астана», далее «Суд МФЦА», юрисдикцией по разрешению споров, связанных с Договором.
12. Общепринято, что Договор ГЧП, в данном случае на строительство и эксплуатацию детского сада в качестве объекта ГЧП, относится к категории гражданско-правовых инвестиционных долгосрочных государственно-частных соглашений, которые заключаются и исполняются, в частности, в соответствии с Законом о государственно-частном партнерстве № 379-V от 31 октября 2015 года, (далее - "Закон о государственно-частном партнерстве"), Гражданским кодексом Республики Казахстан (далее - "Гражданский кодекс") и Предпринимательским кодексом Республики Казахстан (далее - "Предпринимательский кодекс"): см. раздел 1 Совместного отчета д-ра Нестеровой и г-на Привалова, экспертов по казахстанскому праву. Это отражает статья 2(1) Закона о государственно-частном партнерстве, которая предусматривает следующее:

«Законодательство Республики Казахстан в области государственно-частного партнерства основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из Гражданского кодекса Республики Казахстан, настоящего Закона и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан».

С. Процессуальная история

13. Частный Партнер подал свой иск 11 февраля 2022 года. Ответ Государственного Партнера на иск не датирован, но был получен Аппаратом Суда МФЦА 28 марта 2022 года. 7 апреля 2022 года Суд провел конференцию по кейс-менеджменту, а 8 апреля 2022 года издал Приказ № 1, в котором, в частности, назначил судебное разбирательство на 2 и 3 августа 2022 года, с возможностью проведения заседания 4 августа в случае необходимости. В соответствии с Приказом, стороны

² Ссылки в квадратных скобках относятся к пунктам настоящего решения.

представили документы и законодательные акты,³ на которые они ссылались, на английском и русском языках, а также подали различные заявления свидетелей, о чем более подробно излагается ниже. Письменные вступительные представления были поданы Государственным Партнером 14 июля 2022 года и Частным Партнером 26 июля 2022 года. Частный Партнер также представил заключение д-ра Нестеровой по казахстанскому праву от 22 июня 2022 года с приложенными к нему вспомогательными материалами.

14. Однако, в процессе подачи документов имели место задержки. Более того, Государственный Партнер не подал заключение независимого эксперта, как того требовал Приказ № 1, а его вступительные материалы, озаглавленные *"Письменное вступительное заявление с изложением нашей позиции и с кратким подтверждающим аргументом"*, состояли из четырех абзацев на одной странице. К 22 июля 2022 года стало ясно, что дело не будет готово к слушаниям 2 и 3 августа 2022 года, и эти даты были отменены судом.
15. 28 июля 2022 года Государственный Партнер сообщил Суду, что у него нет финансовых средств для оплаты заключения независимого эксперта. Хотя даты судебного разбирательства уже были отменены, 4 августа он подал заявление об отсрочке судебного разбирательства, заявив, что ему необходимо время, чтобы представить кандидата на роль независимого эксперта. 15 августа и 7 октября 2022 года Регистратор дал дополнительные указания относительно свидетелей-экспертов и потребовал от сторон предоставить Суду информацию о доступности их свидетелей фактов и свидетелей-экспертов.
16. Конференция по кейс-менеджменту была проведена мной 18 октября 2022 года. После, 21 октября 2022 года, был издан Приказ № 2. Этим Приказом Государственному Партнеру было разрешено использовать в судебном заседании заключение эксперта г-на Геннадия Привалова от 17 октября 2022 года и вызвать его для дачи показаний, а также подать дополнительное вступительное представление в дополнение к ранее поданному одностороннему *"Письменному вступительному заявлению"*. Новая дата судебного разбирательства была назначена на 22 и 23 ноября 2022 года с возможностью продолжения слушаний 24 ноября. В Приказе были дополнительные указания относительно свидетелей, подтверждающих фактические обстоятельства и предоставления свидетельских показаний и экспертных заключений по казахстанскому праву в соответствии с частью 19 Правил Суда МФЦА. Приказ также предписывал сторонам представить список фактических и юридических

³ В данном решении я использую английский перевод Конституции, Гражданского кодекса и законов "О государственно-частном партнерстве" и «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности», размещенный на сайте Министерства юстиции Республики Казахстан. Стороны не поднимали никаких вопросов относительно этих переводов.

вопросов по делу, указав вопросы, по которым есть согласие, и вопросы, по которым согласия нет. В нем также было указано, что Суд будет рассматривать любые споры относительно значения документа, который был переведен на английский язык, в соответствии со статьей 31(4) Регламента Суда МФЦА 2017 года и статьей 2.4 Правил Суда МФЦА 2018 года.

17. Судебный процесс проходил 22 и 23 ноября 2022 года в зале судебных слушаний Суда МФЦА в г. Астана. Третий день не потребовался. Истца представляла г-жа Гульнур Нуркеева, Партнер юридической фирмы Grata International, а Ответчика - г-н Нариман Еламанов, заместитель начальника Управления образования города Астана, но, не юрист. В ходе проведения слушаний Суд заслушал показания свидетелей и экспертов, упомянутых ниже, а также устные вступительные и заключительные заявления представителей сторон. После слушания обе стороны подали письменные заключительные заявления 30 ноября 2022 года.

D Предыстория

18. Я ссылаясь на *Закон о государственно-частном партнерстве*, который регулирует государственно-частное партнерство между государственными органами и частными организациями в Республике Казахстан. Статья 3 этого Закона устанавливает задачи и принципы, которые применяются к таким партнерствам. Задачами являются «*привлечение инвестиций в экономику государства путем объединения ресурсов государственного партнера и частного партнера для развития инфраструктуры и систем жизнеобеспечения населения*» и «*повышение уровня доступности и качества ... услуг с учетом интересов и потребностей населения...*»: Статьи 3.1(2) и (3). Принципы включают «*определение частного партнера на конкурсной основе*», за исключением случаев, когда это разрешено данным законом: Статья 3.2(2). Они также включают «*принцип сбалансированности – взаимовыгодное распределение обязанностей, гарантий, рисков и доходов между государственным партнером и частным партнером в процессе реализации проекта государственно-частного партнерства*»: Статья 3.2(3).
19. Существует ряд механизмов для реализации государственно-частного партнерства. Договор ГЧП в данном случае предусматривает контрактную схему СПУ (Строительство - Передача - Управление). В соответствии с ним Государственный Партнер предоставляет участок, на котором (в данном случае) должен быть построен детский сад на основе временного безвозмездного пользования и на условиях «под ключ», объект передается государству по завершении строительства, а затем эксплуатируется Частным Партнером в течение срока действия Договора: см. пункты 23 и 86 Договора ГЧП и см. далее Концепцию проекта ГЧП «*Строительство и эксплуатация детских садов в*

Астане, §§2.1.1 и 3.3 (далее «Концепция»).

20. В 2016 году акимат г. Астана принял постановление использовать договорное государственно-частное партнерство для решения проблемы нехватки более 80 000 мест в учреждениях дошкольного образования и обучения детей в г. Астана из-за отсутствия зданий детских садов в государственной собственности и роста рождаемости: см. *Концепцию, §§2.1.1, 3.41 и Выводы*. Предусматривалось строительство пяти детских садов частным партнером или партнерами общей вместимостью 1 440 мест, из которых 480 мест будут в государственном заказе: см. *Концепцию, таблицу 55 и §3 Типовой конкурсной документации проекта*.
21. В *Концепции* было указано (см. §2.1.4), что предполагается осуществление договорного ГЧП в силу «необходимости привлечения Частного Партнера для 100% инвестирования в строительство объектов ГЧП». В ней также говорилось (см. §3.5.5), что «компенсация инвестиционных затрат позволит обеспечить погашение долговых обязательств Частного Партнера, в результате чего достигается окупаемость вложенных инвестиций, отсутствуют кассовые разрывы, финансовая привлекательность проекта повышается». В *Выводах Концепции* сказано, что «в целях обеспечения привлекательности проекта ГЧП для Частного Партнера, согласно институциональной схеме, предполагается размещение государственного заказа в объектах ГЧП не менее 33% проектной мощности, остальную часть Частный Партнер может организовать на частной основе». В *Выводах* также отмечено, что «С точки зрения технического обеспечения – проект полностью возможен к реализации. Определены земельные участки для размещения детских садов, имеются разработанные рабочие проекты для строительства»
22. Проект был выставлен на тендер. Каждый из пяти детских садов был отдельным лотом, и участники торгов могли предложить цену за весь проект или за один или несколько лотов. Лот №4 предусматривал строительство детского сада, который стал причиной спора в данном деле. Согласно пункту 14 типовой конкурсной документации по проекту, участник, желающий принять участие в конкурсе, должен был представить документы, подтверждающие соответствие квалификационным требованиям, указанным в пункте 15, до 28 ноября 2016 года. Пункты 21, 29 и 34 требовали подачи заявок в запечатанных конвертах до 13:00 часов по времени г. Астана 20 декабря 2016 года, вскрытия конвертов позднее в тот же день и принятия решения в течение 10 дней после вскрытия конвертов. Квалификационные требования включали требование пункта 15(5) о предоставлении гарантийного письма о том, что потенциальный Частный Партнер является платежеспособным. Если потенциальный Частный Партнер намеревался взять кредит для реализации проекта, пункт 15(14) требовал от него подтвердить готовность финансовых организаций предоставить ему финансирование, если он

будет признан победителем конкурса.

23. В пункте 27 конкурсной документации были изложены критерии для определения лучших конкурсных заявок, а также балльная система оценки критериев. Критерии включали размер суммы государственных обязательств по проекту, срок выплаты государственных обязательств, период строительства, опыт участника конкурса в реализации аналогичных проектов, а также (см. пункт 27(12)) процент мест, предлагаемых потенциальным Частным Партнером для детей в рамках государственного заказа. В таблице пункта 28 приведен порядок оценки критериев. В пункте 11.1 таблицы указано, что *«Государственный заказ по проекту составляет 33% (в разрезе каждого детского сада)»* и *«Р% - 1,5 балла, присваиваемых (вычитаемых) за каждый 1% увеличения (уменьшения) базовой доли размещения детей в рамках государственного заказа по проекту»*.
24. «Бүлдіршін-2012» подал свою заявку на Лот №4 20 декабря 2016 года. Он был единственным участником торгов по этому Лоту: см. Протокол № 6 Заседания Конкурсной комиссии по определению частного партнера от 20 апреля 2017 года и показания г-жи Бикеевой. В письме Председателя Совета по защите прав предпринимателей акиму г. Нур-Султан от 20 декабря 2020 года говорится, что *«данный объект ГЧП является единственным дошкольным учреждением в г. Нур-Султан, построенным в рамках ГЧП»*.

Е Условия Договора ГЧП

25. Договор ГЧП состоит из 33 частей, содержит 184 пункта и 6 Приложений. Его положения о применимом праве и юрисдикции данного Суда кратко изложены в [10] - [12].
26. Часть 3 Договора посвящена порядку предоставления Частному Партнеру земельного участка. Пункт 7 предусматривает, что Государственный Партнер *«обязуется в течение 60 (шестидесяти) календарных дней с момента вступления в силу Договора, принять все необходимые меры в соответствии с законодательством для предоставления Частному Партнеру земельного участка в целях строительства и эксплуатации объекта ГЧП»*. Пункт 8 предусматривает, что описание земельного участка, необходимого для детского сада, указано в Приложении 3 и что *«к предоставляемому земельному участку должна быть подведена инженерная инфраструктура до точек подключения»*. Пункты 4 и 23 предусматривают, что Частный Партнер должен построить и эксплуатировать детский сад в течение установленного срока реализации - 20 лет и 4 месяца, после чего он подлежит передаче государству во владение и пользование. Этот срок был изменен пунктом 2 Дополнительного соглашения №

1 от 11 декабря 2020 года до 22 года и 6 месяцев.

27. В пункте 4 и Приложении 2 Договора первоначально был указан график осуществления в 2 месяца до «финансового закрытия» проекта ГЧП и 18-месячный период строительства с даты финансового закрытия. Пункт 1(13) определяет *«финансовое закрытие»* как *«дата, в которую Частный Партнер предоставляет письменное уведомление Государственного Партнера о том, что он получил право доступа к использованию финансовых средств, в том числе предоставленных финансовыми институтами (инвесторами) в рамках соглашений с Частным Партнером о финансировании необходимом для строительства...»*. В Договоре также первоначально было указано 2 месяца на ввод детского сада в эксплуатацию и 19 лет на его эксплуатацию и использование Частным Партнером: см. пункты 158 и 159 и Приложение 2. Срок строительства был позже изменен пунктом 6 Дополнительного соглашения № 1 на срок 38 месяцев с даты финансового закрытия. В пункте 7 Дополнительного соглашения № 1, заключенного 11 декабря 2020 года и внесшего изменения в Приложение 2, предусматривалось, что финансовое закрытие должно было произойти в период с 29 мая по 29 июля 2017 года, то есть в течение 2 месяцев с даты заключения Договора.
28. Я перехожу к положениям, касающимся финансирования проекта и источников возмещения затрат и получения доходов. Что касается финансирования, пункт 18 Договора предусматривает, что источники, размер и условия финансирования проекта ГЧП указаны в Приложении 4. В Приложении 4 указано, что 10% стоимости объекта должно быть обеспечено за счет собственных средств Частного Партнера, а 90% стоимости - за счет заемных средств, привлеченных Частным Партнером.
29. В части 11 Договора указаны источники возмещения затрат и получения доходов Частного Партнера. Пункт 71 предусматривает, что ими являются *«реализация услуг в процессе эксплуатации детского сада»* и *«компенсация инвестиционных затрат Частного партнера в соответствии с бюджетным законодательством Республики Казахстан»*.
30. Пункт 72 закрепляет, что *«компенсация Частному Партнеру инвестиционных затрат»* (далее - «КИЗ»)⁴ *«определяется согласно законодательству»*. Пункт 73 предусматривает, КИЗ Государственным Партнером Частному Партнеру *«по настоящему договору составляет 1 688 648 570 тенге»*. Дополнительным соглашением № 2 сумма в пункте 73 была изменена в свете соглашения Государственного Партнера о компенсации Частному Партнеру за работы по

⁴ Именно эта аббревиатура/акроним используется в договоре, и именно ее я использую в данном решении, однако в английских переводах документов используется ряд других, включая CIP, CIM, CIW и CIE)

трансформаторной подстанции и силовой кабельной линии. В измененном виде пункт 73 предусматривал, что общая сумма КИЗ Государственного Партнера Частному Партнеру по Договору составляет 2 035 174 570 тенге, из которых 1 688 648 570 тенге - КИЗ за здание объекта детского сада и 346 526 000 тенге - КИЗ за строительство объекта трансформаторной подстанции.

31. Пункт 74 предусматривает, что в КИЗ включает в себя расходы на строительство объекта ГЧП и расходы на управление компанией в период его строительства. Пункты 75–76 предусматривают, что выплаты осуществляются после ввода объекта в эксплуатацию в виде периодических платежей, указанных в Приложении 6 к Договору *«с учетом корректировок, предусмотренных настоящим Договором»*.
32. Пункт 80 предусматривает, что *«в случае наличия нарушений Частным Партнером условий Договора, Частный Партнер выплачивает Государственному Партнеру штрафные санкции либо Государственный Партнер уменьшает выплаты КИЗ на сумму штрафных санкций в каждом отдельном случае...»*.
33. Другие условия Договора, имеющие существенное значение в отношении спора, изложены или обобщены в этом и следующих пунктах. Пункты 12–16 касаются непредоставления или задержки в предоставлении Частному Партнеру права пользования земельным участком не по вине Частного Партнера, в результате чего Частный Партнер не может начать строительство. Их действие заключается в том, что при задержке не более чем на 180 дней Частный Партнер имеет право продлить срок строительства детского сада на период задержки, а при более длительной задержке - получить компенсацию в соответствии с пунктом 145.1 и/или неустойку.
34. Часть 6 Договора посвящена организации строительства объекта ГЧП. В представленных материалах опирались на четыре пункта. Пункт 27 предусматривает, что строительство ведется за счет средств, привлеченных Частным Партнером, а риски, возникающие в ходе строительства, *«возлагаются на Частного Партнера»*. Пункт 36 закрепляет, что *«при обнаружении Частным Партнером независящих от Сторон обстоятельств, делающих невозможным строительство и ввод в эксплуатацию объекта ГЧП в сроки, установленные настоящим Договором и (или) эксплуатацию объекта ГЧП, Частный Партнер обязуется немедленно уведомить Государственного Партнера об указанных обстоятельствах в целях согласования дальнейших действий Сторон по исполнению настоящего Договора»*. Пункт 37 предоставляет Государственному Партнеру *«право поручить Частному Партнеру выполнение дополнительных работ, не указанных в Договоре..., но требуемых ввиду возникших*

непредвиденных обстоятельств». Согласно пункту 40 Частный Партнер «имеет право на продление срока строительства... с компенсацией затрат, вследствие любой из следующих причин: задержка, приостановка или препятствие, вызванные действиями Государственного Партнера, включая, но не ограничиваясь, непредставлением земельных участков в сроки по Договору».

35. Часть 7 Договора посвящена эксплуатации объекта ГЧП. Согласно пункту 44, объект передается Частному Партнеру для эксплуатации сроком на 19 лет. Пункт 49 предусматривает:

«...Частный Партнер обязан оказывать услуги дошкольного воспитания и обучения на следующих условиях: (1) принимать детей в количестве не менее 100% от мощности детского сада в рамках государственного образования заказа на дошкольное воспитание и обучение, размера подушевого финансирования в расчете на одного воспитанника. Размер подушевого финансирования и родительской платы в расчете на одного воспитанника за дошкольное воспитание и обучение детей, утверждается ежегодно постановлением акимата города Астана...»

36. Часть 13 Договора касается права собственности на объект ГЧП и порядок его передачи. Пункт 86 предусматривает, что «созданный и введенный в эксплуатацию объект ГЧП подлежит передаче в коммунальную собственность и последующая передача государственного объекта ГЧП в эксплуатацию Частному Партнеру осуществляется в соответствии с требованиями действующего законодательства».

37. Часть 14 Договора касается прав и обязанностей Государственного Партнера, а часть 15-Частного Партнера. Согласно пункту 92(2), Государственный Партнер обязан «обеспечить предоставление Частному Партнеру земельного участка для целей строительства и эксплуатации объекта ГЧП в соответствии с законодательством и настоящим Договором». Согласно пункту 92(6), Государственный Партнер должен «обеспечить своевременную выплату КИЗ Частному Партнеру в соответствии с условиями Договора и законодательства». Пункт 92(7) предусматривает, что Государственный партнер обязуется «обеспечить получение Частным Партнером государственного образовательного заказа на дошкольное воспитание и обучение, размеры подушевого финансирования в расчете на одного воспитанника в количестве не менее 100% от мощности детского сада».

38. Согласно пункту 93(5) Частный Партнер имеет право на получение КИЗ в

соответствии с условиями Договора и законодательством и, согласно пункту 93(7), на возмещение убытков. Пункт 94(4) является следствием пункта 92(7). Он предусматривает, что Частный Партнер обязан *«принимать детей в количестве не менее 100% от мощности детского сада в рамках государственного образовательного заказа дошкольное воспитание и обучение, размера подушевого финансирования в расчете на одного воспитанника»*. В Дополнительное соглашение №2 был добавлен новый пункт 94(17), который предусматривает, что Частный Партнер должен *«передать трансформаторную подстанцию в коммунальную собственность путем подписания акта приема-передачи и иных необходимых документов»*.

39. Часть 17 Договора посвящена порядку осуществления контроля за исполнением Договора ГЧП. Пункт 100 предписывает требование, чтобы *«Частный Партнер ежеквартально представлял Государственному Партнеру отчет об исполнении Частным Партнером обязательств по Договору в течение 10 (десяти) календарных дней со дня окончания отчетного периода. Отчет должен содержать документы, указанные в приложении 5 к Договору»*.
40. В Приложении 5 перечислен 21 перечень документов, необходимых для предоставления отчета либо на этапе строительства, либо на этапе эксплуатации Договора, либо на обоих этапах. Я перечисляю девять из десяти категорий, на которые ссылается г-н Привалов (Заклучение, стр. 12). Многие, включая график реализации проекта и строительства (по месяцам) (10), кредитные договоры (14), проспект выпуска инфраструктурных облигаций и информация о держателях облигаций (15), договоры страхования (12) и договоры поручительства (13), должны быть представлены *«единожды и по мере изменения»*. Другие документы, включая финансовую отчетность (4), матрицу рисков по проекту (7) и сведения о мерах государственной поддержки (8), должны представляться *«ежеквартально»*, а в случае отчетов по строительству (16) и фотоотчета о результатах выполненных работ по строительству (18) – ежеквартально в период строительства.
41. Пункт 102 договора обязывает стороны *«своевременно предоставлять друг другу информацию, необходимую для исполнения обязанностей по Договору, и незамедлительно уведомлять друг друга о наступлении существенных событий, способных повлиять на надлежащее исполнение обязанностей, предусмотренных Договором»*.
42. Часть 18 Договора посвящена распределению, оценке рисков и мероприятию по их управлению. Пункт 104 представляет собой таблицу с согласованным сторонами распределением 24 рисков по Договору. Риски, возлагаемые на Частного Партнера, включают риск увеличения стоимости строительства (1),

несвоевременного финансового закрытия (8), отступление от рабочей документации (17), увеличения периода строительства (18) и стоимости сырья и материалов (19). Риски, возлагаемые на Государственного Партнера, включают риск несвоевременного подведения инженерных коммуникаций (11), изменения планов, предложенных местными органами власти или другими государственными органами (12) и несвоевременный доступ к участку (13).

43. В пункте 105 рассматриваются так называемые «дестабилизирующие события». К ним относятся: (1) неисполнение Государственным Партнером своих обязательств по Договору, (2) нарушение срока выплат КИЗ, превышающее 30 (тридцать) календарных дней, (8) нарушение сроков и увеличение затрат на 5% и более при строительстве, произошедшие не по вине Частного Партнера. Пункт 107 предусматривает, что Стороны имеют право на восстановление финансового баланса в соответствии с финансово-экономической моделью, если происходит нарушение баланса, в результате благоприятного события или дестабилизирующего события. Пункт 109 предусматривает процедуру, по которой Стороны могут сделать это путем внесения изменений в КИЗ и другие платежи, а также досрочного расторжения или продления срока Договора.
44. Часть 19 Договора посвящена ответственности Сторон. Пункт 110 предусматривает, что они несут ответственность, предусмотренную Договором и Законом «О Государственно-частном партнерстве» за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по Договору. Пункт 114 предусматривает, что *«Уплата компенсаций, неустоек (штрафов, пени), возмещение убытков Сторон, возникших в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения другой Стороной своих обязательств по Договору, производится в порядке, предусмотренном Договором»*. Пункт 115 закрепляет, что *«Государственный Партнер будет нести ответственность за убытки, потери и расходы (включая судебные издержки и выплаты), причиненные Частному Партнеру... в случае, если такие убытки, потери и расходы возникли исключительно по вине Государственного Партнера и такая вина доказана судом»*. Пункт 116 предусматривает, что *«Сторона вправе не приступать к исполнению своих обязанностей по Договору или приостановить их исполнение с незамедлительным уведомлением другой стороны, в случае, когда нарушение другой Стороной своих обязанностей по Договору препятствует исполнению обязанностей, предусмотренных Договором»*.

Г. Иск и защита

45. Я предоставил общее резюме того, что лежит в основе спора в [5]. Позиция Частного Партнера изложена в его исковом заявлении от 11 февраля 2022 года, недатированном Дополнении к исковому заявлению, полученном Аппаратом

Суда МФЦА 13 июля 2022 года, а также в его письменных и устных вступительных и заключительных представлениях. Позиция Государственного Партнера изложена в недатированном возражении на иск, полученном Аппаратом Суда МФЦА 28 марта 2022 года, а также в его письменных и устных вступительных и заключительных представлениях. Суду также был представлен перечень фактических и правовых вопросов по делу и соответствующие позиции сторон, подготовленный в соответствии с §9 Приказа № 2 от 21 октября 2022 года. Позиции сторон можно резюмировать следующим образом.

(i) Иск

46. Частный Партнер утверждает, что земельный участок, предоставленный Государственным Партнером для строительства детского сада, не имел инженерной инфраструктуры (в частности, трансформаторной подстанции и силовой кабельной линии), подведенной к нему в точках подключения, как того требует пункт 8 Договора. Следствием этого стало то, что, согласно пункту 104(11) Договора ГЧП, риск «несвоевременного подведения инженерных коммуникаций» был возложен на Государственный сектор. Проектно-сметная документация предусматривала строительство детского сада в 2017–2018 годах, а сметные расходы были основаны на сметных ценах тех лет.
47. Утверждается, что непредоставление трансформаторной подстанции и кабельной линии электропередач, подведенной к земельному участку, привело к значительной задержке на этапах инвестирования, строительства и ввода в эксплуатацию детского сада. Это, по мнению Частного Партнера, было нарушением Договора, которое привело к увеличению КИЗ, инвестиционных затрат, понесенных им для реализации проекта, упущенной выгоде и другим убыткам, возникшим в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения Государственным Партнером своих обязательств по Договору. По его мнению, Государственный Партнер обязан оплатить инвестиционные расходы, указанные в Договоре, а также разницу между ними и фактическими инвестиционными расходами и причиненную упущенную выгоду. Первоначально, он также требовал возмещения реального ущерба и фактического КИЗ в отношении трансформаторной подстанции и силовой кабельной линии. Однако, в своих вступительных заявлениях Частный Партнер попыталась отозвать эти требования, оставив за собой право возбудить новое производство по ним. Основанием для отзыва этой части иска послужило то, что КИЗ по трансформаторной подстанции и фактически причиненный ущерб, по отношению к которым не была проведена судебная экспертиза, а документы, включая акт приема-передачи и договоры с физическими лицами и банками о предоставлении кредита, не были представлены. Я рассматриваю это в [179] - [182].

48. Частный Партнер запрашивает следующие средства судебной защиты:

- (a) Выплата КИЗ, указанная в графике платежей в Приложении 6 к Договору ГЧП с изменениями, внесенными Дополнительным соглашением № 1, которая должна была быть выплачена в 2018 и 2019 годах, но не была выплачена. Данный элемент иска составляет 281 441 428 тенге за 2018 год и 281 441 428 тенге 2019 год, всего 562 882 856 тенге. Государственный Партнер не оспаривает наличие долга в отношении этих сумм или то, что он остается неоплаченным. Однако, по причине, кратко изложенной в [55], он просит Суд обязать Частного Партнера заключить соглашение о переносе платежа на период 2024 – 2025 годов.
- (b) Выплата разницы между КИЗ, указанной в Договоре ГЧП с поправками, и фактическими инвестиционными затратами Частного Партнера в отношении детского сада. Частный Партнер утверждает, что эта разница представляет собой «реальный ущерб», на который он имеет право, поскольку, согласно пунктам 104(11) и 105 Договора ГЧП, задержка поставки электрической инфраструктуры являлась дестабилизирующим событием, риск которого нес Государственный Партнер. Частный Партнер, соответственно, имел право на компенсацию своих фактических инвестиционных затрат. Он представил свои фактические затраты на детский сад на общую сумму 2 515 634 896 тенге; дополнительно 480 460 326 тенге по состоянию на 17 ноября 2020 года. Первоначально в отношении трансформаторной подстанции по состоянию на 17 ноября 2021 года было заявлено еще 167 876 737 тенге, но, как я уже отметил, Частный Партнер желает отозвать эту часть иска, оставив за собой право на новое судебное разбирательство.
- (c) штраф в соответствии со статьями 295 и 353 Гражданского кодекса и пунктами 110 и 114 Договора ГЧП, поскольку Государственный Партнер не выполнил и/или просрочил выполнение своих денежных обязательств по Договору. Таким образом, он незаконно использовал неоплаченный основной долг в размере 562 882 856 тенге (см. пункт (a) выше) с 18 ноября 2020 года, даты государственной регистрации Акта ввода в эксплуатацию детского сада, до 3 августа 2022 года. Заявленная сумма по данному разделу составляет 100 478 446,23 тенге.
- (d) упущенная выгода в размере 611 428 598 тенге в период с 2018 по 2020 год в соответствии со статьями 9, 350 и 351(1) Гражданского кодекса за убытки, не покрытые неустойкой.
- (e) судебные издержки истца в размере 50 000 000 тенге.

Таким образом, общая заявленная сумма составляет 1 805 250 226 тенге.

(ii) Отзыв на Иск

49. Позиция Государственного Партнера содержится в его первоначальном Отзыве и Возражении на иск, поступивших в Аппарат Суда МФЦА 28 марта 2022 года. Это дело состоит из нескольких частей, одна из которых, «вопрос государственного заказа», включала встречный иск, который на конференции по кейс-менеджменту 18 октября 2022 года, по причинам, изложенным в [56] - [61], я постановил не рассматривать вместе с иском Частного Партнера. Ответ Государственного Партнера был дополнен двумя краткими вступительными и заключительными представлениями, и способ изложения им своей позиции в определенной степени изменился. Краткое изложение его аргументов в следующих параграфах отражает эту эволюцию и включает пункты, сделанные в его вступительных и заключительных представлениях.
50. Первая часть аргументации Государственного партнера заключается в том, что земельный участок был предоставлен своевременно к 1 августа 2017 года в соответствии с Приложением 3 к Договору ГЧП: Отзыв, §7. Он утверждал, что Частный Партнер не уведомил его немедленно о том, что из-за отсутствия инфраструктуры электроснабжения невозможно построить и ввести в эксплуатацию объект ГЧП, как того требует пункт 36 Договора: см. Отзыв, §9. Изначально он утверждал (см. Отзыв, §10), что первое письмо о трансформаторной подстанции было получено в августе 2020 года, то есть намного позже декабря 2018 года, когда истек первоначальный 18-месячный срок, установленный для ввода объекта ГЧП в эксплуатацию.
51. Вторая часть аргументации заключается в том, что Частный Партнер не предоставил ему ни одного из ежеквартальных отчетов и документов, предусмотренных пунктом 100 и Приложением 5 Договора. Он заявил, что подобное нарушение Договора имеет два следствия.
52. Первое заключается в том, что Частный Партнер вправе, согласно пункту 116 Договора, не приступать к исполнению своих обязанностей, приостановить их исполнение и утверждать, что по вине Государственного Партнера он понес значительные финансовые потери и увеличение КИЗ: Отзыв, §§ 32 и 35. Это означает, утверждал он, что согласно пункту 27 Договора ГЧП риски, возникающие в период строительства, возлагаются на Частного Партнера: Отзыв, §15. Эти риски включали необходимость продления этого периода, времени, необходимого для передачи обязательства по предоставлению трансформаторной подстанции Частному Партнеру, а также дополнительные расходы Частного Партнера (КИЗ) и

упущенную выгоду: §§15 и 17–18 Отзыва. Таким образом, Частный Партнер не имел права на возмещение своих фактических КИЗ, а только КИЗ, принятых Государственным Партнером и указанных в Договоре с изменениями, которые были внесены Дополнительными соглашениями № 1 и № 2.

53. Второе следствие заключается в том, что нарушение Частным Партнером условий Договора в части непредоставления отчетов, предусмотренных пунктом 100 и Приложением 5 Договора, послужило основанием для требования Государственного Партнера о возмещении неустойки в соответствии со статьей 295 Гражданского кодекса и пунктом 80 Договора: Отзыв, §§35-39.
54. Отзыв Государственного Партнера также основывался на том, что детский сад и трансформаторная подстанция не были переданы в коммунальную собственность после ввода в эксплуатацию, как того требует пункт 86 Договора ГЧП. Причиной (рассматривается в [149] и далее) были разногласия Сторон относительно того, какую цифру КИЗ должна содержать соответствующая документация по передаче в коммунальную собственность: Отзыв, §§53-55. Государственный Партнер утверждал, что это была сумма, указанная в Договоре ГЧП, измененная двумя Дополнительными соглашениями. Частный Партнер утверждал, что это фактические инвестиционные затраты, понесенные им («фактические КИЗ»). В отношении трансформаторной подстанции в §56 Отзыва, заключительном пункте этой части защиты Государственного Партнера, говорится, что Частный Партнер **«намерено оттягивает процесс передачи трансформаторной подстанции в коммунальную собственность города, указывая сумму в акте приема-передачи не соответствующую решению маслихата и дополнительному соглашению»** (выделение в оригинале).
55. Государственный Партнер также опирался на две статьи Закона «О государственно-частном партнерстве». Первое - это ограничение в статье 46(1-1) на изменения, разрешенные в Договоре государственно-частного партнерства: Отзыв, §46. Статья 46(1-1) предусматривает, что условия Договора государственно-частного партнерства, указанные в статье 46(1), *«могут быть изменены по соглашению сторон только при условии положительной бюджетной эффективности (в денежном выражении) таких изменений»* и при условии *«сохранения (увеличения) экономической и социальной эффективности проекта государственно-частного партнерства»*. Вторым пунктом, на который ссылаются для обоснования переноса сроков уплаты КИЗ на 2018 и 2019 годы на 2024 и 2025 годы, является статья 9(4). Статья 9(4) требует, чтобы выплата КИЗ *«осуществлялась после ввода в эксплуатацию объекта государственно-частного партнерства равными долями в течение периода не менее пяти лет»*. Государственный Партнер заявил, что это означает, что *«платежи должны быть произведены не ранее чем через пять лет, требование о более ранних*

сроках будет незаконным»: Заключение, §13, стр. 10.

Г. Постановление о размещении в государственном заказе

56. Пункты 57–59 Отзыва Государственного Партнера касаются утверждения о том, что Частный Партнер не выполнил свои обязательства по Договору ГЧП по приему *«не менее 100% от мощности детского сада в рамках государственного образовательного заказа на дошкольное воспитание и обучение»*. Опираясь на пункт 94(1) Договора ГЧП⁵, Государственный Партнер утверждал, что Частный Партнер принял детей вне рамок государственного образовательного заказа.
57. Дополнение к исковому заявлению Частного Партнера, полученное Аппаратом Суда 13 июля 2022 года, содержало два ответа на вопрос о доле детей, подлежащих устройству по государственному заказу. Первым ответом была Возражение на основе заблуждения и о том, что Договор содержит противоречивые условия, поскольку расчеты в финансово-экономической модели проекта (далее «ФЭМ»), которая была приложена к договору и являлась его неотъемлемой частью, были сделаны на основе размещения 33% в государственном заказе. Вторая заключалась в том, что значительная задержка начала эксплуатации детского сада, вызванная отсутствием коммунальных услуг, а также неблагоприятные экономические последствия и увеличение расходов, вызванные введением карантинных мер по предотвращению распространения COVID-19, означали, что модель с госзаказом в таком проценте *«объективно не может достичь уровня рентабельности, указанного в ФЭМ Договора»*.
58. В своих вступительных представлениях, однако, Частный Партнер заявил, что вопрос о размещении и доле детей по государственному заказу не должен рассматриваться в данном разбирательстве. В §19 этих представлений было заявлено, что выплаты КИЗ в соответствии с пунктом 75 Договора ГЧП не связаны с процентным соотношением государственного и частного заказов, поэтому не существует причинно-следственной связи между выплатами КИЗ и количеством детей в государственном заказе. Соответственно, см. §22 Вступления, он утверждал, что процент детей, принятых по государственному заказу, является отдельным вопросом и не имеет отношения к существу требования Частного Партнера о выплате КИЗ. Было отмечено, что, следовательно, это не влияет на вопрос выплаты КИЗ и является вопросом, который подлежит встречному иску в соответствии со статьей 13.2 Правил Суда МФЦА. Частный Партнер заявил, что, поскольку Государственный Партнер не подал встречный иск вовремя или не обратился в суд с просьбой о подаче данного иска после отведенного срока, этот

⁵ §58 ссылается на пункты 23, 86 и 94(4) Договора ГЧП, но только в пункте 94(4) говорится о 100%, хотя в пункте 92(7) также есть подобное упоминание.

вопрос не должен рассматриваться судом вместе с иском Частного Партнера.

59. Частично это представление опирается на один из аспектов главенствующей цели, изложенной в Части 1 Правил Суда МФЦА 2018 года. Статья 1.6(3) требует, чтобы Суд предоставил *«обеспечение оперативного и эффективного рассмотрения судебного разбирательства, при этом используя не больше ресурсов, чем это необходимо»*. Частный Партнер утверждал, что требование оперативного рассмотрения дела с использованием не большего количества ресурсов, чем необходимо, несовместимо с требованием, чтобы Суд рассматривал вопрос, не относящийся к существу требования Частного Партнера к КИЗ, если встречный иск не был подан должным образом. Поэтому он заявил, что требование Государственного Партнера относительно процента детей, принятых по государственному заказу, должно быть оставлено в качестве самостоятельного иска Государственного Партнера, который, по его мнению, Государственный Партнер имеет право подать.
60. Частный Партнер также утверждал, что на переговорах 15 сентября 2020 года стороны решили, что *«после ввода в эксплуатацию объекта ГЧП, ... государственный заказ в детском саду будет размещен не менее чем на 33[%] от проектной мощности, остальную часть Частный Партнер организует на частной основе»*. Резолюция было подписано [действующим на тот момент] руководителем городского управления образования Ш. Кадыровой. Это, как утверждалось, согласуется с более ранним письмом от 25 августа 2020 года от Д. Шоганбая, в то время заместителя руководителя городского управления образования, в городскую палату предпринимателей. В том письме г-н Шоганбай заявил, что согласно Концепции проекта ГЧП «Строительство и эксплуатация детских садов в городе Астана», утвержденной в 2016 году, *«государственный заказ в детском саду будет размещен не менее 33% проектной мощности, остальную часть Частный Партнер организует на частной основе»*. Частный Партнер утверждает на основании этого, что у сторон *«было четкое понимание... что государственный образовательный заказ будет размещен в размере 33%»*.
61. Во время конференции по кейс-менеджменту, прошедшей 18 октября 2022 года, я заслушал представления сторон по этому вопросу и постановил, что он не должен рассматриваться вместе с иском Частного Партнера. Я принимаю заявление о том, что процент учащихся, принятых в соответствии с государственным заказом, не имеет отношения к существу требования Частного Партнера в отношении КИЗ, не влияет на вопрос о выплате КИЗ и является надлежащим основанием для встречного иска в соответствии со статьей 13.2 Правил Суда МФЦА. Суд не хотел бы применять слишком строгий подход к таким вопросам, как отсутствие встречного иска или ходатайства о подаче надлежащим

образом детализированного встречного иска. Но, помимо недостаточности состязательности, в данном случае вопрос о том, какой процент учеников должен была находиться под государственным заказом, затрагивает спорные фактические вопросы, которые недостаточно подкреплены доказательствами. Об этом свидетельствуют письмо за подписью г-на Шоганбая от 25 августа 2020 года и резолюция за подписью г-на Кадырова от 15 сентября 2020 года. Эти фактические вопросы, в свою очередь, порождают юридические вопросы о том, содержит ли Договор ГЧП противоречивые условия или Государственный Партнер не может полагаться на него по какой-либо другой причине, например, из-за ошибки в редакции. Эти вопросы не были рассмотрены ни в документации, представленной мне 18 октября 2022 года, ни в материалах, представленных Государственным Партнером. Процедурные и доказательные недостатки, в том виде, котором Государственный орган поставил вопрос о размещении в государственном заказе, оказались безуспешными. Мое решение не препятствует тому, чтобы Государственный Партнер подал иск против Частного Партнера в отношении размещения детей по государственному заказу. Он еще не сделал этого, но может сделать, если хочет продолжить рассмотрение этого вопроса.

Н. Свидетели фактов

62. От имени Истца, Частного Партнера, следующие лица дали свидетельские показания и были подвергнуты перекрестному допросу на слушаниях, давая показания с помощью синхронного перевода на русский язык:

- (1) **Г-н Жанболат Мелдешов** является директором Частного Партнера и председателем его Наблюдательной совета. Он и г-н Алмас Сатылганов были руководителями проекта по строительству детского сада. Показания г-на Мелдешова касались тендера, последствий непредоставления необходимой инженерной инфраструктуры, а также усилий, приложенных компанией, при взаимодействии с управлением образования и акимом города, чтобы заставить Государственного Партнера предоставить необходимую трансформаторную подстанцию.
- (2) **Г-н Алмас Сатылганов**, другой руководитель проекта, дал показания, касающиеся последствий того, что объект не был подключен к электроснабжению достаточной мощности. Он рассказал о задержке и увеличении стоимости строительства, переговорах с управлением образования и акимом о необходимости решения проблемы отсутствия электроснабжения, обращении в Региональную электросетевую компанию Астаны (АО «Астана – РЭК») и вводе объекта в эксплуатацию. В его обязанности входила организация планирования и контроль процесса, взаимоотношения с подрядчиками, поставщиками, государственными

партнерами и другими организациями, участвующими в строительстве. В их число входили коммунальные службы и государственные органы. Он составлял письма и уведомления, которые подписывались г-ном Мелдешовым и направлялись в Управление образования и поставщикам коммунальных услуг, включая региональную энергогенерирующую компанию.

- (3) **Г-н Василий Семенович Коваленко** является начальником производства и технического отдела производственного кооператива «Нурболат». «Нурболат» был нанят Частным Партнером в качестве генерального подрядчика для строительства детского сада по договору от 25 сентября 2017 года. Показания г-на Коваленко касались отсутствия подключения к электросети, необходимого количества электроэнергии, попыток разработать варианты подключения к другим трансформаторным подстанциям, аренды генераторов и влияния проблем с электроснабжением на график и стоимость строительства.
- (4) **Г-н Куралгани Рахимович Аманжолов** осуществлял строительный надзор от имени ТОО/ОАО «Платан» - фирмы, нанятой Частным Партнером для осуществления технического надзора за проектом. Он часто посещал объект. Его показания касались последствий того, что, по его словам, Государственный Партнер не обеспечил подключение к электричеству в срок, и понесенных затрат, а также попыток Частного Партнера решить эту проблему. Его показания также касались вопросов, связанных с оформлением земельного участка под трансформаторную подстанцию и приемкой подстанции.
- (5) **Г-н Толеубай Аскар** является исполнительным директором ТОО "Астанагорпроект-Ш", которое осуществляло авторский надзор с октября 2019 года. К тому времени строительство уже началось, и г-н Аскар работал над проектом, дорабатывал и утверждал проектную документацию. Его показания касались соблюдения технических условий и требований строительного законодательства, последствий неподведения инженерной инфраструктуры к точкам подключения, а также усилий по решению вопроса электрификации детского сада, включая строительство трансформаторной подстанции.
- (6) **Г-жа Акерке Мирамбековна Жусупова** является главным экспертом Лаборатории специальных исследований Института судебных экспертиз по городу Астана. Институт является филиалом Государственного центра судебных экспертиз Министерства юстиции Республики Казахстан. Г-жа Жусупова написала отчет, Заключение специалиста № 89п, от 22 апреля 2021

года о корректности сумм в двух Справках. Первая справка от 20 октября 2020 года касалась балансовой стоимости детского сада. Вторая справка от 17 ноября 2020 года касалась инвестиционных затрат Частного Партнера.

63. От имени Ответчика, Государственного Партнера, следующие лица дали свидетельские показания и были подвергнуты перекрестному допросу на слушаниях, давая показания с помощью синхронного перевода на русский язык:

(1) Г-жа Екатерина Смышляева глава юридического департамента Регионального Электросетевой Компании Астаны (АО «Астана-РЭК»). Её показания касались процесса подключения электрических сетей и заявление Частного Партнера в марте и июле 2018 года и мае 2019 года с целью подключения электричества для строительства детского сада и ответ АО «Астана-РЭК» на это заявление.

(2) Г-жа Гульжан Джаксылыковна Айтжанова на тот момент занимала должность начальника городского Управления образования и отвечала за все проекты ГЧП, включая данный проект. Ее показания касались передачи участка Частному Партнеру, начало и течение строительства, решение строительства отдельной трансформаторной подстанции в октябре 2019 года, предоставления Частным Партнером документов для финансовой ликвидации и соответствие договорным отчетным обязательствам.

(3) Г-жа Ляззат Касымбекова является руководителем отдела Управления экономики и бюджетного планирования города Астана. Ее показания касались роли ее отдела в планировании, реализации и оценки ГЧП, а также информации, документов и отчетов проекта, которые ее отдел запрашивал у Управления образования. Речь шла о Концепции проекта ГЧП «Строительство и эксплуатация детских садов в городе Астана», в частности, был ли установлен в Договоре срок предоставления инженерной инфраструктуры, об ответственности за несоблюдение сроков, указанных в Договоре, а также о влиянии того факта, что критерием выбора лучшего тендера по проекту является процент мест по госзаказу, предложенных потенциальным Частным Партнером.

(4) Г-жа Алия Бикеева: Г-жа Бикеева ранее была директором Департамента государственно-частного партнерства компании «Астана Инвест», которая оказывала консультационную поддержку Управлению образования города Астана по проекту детского сада. Ее показания касались *Концепции* проекта детского сада и требования о том, что заявитель, делающий конкурсное предложение, должен предоставить не менее 33% мест в детском саду для детей, получающих места в рамках государственного заказа. Она также заявила, что одним из критериев отбора лучшей конкурсной заявки был процент мест, предлагаемых для

размещения детей в соответствии с государственным заказом, и формула расчета этого процента.

(5) Г-н Олжас Дияров – главный специалист Управления активов и государственных закупок города Астана. Его показания касались процесса и документации, необходимой для передачи государственно-частных объектов в государственную или общественную собственность и, в данном случае, процесса передачи детского сада и трансформаторной подстанции в коммунальную собственность города.

I Свидетельства экспертов

64. Стороны также представили экспертные Заключение по казахстанскому праву:

(1) От Частного Партнера, **д-ра Елены Нестеровой**. Д-р Нестерова является кандидатом юридических наук, доцентом Высшей школы права «Адилет» Каспийского университета в городе Алматы, партнером юридической фирмы ТОО «Объединенные Консультанты» и главным научным сотрудником Института законодательства и правовой информации Министерства юстиции Республики Казахстан. Она предоставляла экспертные заключения по казахстанскому праву в международных арбитражах и разбирательствах в иностранных судах. Она также давала заключения по толкованию и применению гражданского права для Конституционного Совета Республики Казахстан и хозяйствующих субъектов. Подписанный ею отчет датирован 22 июня 2022 года, к нему прилагаются подтверждающие материалы.

(2) От Государственного Партнера, **г-на Геннадия Привалова**. Г-н Привалов является адвокатом и членом коллегии адвокатов города Астана. Имеет лицензию на занятие юридической практикой с 1999 года. До этого он был юрисконсультом АО «Агроснаб», юрисконсультом Акмолинского отдела транспортной инспекции, помощником Акмолинского транспортного прокурора, заместителем Авиационного транспортного прокурора города Астаны, главным специалистом Управления по контролю и защите предпринимательства. Отчет г-на Привалова с подписью датирован 17 октября 2022 года. Отвечая на мой вопрос в конце своих устных показаний, он сказал, что является специалистом по гражданскому праву, но в своей профессиональной деятельности занимался также административным правом и уголовным правом.

65. Д-ру Нестеровой и г-ну Привалову было предложено дать экспертные заключения по интерпретации обязательств обеих сторон по Договору ГЧП в соответствии с законодательством Республики Казахстан и по вопросу о том, выполнили ли стороны эти обязательства. После обмена Заявлениями, они встретились и

подготовили Совместный Отчет (далее «СО») от 4 ноября 2022 года, в котором определены и обобщены вопросы, по которым они согласились, и те, по которым они не пришли к единому мнению. Их мнения кратко изложены в Приложении к настоящему решению. На слушаниях они дали устные показания и были подвергнуты перекрестному допросу. Показания д-ра Нестеровой были даны по видеосвязи.

Ж Обсуждение и выводы по спорным вопросам

(и) Когда был предоставлен участок?

66. Срок в 60 дней, установленный пунктом 7 Договора ГЧП с даты вступления Договора в силу 1 июня 2017 года для предоставления участка, истек 1 августа 2017 года. Вопрос заключается в том, был ли участок предоставлен, когда Государственный Партнер позволил Частному Партнеру вступить и начать строительство, или когда он предоставил Частному Партнеру право аренды участка. Последний момент связан с вопросом, рассмотренным в [79] и далее, возникло ли обязательство по предоставлению участка только после финансового закрытия. Хотя в доказательствах и представлениях было уделено внимание тому, когда участок был предоставлен Частному Партнеру, как видно, более важным является вопрос о том, нарушил ли Государственный Партнер свое обязательство по предоставлению инженерной инфраструктуры, в частности системы электроснабжения. Этот вопрос рассматривается в [91] и далее.
67. Следующие факты, относящиеся к предоставлению участка, не оспариваются. 4 июля 2017 года постановлением акимата города Астана № 197–1352 Государственному Партнеру было предоставлено право аренды участка в районе пересечения улиц с проектными названиями № 29 и № 36 постановлением акимата города Астаны № 197–1352.
68. 12 июля 2017 года Управление земельных отношений и по контролю за использованием и охраной земель города Астаны заключило договор с Управлением образования города Астана «*о временном безвозмездном землепользовании (аренде) сроком на 10 месяцев*» участка с целью благоустройства.
69. 2 марта 2018 года Государственный Партнер уведомил Управление государственного архитектурно-строительного контроля города Астаны о начале осуществления деятельности по строительству детского сада, который будет построен на участке, и получил талон на предоставление уведомления, с регистрационным номером НКМЗН-41. На талоне, который был подписан Государственным Партнером, нет отсылки на Частного Партнера.

70. 18 апреля 2018 года Городская комиссия по предоставлению прав на земельные участки в городе Астана предоставила Частному Партнеру право аренды участка: см. протокол № 11, подписанный председателем комиссии А. Амриным и заместителем акима города Астана.
71. Довод Государственного Партнера заключался в том, что Частному Партнеру участок был предоставлен по договору о временном безвозмездном пользовании от 12 июля 2017 года: Заключительные представления Государственного Партнера, §3, стр. 4. Его альтернативное утверждение, рассмотренное в [79] и далее, заключается в том, что он не был обязан принимать все необходимые меры для предоставления участка до финансового закрытия: Вступительные §6 и Заключительные представления §2 стр. 3, а также показания г-жи Айтжановой, которая в то время отвечала за все ГЧП города Астана.
72. Основное представление Государственного Партнера опиралось на показания г-жи Айтжановой и г-жи Касымбековой, которые ссылались на Договор о временном безвозмездном пользовании от 12 июля 2017 года. В ходе перекрестного допроса, когда ей показали этот документ, г-жа Айтжанова согласилась с тем, что этот документ показывает, что земля была фактически предоставлена Городом Государственному Партнеру. Г-жа Касымбекова в ходе перекрестного допроса признала, что она полагалась на отчет, полученный от Государственного Партнера, который ссылался на документ от 12 июля 2017 года. Г-жа Айтжанова также заявила, что без решения, принятого 18 апреля 2018 года и зафиксированного в протоколе № 11, Частный Партнер не мог начать строительство, и это решение не могло быть принято раньше, поскольку не были предоставлены документы о финансовой ликвидации, вопрос, который я рассматриваю в [79] и далее.
73. Государственный Партнер также заявил, что требования пункта 7 были выполнены с момента, когда Государственный Партнер призвал Частного Партнера начать строительство, или с момента, когда строительство началось в марте 2018 года.
74. Значение марта заключается в том, что именно тогда Государственный Партнер уведомил Управление государственного архитектурно-строительного контроля города Астана о начале строительных работ и получил «талон», подтверждающий предоставление уведомления. Значение Управления государственного архитектурно-строительного контроля заключается в том, что статьи 68 (2) и (12) Закона «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» от 16 июля 2001 года № 242 соответственно предусматривают, что в случае, если заказчик, намеревающийся построить

объект, имеет «соответствующее право на землю», «дополнительного решения местных исполнительных органов районов (городов) не требуется» и что «до начала производства строительно-монтажных работ заказчик обязан уведомить органы, осуществляющие государственный архитектурно-строительный контроль, о начале осуществления деятельности...».⁶ В данном случае купон был подписан Государственным Партнером, а не Частным Партнером, поскольку на тот момент Частный Партнер не имел прав на земельный участок.

75. Я пришел к выводу, что пункт 7 Договора требует предоставления права, а не простого разрешения на вступление и работу на земельном участке. Правда в том, что в пункте 7 говорится только о том, что обязательство Государственного Партнера заключается в «*принятии всех необходимых мер в соответствии с законодательством для предоставления Частному Партнеру земельного участка в целях строительства и эксплуатации объекта ГЧП*». В нем нет прямой ссылки на то, что Частный Партнер имеет юридическое право использовать земельный участок. Тем не менее, пункты 9, 10 и 12 позволяют предположить, что Договор подразумевает наличие законного права.
76. Пункт 9 предусматривает, что земельный участок предоставляется на условиях временного безвозмездного пользования. Пункт 10, запрещающий Частному Партнеру передавать свои права на участок другим лицам, предполагает, что у него есть права, а не просто разрешение. Пункт 12 предусматривает, что, в случае если Частному Партнеру «*не по его вине не будет предоставлено право пользования земельным участком в сроки, определённые в Договоре, и по такой причине ... не может начать строительство ... [он] имеет право на продление срока строительства объекта ГЧП*».
77. Соответственно, участок был передан и, таким образом, предоставлен Частному Партнеру 18 апреля 2018 года. Если только аргумент Государственного Партнера о том, что его обязательство принять все необходимые меры для предоставления участка возникло только после финансовой ликвидации, которая не произошла, является верным, что я рассматриваю в [79] и далее, это произошло через десять месяцев после вступления Договора в силу, а не в 60-дневный период, указанный в пункте 7 для Государственного Партнера, чтобы «*принять все необходимые меры*» для предоставления Частному Партнеру участка.

⁶ Основные определения, используемые в законе, изложены в статье 1. Статья 1(56.3) определяет «Заказчика» как «физическое или юридическое лицо, осуществляющее деятельность в соответствии с законодательством Республики Казахстан об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности. В зависимости от целей деятельности заказчиком может быть заказчик-инвестор проекта (программы), заказчик (собственник), застройщик либо их уполномоченные лица».

78. В заключение отмечу, что в ходе перекрестного допроса г-жа Айтжанова заявила, что без предоставления права аренды участка Частный Партнер не мог начать строительство. Возможно, это отражает строгую правовую позицию, но в данном случае, это не отражает фактическую действительность, поскольку стало общепринятым, что строительство началось в марте 2018 года: см. например, СО, раздел 4.

(ii) Значение финансового закрытия для обязательства по предоставлению участка и начала строительства:

79. Как указано в [27], пункт 4 и Приложение 2 Договора с внесенными изменениями предусматривали, что финансовое закрытие должно было произойти в течение двух месяцев с даты заключения Договора, то есть до 29 июля 2017 года. Одним из аргументов Государственного Партнера было то, что обязательство предоставить участок возникло только после финансового закрытия, которая в данном случае была отложена, поскольку Частный Партнер не предоставил письменного уведомления о том, что он имеет право доступа к финансированию, необходимому для строительства детского сада, как того требовал пункт 1(13) Договора.

80. В этой связи первый вопрос заключается в том, возникла ли обязанность принять все необходимые меры в соответствии с законодательством для предоставления участка только после финансового закрытия. По моему мнению, очевидно, что нет. Статья 392 Гражданского кодекса гласит:

«При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом».

81. В пункте 7 Договора указано, что все необходимые меры по предоставлению участка должны быть приняты в течение 60 дней с даты вступления Договора в силу. В пункте 7 не говорится о финансовом закрытии, и ссылка на период с даты вступления Договора в силу отражает прямой выбор использования этого понятия, а не финансовое закрытие в качестве срока, к которому должны быть приняты необходимые меры по предоставлению участка. Пункт 155 предусматривает, что Договор вступает в силу с момента его государственной регистрации в соответствующем регистрационном органе, что в данном случае произошло 1 июня 2017 года. Согласно буквальному смыслу пункта 7, обязанность принять необходимые меры по предоставлению участка возникла 1 июня 2017 года, а срок для ее исполнения закончился 1 августа 2017 года.

82. В пункте 7 нет двусмысленности, но в случае ее возникновения, из статьи 392 Гражданского кодекса следует, что, как согласились эксперты, значение отдельных слов определяется путем сравнения с другими условиями Договора и его смыслом в целом. В данном случае пункт 7 следует противопоставить пункту 157, где период строительства определяется как период с даты финансовой ликвидации. Таким образом, из пункта 157 следует, что, если стороны хотели определить обязательство через финансовую ликвидацию, они сделали это напрямую.
83. В любом случае, хотя документы, представленные Суду, не содержат письменного уведомления Частного Партнера о том, что у него имеется финансирование, необходимое для реализации проекта, нет никаких доказательств того, что это не так. Более того, доказательства указывают на обратное.
84. При подаче заявки на конкурс 20 декабря 2016 года Частный Партнер предоставил нотариально заверенные документы, подтверждающие его соответствие квалификационным требованиям. Они включали наличие денег в размере 10% от стоимости проекта на его счетах и письмо от АО «Банк Астаны», филиал в г. Астана. Г-жа Айтжанова подтвердила, что Частный Партнер соответствует квалификационным требованиям для участия в тендере. Однако, она описала письмо банка как подтверждение готовности предоставить финансирование в случае успешного участия в тендере: по ее словам, это было письмо о намерениях, а не реальные деньги. Хотя это в целом верно, удовлетворение квалификационных требований указывает на то, что Частный Партнер, скорее всего, будет располагать необходимыми финансовыми средствами для начала строительства в случае успешного участия в тендере.
85. 24 ноября 2017 года Частный Партнер перечислил 16 873 651 тенге Производственному кооперативу «Нурболат» в качестве предоплаты за строительные материалы. Более того, из документа, раскрытого только в начале слушаний, следует, что 30 ноября 2017 года Частный Партнер и «Нурболат» заключили невозобновляемую кредитную линию на сумму 360 000 000 тенге с ДБ АО «Сбербанк», для чего предоставили обеспечение в виде ряда нежилых зданий, денежного депозита в размере 120 000 000 тенге и ряда гарантий. В своих устных показаниях г-н Мелдешов заявил, что Частный Партнер сообщил об этом займе Государственному Партнеру. Он также заявил, что *«в отношении финансового закрытия Государственный Партнер никогда ... не поднимал никаких вопросов, потому что с самого начала все финансирование было подтверждено, мы подтвердили, что готовы начать строительство с собственным финансированием, ... не было никаких финансовых вопросов»*. Я не принимаю объяснение Частного Партнера по поводу довольно-таки позднего раскрытия этого документа, что он только что получил его и разрешение банка на его раскрытие, но подлинность документа не оспаривалась.

86. Хотя, как заявила г-жа Айтжанова, в обязанности Государственного Партнера не входило требовать от Частного Партнера предоставления отчета о финансовом закрытии, я отмечаю, что также нет доказательств того, что до начала данного разбирательства и на любом этапе в период строительства Государственный Партнер подавал жалобу в отношении того, что Частный Партнер не уведомил его о финансовом закрытии. Государственный Партнер имел право на *«беспрепятственный доступ к ... документации, связанной с осуществлением деятельности в рамках проекта ГЧП»* и *«требовать информацию ... о строительстве ...»*: пункты 91(2) и (6) Договора. Он не воспользовался этими правами. Более того, пункт 101 предусматривает, что, если в ходе мониторинга выполнения Частным Партнером условий Договора Государственный Партнер обнаружит нарушения, *«которые могут существенно повлиять на соблюдение Частным Партнером условий Договора»*, он должен письменно потребовать устранения нарушений в течение 30 дней или срока, согласованного Сторонами. Этого не было сделано ни в отношении финансового закрытия, ни в отношении отчетов и документов, требуемых пунктом 100. Что же имело место быть, так это то, что строительство продолжалось, и детский сад и трансформаторная подстанция были приняты в эксплуатацию Государственным Партнером в Актах ввода в эксплуатацию от 7 и 8 октября 2020 года, после чего Частному Партнеру было выплачено более 909 000 000 тенге: см. вступительные представления Частного Партнера, §§ 3.3–3.4.
87. Что касается займа Сбербанка, то Государственный Партнер в своем заключительном представлении заявил, что заем не свидетельствует о том, что Частный Партнер привлек финансирование, необходимое для реализации проекта, и, таким образом, достиг финансовой ликвидации. Это произошло вследствие того, что заем был предоставлен только на 25% от инвестиционных затрат (КИЗ) в размере 1 688 648 570 тенге, указанных в пункте 73 Договора, а не на 90% затрат, как указано в Приложении 4. Он заявил, что *«это красноречиво свидетельствует о том, что на момент заключения Договора, как и в начале строительства, доказательства привлечения 1 688 648 570 тенге не были представлены ни Ответчику, ни суду»*: заключительные представления §2 стр. 3.
88. Поскольку финансовое закрытие относится к письменному уведомлению Частного Партнера, на основании представленных мне доказательств невозможно точно сказать, когда оно произошло. Ввиду моего заключения о значении пункта 7, нет необходимости решать, когда это произошло, поскольку нет необходимости решать, возникло ли обязательство по предоставлению участка только после финансовой ликвидации. Какова была бы позиция, если бы было необходимо решить этот вопрос?

89. Представленные мне доказательства не совсем ясны, но я считаю, что если бы возникла необходимость решения данного вопроса, то доказательств было бы достаточно, чтобы я мог сделать один из трех заключений. Первое заключается в том, чтобы на основании приведенных выше доказательств и выводов прийти к тому, что финансовая ликвидация имела место до предоставления участка. Второе - если финансовая ликвидация не произошла до этого момента, то причина заключалась в том, что Частный Партнер не имел права на участок до апреля 2018 года. Государственный Партнер, который имел эти права до этого момента, уведомил Управление государственного архитектурно-строительного контроля о начале строительства 2 марта 2018 года, когда, по общепринятому мнению, строительство началось. Третье заключение основано на поведении Государственного Партнера, который побудил Частного Партнера начать строительство, а затем уведомил Управление государственного архитектурно-строительного контроля, но не поднимал вопрос о финансовой ликвидации до начала настоящего разбирательства. Я считаю, что поведение не позволило бы Государственному Партнеру ссылаться на этот пункт, подобно тому, как в системе общего права принцип эстоппеля не позволяет лицу ссылаться на свои строгие права.

90. Соответственно, я отклоняю заявление Государственного Партнера о том, что задержка в начале строительства была вызвана неудачной попыткой финансового закрытия, за которую отвечает Частный Партнер.

(iii) Инженерная инфраструктура: что было сделано для подключения участка к точке подключения электрической сети, и в чьи обязанности это входило?

91. Согласно пункту 8 Договора, инженерная инфраструктура, включая электричество, *«которая **должна быть** подключена к земельному участку к точкам подключения»* (выделено мной). Это требование является четким и ясным. На момент предоставления участка Частному Партнеру между ним и точками подключения не было электричества, так как первоначальный план Государственного Партнера по подключению от трансформаторной подстанции, которая должна была быть построена на соседнем участке, предназначенном для другого детского сада, не был реализован.

92. Частный Партнер ссылался на то, что он принял все меры для скорейшего решения проблемы с электроснабжением и что он неоднократно направлял письма-уведомления и обращения к Государственному Партнеру, который ничего не сделал для ее решения. Документы, первоначально представленные в поддержку этой части своей позиции, датируются только 21 августа 2020 года, но материалы, представленные мне, включают более ранние документы, которые впоследствии были приобщены к материалам дела, а также показания ряда свидетелей.

93. Позиция Государственного Партнера, поддержанная заключением г-на Привалова, заключается в том, что он не нарушил условия Договора. По его мнению, это объясняется тем, что Частный Партнер знал о необходимости подключения электроэнергии к временной точке подключения во время строительства, но не поднял этот вопрос в начале строительства. Государственный Партнер первоначально утверждал, что Частный Партнер не подавал официальных жалоб до августа 2020 года, но к моменту слушаний он утверждал, что первыми письмами с жалобами были письма Частного Партнера от 8 и 19 июня 2018 года: см. например, § 2 страницы 4 Заключения г-на Привалова.⁷
94. Государственный Партнер также ссылался на то, что Частный Партнер предпринял самостоятельные шаги для получения точки подключения для подсоединения и не использовал те, которые были предоставлены электроэнергетической компанией АО «Астана-РЭК» на территории аэропорта или жилищно-строительным кооперативом «Ехро Town Success», которому принадлежала точка подключения «Венского квартала». Дизельные генераторы были арендованы у двух предпринимателей в период с января по декабрь 2019 года после того, как в марте 2018 года были предоставлены технические условия на точку подключения в аэропорту, но не были приняты, и Государственный Партнер не обязан возмещать их Частному Партнеру: Заключительные представления, § 6.
95. Третья часть настоящей части аргументации Государственного Партнера заключалась в том, что спор относительно подключения к системе электроснабжения был разрешен последующими решениями и двумя Дополнительными соглашениями, заключенными в декабре 2020 года и сентябре 2021 года. Эти соглашения внесли изменения в Договор ГЧП, предусмотрев, что Частный Партнер построит трансформаторную подстанцию, и выделили средства на КИЗ, указанные в соглашениях. Государственный Партнер заявил, что Частный Партнер не имеет права на возмещение 492 157 728 тенге, которые он требует в качестве дополнительных расходов, в связи с увеличением его сметных расходов: Заключительные представления, §8.
96. Показания о позиции по системе электроснабжения были даны от имени Частного Партнера господами Мелдешовым, Коваленко, Аманжоловым, Сатылгановым и Аскаровым. Показания от имени Государственного Партнера были даны г-жой Смышляевой, Руководителем юридической службы Астаны РЭК, и г-жой Айтжановой, в то время Заместителем начальника городского Управления

⁷ Вступительные представления Частного Партнера ошибочны в том, что в §§ 12 и 14 говорится, что он уведомил Государственного Партнера о проблеме с получением электроэнергии через семь дней после подписания Договора ГЧП. Договор датирован 29 мая 2017 года, а письмо, на которое ссылаются, датировано 8 июня 2018 года.

образования и ответственной за все проекты ГЧП.

97. Сначала мной будут изложены выводы по существу. Как уже было упомянуто, общепринятым является тот факт, что строительство началось в марте 2018 года. Из документации и показаний г-жи Смышляевой следует, что 27 марта 2018 года Частный Партнер обратился в Астана РЭК в отношении подключения электроэнергии для строительства детского сада. 30 марта 2018 года Астана РЭК предложила Частному Партнеру точку подключения на подстанции аэропорта. Г-жа Смышляева пояснила, что практика Астана РЭК заключается в том, что там, где ведется строительство, обеспечивается строительная деятельность, предоставляя заявителю ближайшую и наиболее экономически эффективную точку подключения. Она заявила, что в то время это была подстанция аэропорта. Она также пояснила, что Частный партнер не следил за этим и не использовал технические спецификации. Ни она, ни другие свидетели не сказали, участвовал ли Государственный Партнер в этом обращении, и если да, то каким образом.
98. Частный Партнер назвал несколько причин, по которым им не были использованы технические спецификации выданные от 30 марта 2018 года. Первая заключалась в том, что аэропорт находился слишком далеко от участка. Г-жа Смышляева признала в ходе перекрестного допроса, что подстанция аэропорта находится далеко от детского сада. Но она пояснила, что Частному Партнеру не нужно было подключаться к самой подстанции аэропорта. По ее словам, рядом с участком находилась линия электропередач от подстанции и опора, которую Частный Партнер должен был использовать в качестве точки подключения. Вторая причина заключалась в том, что технические спецификации, выданные Главным инженером, Астана РЭК, требовали строительства линий электропередач и встроенной трансформаторной подстанции.
99. Третья возможная причина следует из двух писем Частного Партнера Государственному Партнеру от 8 и 19 июня 2018 года. В этих письмах говорится о значительных суммах, требуемых владельцами трансформаторных подстанций, на которые Астана РЭК выдала технические спецификации, и о том, что отсутствие временных источников питания затрудняет выполнение строительных работ или соблюдение сроков строительства, указанных в Договоре.
100. Существует острое противоречие в доказательствах относительно позиции между мартом и июнем 2018 года. Довод Государственного Партнера заключался в том, что Частный Партнер не поднимал этот вопрос в начале строительства. Г-жа Айтжанова пояснила, что с начала действия Договора Частный Партнер не получал никаких писем или уведомлений. Хотя это могло быть в первую очередь ссылкой на документы, требуемые Приложением 5 к Договору, они включали

строительные отчеты, которые должны были включать отчеты о влиянии отсутствия подключения к электросети.

101. Что касается свидетелей со стороны Частного Партнера, то в ходе перекрестного допроса г-н Мелдешов пояснил, что Государственный Партнер передал Частному Партнеру, что именно он должен обеспечить подключение к электросети, фактически утверждая: *«просто идите и ищите любое подключение, это на Вашей совести»*. Он также пояснил, что они с первого дня довели до сведения Государственного Партнера трудности с получением электроэнергии, необходимой для строительства. Отвечая на мой вопрос, он заявил, что лично разговаривал с г-жой Айтжановой. Г-н Сатылганов пояснил, что он неоднократно поднимал вопрос о срочной необходимости решения вопроса электрификации на разных уровнях, в том числе непосредственно с руководителями и заместителями Государственного Партнера, акимами и их заместителями, но они *«не получили никакой действенной помощи в период строительства»*: Заявление, §§ 12-13. Показания г-на Мелдешова и г-на Сатылганова о том, что они поднимали вопрос об электроэнергии с Государственным Партнером, не оспаривались г-ном Еламановым.
102. По показаниям г-на Коваленко, они обращались в энергоснабжающую компанию с этим вопросом, *«но были постоянные задержки... в первую очередь, вероятно, из-за бездействия Государственного Партнера»*. Он и г-н Аманжолов, отвечавший за технический контроль, также сказали, что из-за отсутствия подключения электроэнергии со стороны Государственного Партнера они не подключались к постоянным сетям и были вынуждены арендовать дизельные генераторы.
103. На определенном этапе, из доказательств не ясно, когда именно, Частный Партнер пытался подключиться к подстанциям, расположенным в «Венском квартале». По существу, неоспоримые показания г-на Аманжолова и г-на Коваленко заключались в том, что «Венский квартал» не имел достаточной сетевой мощности в 150–200 кВт, и что попытки Бүлдіршін получить подключение там были сначала отклонены *«со ссылкой на отсутствие сетевой мощности»*. Г-н Коваленко также пояснил, что *«Частный Партнер обеспечивал электроэнергию по временной схеме подключения от соседней строительной площадки жилого комплекса «Венский квартал» мощностью не более 15–20 кВт, но предоставленной мощности хватало только для нужд административного офиса»*, а не для строительных работ: см. Заявление, §13. По его показаниям, отсутствие достаточной электроэнергии привело к значительной задержке строительства. Г-н Мелдешов пояснил, что они уведомили Государственного Партнера об отказе строительной компании, владеющей точкой подключения «Венского квартала», дать разрешение на

подключение, поскольку у нее не было избыточной мощности. Он также пояснил, что подключение к точке подключения «Венского квартала», недостаточное для строительных целей, было получено без какой-либо помощи со стороны Государственного Партнера.

104. Из документов следует, что 13 июля 2018 года Частный Партнер обратился в Астана РЭК с просьбой разрешить проблему электроснабжения путем передачи ранее выданных технических спецификаций на подстанцию, которую планировалось построить на пересечении улиц Рыскулова и № 36 и строительство которой не было продолжено. Однако, в письме от 17 июля 2018 года Первый заместитель Председателя правления Астана РЭК по производству С. Менкин ответил отказом. Он пояснил, что это связано с тем, что *«заказчиком (указанным учреждением и Управлением образования города Астана) представлен запрос на выдачу, продление и изменение технических спецификаций на проектирование и строительство объекта. Учитывая вышеизложенное, в связи с отсутствием обращения заказчика, мы вынуждены вернуть ваше обращение...»*. Г-жа Смышляева пояснила, что проблема заключается в том, что Частный Партнер не предоставил документы, подтверждающие его право на запрос о подключении, и что владелец точки подключения дал согласие на обращение. Она также указала на обращение в последнем абзаце письма, в котором говорилось, что технические спецификации будут изменены *«при повторном обращении... с полным пакетом документов и при согласии владельца сетей...»*.
105. Временами показания господ Мелдешова, Коваленко, Аманжолова, Сатылганова и Аскарова по этому вопросу и бездействию Государственного Партнера носили общий характер и не ссылались на конкретные документы. Тем не менее, в двух письмах от 8 и 19 июня 2018 года есть подтверждение на этот счет, на которые я ранее ссылался. В этих письмах Частный Партнер изложил проблему, возникшую в связи с тем, что недостроенная трансформаторная подстанция должна была быть построена на соседнем участке. В первом письме он сослался на трудности, с которыми столкнулся при получении временного электроснабжения, и попросил Государственного Партнера *«согласовать вопрос о выдаче сводного плана внешних инженерных сетей для объекта»*. Во втором он запросил Государственного Партнера *«рассмотреть возможность передачи проектно-сметной документации по трансформаторной подстанции в полном объеме в качестве дополнения к существующему Договору, чтобы эта трансформаторная подстанция была включена в Лот № 5 на законном основании в качестве приложения к Договору № 1 от 29 мая 2017 года»*. Таким образом, именно в июне 2018 года было предложено то, что спустя 2–3 года стало Дополнительными соглашениями № 1 и № 2.

106. Показательно, что в вопросе о системе электроснабжения и о том, какую информацию Частный Партнер передал Государственному Партнеру, ни в кратком заявлении г-жи Айтжановой, ни в ее устных показаниях нет ссылки на эти письма. В ее заявлении говорится только следующее: *«что касается электроснабжения, то по просьбе акимата объект был подключен к электросети соседнего строящегося жилого комплекса «Венский квартал», но только в 2019 году встал вопрос о том, что для дальнейшего нормального функционирования, с учетом существующей сети энергоснабжения жилого комплекса, необходимо строительство отдельной ТП, которая не была включена в проект...»*.
107. Более того, в Суде нет ни одного документа, подтверждающего просьбу Государственного Партнера или акимата обеспечить подключение к системе электроснабжения как в «Венском квартале», так и в других местах. Также учитывая требование пункта 8 Договора о том, что участок должен быть подключен к точкам подключения инженерной инфраструктуры, и заявление в дополнительных вступительных материалах Государственного Партнера от 8 ноября 2022 года о том, что *«невозможно получить точку подключения в обход Государственного Партнера»*.
108. Г-жа Айтжанова, по-видимому, не знала о каких-либо проблемах с электроснабжением в 2018 году и ошиблась, пояснив, что вопрос об электричестве и необходимости строительства трансформаторной подстанции возник только в 2019 году. В своих устных показаниях она также пояснила, что ей неизвестно, сколько кВт мог обеспечить «Венский квартал» для этого строительства. Она пояснила, что ни один из отчетов, которые Частный Партнер должен был представить в Приложении 5 к Договору ГЧП, не был получен. Она никогда не запрашивала их и не жаловалась на то, что Частный Партнер не предоставил эти документы, поскольку в обязанности Государственного Партнера не входит напоминание Частному Партнеру о его обязательствах.
109. Что касается того, что произошло в 2019 году, то 28 мая 2019 года Частный Партнер подал еще одно обращение на получение временных технических спецификаций на подключение электроэнергии для строительства детского сада. Г-жа Смышляева пояснила, что 6 июня 2019 года Частному Партнеру были предоставлены технические спецификации на точку подключения жилого комплекса «Венский квартал», но он снова не выполнил условия.
110. Меры, которые Частный Партнер запрашивал в письмах от июня 2018 года, стали предметом его обращения в Конкурсную комиссию. 11 октября 2019 года на заседании Конкурсной комиссии и Комиссии по прямым переговорам по реализации проекта ГЧП было принято решение и зафиксировано в протоколе о необходимости заключения дополнительного соглашения с Частным Партнером.

Было принято решение о продлении сроков ввода детского сада в эксплуатацию и переносе графика выплат по оплате КИЗ. Также было принято решение поручить Частному Партнеру построить и ввести в эксплуатацию трансформаторную подстанцию и линию электросети, а также подготовить документы, содержащие стоимость дополнительных работ.

- 111.5 ноября 2019 года Частный Партнер повторно обратился в отношении новых технических спецификаций и сообщил Астана РЭК, что отменяет предыдущие технические спецификации. В письме говорилось, что это связано с тем, что компания «Expo Town Success», которой принадлежит точка подключения «Венского квартала», *«запросила значительные суммы компенсации через свои сети»*, за которые Бүлдіршін-2012 не получит компенсацию от государства после завершения строительства.
112. Постановлением акимата 510–1524 от 14 ноября 2019 года Частному Партнеру был предоставлен земельный участок под трансформаторную подстанцию. В течение декабря 2019 года была подготовлена обновленная проектно-сметная документация по подстанции. Работы по ее строительству начались в январе 2020 года и были завершены в сентябре 2020 года: см. заявление г-на Аскарлова, §§ 11-14. Строительство проводилось Частным Партнером на основании протокольного решения на заседании 11 октября 2019 года, но без Дополнительного соглашения, указанного в решении на этом заседании.
113. Пока шло строительство, состоялись дальнейшие переговоры по поводу оценки Частным Партнером стоимости проектирования и строительства трансформаторной подстанции и дополнительных расходов, которые, как он утверждал, он понес из-за того, что Государственный Партнер не предоставил участок, подключенный к электросети. Мной рассмотрен иск о дополнительных расходах в [161] - [169]. Частный Партнер представил свою оценку дополнительных расходов на работы по строительству трансформаторной подстанции на заседание Комиссии по ГЧП 10 февраля 2020 года. На этом заседании Комиссия приняла решение представить эти цифры на утверждение бюджета. Эти решения в конечном итоге были отражены в Дополнительном соглашении № 1, заключенном в декабре 2020 года, которое, в частности, предусматривало продление срока ввода в эксплуатацию детского сада и дополнительные работы по строительству трансформаторной подстанции. Они также были отражены в изменении пункта 73 Договора ГЧП, внесенном Дополнительным соглашением № 2 в сентябре 2021 года.
114. В целом, мной сделан вывод, что Частный Партнер направил Государственному Партнеру письменное уведомление о проблемах с электроснабжением в июне 2018 года. На основании показаний Мелдешова, Коваленко, Аманжолова и

Аскарова я считаю, что до этого они также более неофициально общались с Государственным партнером о проблемах. Я принимаю доказательства того, что им было сказано искать точку подключения самостоятельно, а также бездействие Государственного Партнера. Нет никаких доказательств того, что Государственный Партнер предпринял какие-либо шаги для обеспечения точки подключения электроэнергии для Частного Партнера или оказал ему помощь в его попытках сделать это. Несмотря на свои обязательства по пункту 8 Договора, он, по-видимому, предоставил Частному Партнеру самому решать эту проблему. Усилия Частного Партнера не увенчались успехом. У одного из владельцев двух трансформаторных подстанций, на которые были выданы спецификации, изначально не было избыточной мощности. Оба они потребовали от Частного Партнера значительной компенсации, которую, по его мнению, он не смог бы получить от Государственного Партнера.

(iii) Выводы о нарушении:

115. В отзыве Государственного Партнера на иск утверждалось, что предоставление участка без подключения инфраструктуры не дает права Частному Партнеру на штраф или компенсацию. Он заявил, что *«в пункте 16 [Договора] говорится только о несвоевременном предоставлении земельного участка без резервирования инженерных сетей»*, но *«земельный участок был предоставлен... в срок в соответствии с [Приложением] 3 к [Договору]»*: Отзыв, §33. Я могу кратко рассмотреть это утверждение. Хотя в ответе упоминается только пункт 16, пункты 12–15 также содержат положения о задержке или непредоставлении участка. Представление Государственного Партнера упускает из виду тот факт, что в пункте 8 Договора указано, что *«инженерная инфраструктура должна быть подключена к предоставленному земельному участку»*. Оно также не сходится с другими положениями Договора и положениями Гражданского кодекса, к которым я обращаюсь.
116. По вопросам договорного и строительного права, возникающим, в связи с этим вопросом, законодательной отправной точкой является Гражданский кодекс и материальные положения о договорах подряда и труда в главе 32 этого кодекса. Положения, относящиеся к этому вопросу, содержатся в третьей части («параграф 3») главы 32 *«Особенности договора строительного подряда»*. В контексте настоящего Договора ГЧП ссылки в трех положениях, изложенных ниже, на «подрядчика» относятся к Частному Партнеру, а ссылки на «заказчика» - к Государственному Партнеру.
117. Статья 651(1), озаглавленная *«Договор строительного подряда»*, гласит:

«По договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иную строительную работу, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работы, принять ее результат и уплатить за нее обусловленную цену». (выделено мной)

118.Статья 658, озаглавленная «Предоставление земельного участка для строительства», гласит:

«Заказчик обязан своевременно предоставить для строительства земельный участок такой площади и в таком состоянии, какие указаны в договоре. При отсутствии в договоре таких указаний площадь и состояние земельного участка должны обеспечивать своевременное начало работ, нормальное их ведение и завершение в срок». (выделено мной)

119.Статья 659, озаглавленная «Дополнительные обязанности заказчика в договоре строительного подряда», гласит:

«Заказчик обязан в случаях и в порядке, предусмотренных договором строительного подряда, передавать подрядчику в пользование необходимые для осуществления работ здания и сооружения, обеспечивать транспортировку грузов в адрес подрядчика, временную подводку сетей энергоснабжения, водо- и паропровода, оказывать другие услуги. Оплата производится на условиях, предусмотренных договором». (выделено мной)

120.Обязательства, налагаемые на «заказчика», в настоящем деле Государственного Партнера, статьями 651, 658 и 659 Гражданского кодекса, заключаются, соответственно, в «предоставлении подрядчику», в настоящем деле Частному Партнеру, «необходимых условий для выполнения работ» (статья 651), «земельного участка в таком ... состоянии, которое указано в договоре» (статья 658), и «обеспечении временных сетей электроснабжения» (статья 659).

121.Два положения Договора в настоящем деле, которые имеют отношение к этому вопросу, — это пункты 8 и 104. Пункт 8 прямо и четко требует, чтобы инженерная инфраструктура была подведена к точкам подключения к предоставленному земельному участку. Пункт 104 устанавливает распределение рисков, согласованное сторонами. В пунктах 104(11) и (12) риск «несвоевременной поставки инженерных коммуникаций» и «изменения планов, предложенных

местными органами власти или другими государственными органами» возлагается на «Государственный сектор».

122. Мною обобщены представления Государственного Партнера по этому вопросу в [78] и [93] - [95]. В этом и следующих параграфах я рассмотрю их более подробно и приведу причины, по которым я их отклонил. Первая часть представления Государственного Партнера заключалась в том, что нарушения Договора не было. Частный Партнер знал о необходимости подключения электроэнергии к временной точке подключения, но не поднял этот вопрос в начале строительства. Я отклоняю это утверждение. Государственный Партнер либо знал об отсутствии точки подключения электроэнергии, либо должен был знать. Формулировка пункта 8 не содержит оговорок, требующих от Государственного Партнера обеспечить участок подключением, и Договор не требует от Частного Партнера уведомлять Государственного Партнера или поднимать этот вопрос в начале строительства.
123. Пункт 36, на который в основном опирался Государственный Партнер, на самом деле не подтверждает его правоту. Пункт 36 предусматривает *«обстоятельства, не зависящие от воли сторон, которые делают невозможным строительство и ввод в эксплуатацию объекта ГЧП в [установленный] срок»*. Однако, по Договору обязанность по поставке необходимой инфраструктуры, включая систему электроснабжения, возлагалась на Государственного Партнера. Он также возложил риск несвоевременной поставки такой системы на государственный сектор, то есть на Государственного Партнера. По первоначальному плану Государственного Партнера точкой подключения участка электроэнергии должна была стать трансформаторная подстанция на участке, на котором будет построен другой детский сад в рамках другого проекта ГЧП. Таким образом, он знал или должен был знать, что другой проект не был реализован из-за отсутствия участников торгов, и это обстоятельство оставило участок, о котором идет речь в настоящем разбирательстве, без необходимой системы электроснабжения.
124. В своем заключении г-н Привалов опирался на обязательство сторон *«немедленно»* уведомлять друг друга о наступлении значимых событий, которые могут повлиять на надлежащее исполнение обязательств по Договору, содержащееся в пункте 102. Я пришел к выводу, что статья 102 не содействует Государственному Партнеру в обстоятельствах настоящего дела.
125. Во-первых, я установил, что Частный Партнер неофициально довел проблемы, вызванные отсутствием точки подключения электроэнергии, до сведения Государственного Партнера до двух писем от 8 и 19 июня 2018 года.

126. Во-вторых, первое из писем от июня 2018 года было написано в течение 10-дневного периода с момента окончания первого отчетного периода после начала строительства 2 марта 2018 года. Даже если оно не удовлетворяло строгому требованию пункта 100 и Приложения 5 № 16 в отношении отчетов о строительстве, оно и последующее письмо поставили Государственного Партнера в известность об этой проблеме на ранней стадии.
127. В-третьих, даже если Частный Партнер должен был сделать больше, обязательство по пункту 102 не отменяет нарушения пункта 8, а информация была известна или должна была быть известна Государственному Партнеру. Применение пункта 102 к настоящим обстоятельствам не сочетается с пунктами 104(11) и (12), которые распределяют риски несвоевременного подведения инженерных коммуникаций и изменения планов, предложенных местными властями или другими государственными органами, на Государственный сектор. Обеспечение инженерной инфраструктурой земельного участка, на котором должен был быть построен детский сад, полностью зависело от Государственного Партнера и, как заявила д-р Нестерова в кратком изложении своих взглядов в Совместном отчете, включено в зону его обязательств.
128. Вторая часть аргументации Государственного Партнера по этому вопросу заключается в том, что Частный Партнер предпринял самостоятельные шаги для получения точки подключения электроэнергии и не воспользовался точками подключения, для которых Астана РЭК предоставила технические спецификации. Я не считаю, что невиновная сторона, которая предпринимает шаги в попытке уменьшить убытки, вызванные нарушением договора другой стороной, лишается возможности ссылаться на нарушение договора, особенно если эти шаги являются разумными, направленными на уменьшение убытков, вызванных нарушением.
129. Более того, договорное обязательство о том, что *«инженерная инфраструктура должна быть подключена к предоставленному земельному участку до точки подключения»* не предусматривало, что Частный Партнер будет платить за подключение, в то время как владельцы точек подключения, для которых Астана РЭК предоставила технические спецификации, требовали от нее значительных выплат. Согласно Договору ГЧП, Частный Партнер не смог бы потребовать возмещения любых платежей владельцам точек подключения. В этих обстоятельствах я не считаю, что его поведение, выразившееся в отказе от предложенных технических спецификаций, лишает его права ссылаться на нарушение Договора со стороны Государственного Партнера.
130. Третья часть аргументации Государственного Партнера по этому вопросу заключается в том, что спор об отсутствии подключения к точке подключения электроэнергии был урегулирован Дополнительными соглашениями, которые

изменили Договор ГЧП, предусмотрев строительство трансформаторной подстанции и выделив средства, указанные в этих соглашениях. Это неверно. Пункт 5 Дополнительного соглашения № 2 прямо предусматривает, что пункты 1 и 2, в которых установлены суммы КИЗ, *«не ограничивают права Частного Партнера на возмещение убытков выплат и увеличения [в] компенсации инвестиционных затрат, связанных с увеличением стоимости проекта, других затрат и упущенной выгоды в соответствии с нормами действующего законодательства Республики Казахстан и настоящего соглашения»*.

131. Мной также отклонено представление, кратко изложенное в [55], что изменения не соответствовали требованиям статьи 46(1–1) Закона «О государственно-частном партнерстве». То, что произошло в настоящем деле, не было простым «изменением» условий Договора ГЧП Сторонами. Изменения, которые были внесены Дополнительными соглашениями, содержали рекомендации и решения Конкурсной комиссии по ГЧП от октября 2019 года, органа, ответственного за регулирование Договоров ГЧП. Соглашения были направлены на устранение последствий неспособности Государственного Партнера обеспечить необходимое системное подключение, то есть последствий того, что было признано мной нарушением Договора со стороны Государственного Партнера. Это было сделано путем корректировок, рекомендованных Конкурсной комиссией в сфере ГЧП и, после дальнейших переговоров, согласованных обеими Сторонами, поскольку выполнение Договора в первоначальные сроки было невозможным.
132. В представлении Государственного Партнера попытка применить статью 46(1–1) была предпринята в отношении действия средств правовой защиты за нарушение договора, предусмотренных в Договоре ГЧП или Гражданском кодексе. И в Договоре ГЧП, и в Гражданском кодексе предусмотрены средства правовой защиты за нарушение договора. Договор был заключен после проведения тендера, хотя в настоящем деле Частный Партнер был единственным участником тендера. Государственный Партнер не утверждал, что при заключении Договора он не соответствовал принципам сбалансированности, взаимовыгодного распределения ответственности, рисков и доходов между Государственным Партнером и Частным Партнером согласно статье 3.2(3) Закона. После одобрения соответствующих госорганов Договор ГЧП был заключен с положением об этих средствах защиты. Мной сделан вывод, что в данных обстоятельствах нельзя утверждать, что статья 46(1–1) применяется и исключает действие средств правовой защиты за нарушение договора, предусмотренных Договором ГЧП или Гражданским кодексом.
133. Мной также отклоняется представление в отношении невыплаченного КИЗ за 2018 и 2019 годы на основании статьи 9(4) Закона «О государственно-частном партнерстве». Статья 9(4) требует, чтобы возмещение КИЗ *«производилось*

равными частями после запуска объекта государственно-частного партнерства в течение периода не менее пяти лет в соответствии с государственно-частным партнерством». График в Приложении 6 к Договору ГЧП содержит выплаты в течение 6 лет, начиная с 2018 года, в то время как по Договору период строительства должен был закончиться в декабре 2018 года, вследствие чего выплаты должны были начаться после запуска объекта.

134. Дополнительным соглашением №1 период строительства был продлен до 1 октября 2020 года, однако суммы КИЗ были изменены им только на 2020 и 2021 годы.⁸ Суммы за другие годы остались без изменений. Им не была изменена дата начала возмещения КИЗ и было предусмотрено, что *«остальные пункты Соглашения, не затронутые настоящим Дополнительным соглашением, остаются неизменными, и Стороны подтверждают свои обязательства по ним»*. Аналогичная сумма по незатронутым положениям Договора ГЧП содержится в Дополнительном соглашении №2, которым КИЗ на 2021 год были увеличены для учета строительства трансформаторной подстанции.⁹

135. Несмотря на то, что в соответствии со статьей 401(2) Гражданского кодекса Суд имеет право вносить изменения в Договор по требованию одной из сторон Договора, он делает это только в случае *«существенного нарушения Договора другой стороной»* или в случаях, предусмотренных иными законодательными актами или Договором. В настоящем деле мной установлено, что Государственный Партнер нарушает условия Договора ГЧП. В Дополнительных соглашениях или где-либо еще нет договоренности о переносе сроков возмещения КИЗ на 2024 и 2025 годы. Государственный Партнер не указал на какие-либо иные законодательные акты, уполномочивающие Суд вносить изменения в Договор ГЧП при таких обстоятельствах. Внесение в него изменений путем переноса дат, в которые должны быть произведены выплаты КИЗ, по требованию нарушителя Договора, нарушение которого не позволило невиновной стороне выполнить обязательства в установленный договором срок, является достаточно неприемлемым. Это означало бы возложить последствия нарушения на невиновную сторону, которая понесла убытки, и освободить нарушителя договора, по крайней мере, от части последствий его собственного нарушения.

136. На основании положений Гражданского кодекса, изложенных в [117] - [119], и условий пунктов 8 и 104(11) и (12) мной сделан вывод, что Государственный

⁸ Пунктом 8 сумма на 2020 год с 281 441 428 тенге была изменена на 281 441 000 тенге и на 2021 год с 281 441 856 тенге.

⁹ Пунктом 2 график в Приложении 6 за 2021 год был изменен до 627 967 856 тенге (добавив 346 526 000 тенге в части трансформаторной подстанции) и такая же сумма была добавлена к общей сумме, увеличив ее с 1 688 648 570 тенге до 2 035 174 570 тенге.

Партнер был обязан обеспечить инженерную инфраструктуру к точкам подключения и несет риск изменения планов, вызванный тем, что первоначальный план строительства трансформаторной подстанции на соседнем участке другим Частным Партнером, строящим другой детский сад, не был реализован. Я также пришел к выводу, что Государственный Партнер нарушил его обязательство. В [161] и далее я рассматриваю вопрос о том, было ли это нарушение равносильно виновному невыполнению Государственным Партнером своего обязательства. Я также считаю, что если это так, то в соответствии с законодательством Республики Казахстан и условиями Договора ГЧП Государственный Партнер обязан возместить Частному Партнеру понесенные им дополнительные расходы, вызванные нарушением.

(iv) Отчеты и документы, предусмотренные пунктом 100 и Приложением 5:

137. Государственный Партнер пояснил, что Частный Партнер не предоставил никаких отчетов о выполнении обязательств по Договору и ходе строительства: Заключительные представления, §11 стр. 10. Двое из его свидетелей заявили, что они не видели никаких отчетов и документов, требуемых пунктом 100: см. г-жа Айтжанова, §§ 4-5 и г-жа Касымбекова, §§ 28-29. Г-жа Касымбекова была начальником городского Отдела экономики и бюджетного планирования и заявила, что видела только документы, переданные ее отделу Управлением образования. В [108] мной была сделана ссылка на заявление г-жи Айтжановой о том, что она не запрашивала документы и не выражала недовольства по поводу того, что Частный Партнер не предоставил их, поскольку это было обязанностью Частного Партнера. В ходе перекрестного допроса ей было сказано, что Частный Партнер готовил ежемесячные отчеты о строительстве, которые позже предоставлялись для судебной экспертизы, но что он никогда не предоставлял их Государственному Партнеру. Она ответила, что Государственный Партнер не получал никаких документов от Частного Партнера, включая эти отчеты о ходе строительства, и спросила, какому специалисту они были представлены.

138. Частный Партнер не представил прямых документальных доказательств того, что такие отчеты были представлены Государственному Партнеру. Он полагался на Акты выполненных работ, подписанные Частным Партнером и подрядчиком с мая 2018 года по октябрь 2020 года,¹⁰ которые он представил в государственный Центр судебных экспертиз Министерства юстиции Республики Казахстан 2 апреля 2021 года для определения, среди прочего, фактической КИЗ, понесенной Частным Партнером. Акты выполненных работ упоминаются в экспертном заключении Центра № 63п от 6 мая 2021 года. Не было никаких предположений о том, что Акты выполненных работ, упомянутые в заключении № 63п, не являются

¹⁰ В деле за несколько месяцев было несколько Актов выполненных работ.

подлинными, и представляется, что после ввода детского сада в эксплуатацию они действительно привели к ряду выплат в пользу Частного Партнера.

139. Учитывая наличие Актов выполненных работ, подготовленных за указанные месяцы, во многих случаях более одного Акта за данный месяц, трудно понять, почему Частный Партнер не предоставил их Государственному Партнеру. Однако, г-жа Нуркеева не заявляла, что Суду было бы уместно сделать вывод из предоставления государственному Центру судебной экспертизы в 2021 году Актов в период с 2018 по 2020 год, что они предоставлялись Государственному Партнеру на ежеквартальной основе в период с 2018 по 2020 год. Она поступила правильно, не сделав этого. Частный Партнер не предоставил таких доказательств, как квитанция или имя должностного лица, которому были предоставлены отчеты. Также не было объяснено отсутствие документальных подтверждений.
140. Однако, нет необходимости делать вывод о том, что отчеты действительно были предоставлены, поскольку мной сделан вывод, что их предоставление не является обязательным условием для возмещения Частному Партнеру оговоренных в Договоре КИЗ и дополнительных расходов, связанных с тем, что Государственный Партнер не предоставил доступ к точке подключения электроэнергии. Я согласен с д-ром Нестеровой (СО, раздел 5), что *«процедура и выполнение [Частным Партнером] своих обязательств по предоставлению ежеквартальных отчетов не повлияли на его права требовать компенсации дополнительных расходов, связанных с невыполнением [Государственным] Партнером обязательства по подведению инженерной инфраструктуры к участку, предоставленному для строительства»*.
141. Что касается того, что если, отчеты не были предоставлены, как утверждал Государственный Партнер, то Государственный Партнер не заявлял, что он понес убытки по смыслу статьи 9(4) Гражданского кодекса от непредоставления отчетов. Он опирался на статью 295, которая является главой 18 Кодекса, касающейся обеспечения исполнения обязательств, а не главой 20, в которой рассматривается ответственность за нарушение обязательства. Он потребовал неустойку в соответствии со статьей 295 и пунктом 80 Договора, заявив, что неустойка должна составлять *«процент от неисполненного или ненадлежащим образом исполненного обязательства, в настоящем деле, [КИЗ]»*: Отзыв, §§ 37–39.
142. Статья 293 содержится в параграфе 2 главы 18, озаглавленной как «Понятие неустойки». Определение понятия «неустойка» содержится в статье 292, которой предусмотрено следующее:

«Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законодательством или договором денежная сумма,

которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков». (выделено мной)

143. Статьей 295(1) предусмотрено, что:

«Кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законодательством (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон».

144. Статьей 296 предусмотрено, что сумма неустойки должна быть твердой денежной суммой; процентом от суммы неисполненного обязательства или суммой ненадлежащим образом исполненного обязательства. Но обязательство по статье 100 заключается в предоставлении отчетов, а не в выплате денег, и ни в статье 100, ни в остальной части Договора ГЧП не указана определенная твердая сумма или процесс определения суммы неустойки таким образом, как это предусмотрено статьей 80 и сделано статьями 16 и 81 Договора. Статьей 295 (1) Гражданского кодекса предусмотрено, что тот факт, что договор не предусматривает выплату неустойки, не препятствует ее присуждению Судом. Однако это означает, что задача определения денежной суммы, которая была бы уместной и не чрезмерной неустойкой, не является простой, особенно если, как в настоящем деле, Государственный Партнер, требующий неустойку, не предложил суммы или принципы, которые можно было бы использовать для определения суммы.

145. Статья 297, которая дает Суду право уменьшить сумму «неустойки (штрафа, пени)», «если она чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора», по требованию должника, не применима, поскольку такой просьбы не поступало. Следует обратить внимание на анализ статьи 297, проведенном в этом Суде Судьей Сэром Рупертом Джексонсом в деле №: AIFC-C/CFI/2022/0020 АО «Фридом Финанс» против Егора Романюка (1 февраля 2023 года) в [5.12] - [5.16] и [6.10] - [6.13]. В этом деле договор предусматривал определенную твердую сумму, но то, что было сказано о том, как подходить к определению размера неустойки, полезно даже в тех случаях, когда договор этого не предусматривает. Г-н Сергей Ватаев, который присутствовал на судебном слушании по этому делу в качестве *amicus curiae* и помогал Суду в качестве независимого эксперта, заявил, что казахстанские суды исходят из своего усмотрения в отношении того, является ли неустойка чрезмерно большой, «исходя из здравого смысла и рациональных соображений». Он заключил, что «суды часто проявляют «сочувствие» и

снижают неустойку, особенно если ее размер несоизмерим с реальным ущербом», понесенным лицом, требующим ее выплаты.

146. В настоящем деле Государственный Партнер не утверждал, что непредоставление отчетов причинило ему убытки. Он не потребовал в письменной форме, как это предусмотрено пунктом 101 договора (упомянутым в [86]), чтобы нарушения Частным Партнером пункта 100 были устранены в течение 30 дней или срока, согласованного сторонами. Тот факт, что процедура, предусмотренная в пункте 101, не была использована, говорит о том, что Государственный Партнер не считал, что непредоставление отчетов, по словам этого положения, *«может существенно повлиять на выполнение Частным Партнером условий Договора»*. Более того, в свете показаний г-жи Айтжановой, представляется, что ни на одном этапе в период строительства или до начала настоящего разбирательства Государственный Партнер не предъявлял Частному Партнеру претензий по поводу непредоставления отчетов. После завершения строительства Государственный Партнер подписал Акт ввода объекта в эксплуатацию. Претензий к качеству работ не поступало.
147. Мной также принимается во внимание тот факт, что, как было принято считать, Договор ГЧП должен был исполняться, в частности, в соответствии с Законом «О государственно-частном партнерстве». Статья 1(6) этого Закона предусматривает, что такое партнерство является формой сотрудничества между партнерами. Статья 3(1)(1) предусматривает, что одной из основных целей такого партнерства является создание условий для эффективного взаимодействия между партнерами, а статья 3(2) - что его принципы включают принципы *«последовательности - поэтапного построения взаимоотношений...»* и *«сбалансированности - взаимовыгодного распределения обязанностей»* между партнерами. В моем решении, несоблюдение процедуры, предусмотренной пунктом 101, или нежелание предъявлять претензии на отчеты Частному Партнеру, а затем требовать неустойку не соответствует принципу добросовестности, закрепленному в статье 8(4) Гражданского кодекса, согласно которому при осуществлении своих прав *«граждане и юридические лица должны действовать добросовестно, разумно и справедливо»*.
148. Во внимание была принята необходимость того, чтобы штраф или неустойка были в размере, по словам г-на Ватаева, *«соразмерном реальному ущербу»*, что в настоящем деле непредоставление отчетов не привело к убыткам, а также другие факторы, которые были изложены мной выше. Я пришел к выводу, что в настоящем деле надлежащая неустойка составляет 2 500 000 тенге.

(v) Передача объекта ГЧП в коммунальную собственность

149. Пункт 86 Договора предусматривает, что *«созданный и введенный в эксплуатацию объект ГЧП подлежит передаче в муниципальную собственность»*, однако, несмотря на то что объект был введен в эксплуатацию, до настоящего времени передача не состоялась. По всей видимости, документация и процедура передачи не была завершена из-за спора о том, какие суммы КИЗ подлежат уплате, и какая сумма должна быть внесена в Акт приема-передачи. Государственный Партнер утверждает, что это должна быть КИЗ, указанная в Договоре с внесенными в него изменениями. Частный Партнер утверждает, что в результате нарушения контракта со стороны Государственного Партнера в отношении системы электроснабжения, он должен получить фактическую сумму КИЗ, которую он понес. Заключенные в марте и августе 2021 года соглашения о том, что в Акте приема-передачи должны быть указаны обе суммы, вероятно, с целью не навредить их правовым позициям, не разрешили этот вопрос.
150. История произошедшего кратко изложена ниже, частично из писем в Суд и частично из согласованного протокола переговоров между Сторонами 19 августа 2021 года. Прежде чем это сделать, мной будет кратко изложена процедура такой передачи. Она содержится в Приказе Министра национальной экономики Республики Казахстан от 25 ноября 2015 года «Об утверждении Правил приема объектов государственно-частного партнерства (объектов) в государственную собственность» № 713.
151. Правила № 713 предусматривают, чтобы Частный Партнер подал заявку на принятие объекта в коммунальную собственность в течение 30 рабочих дней после его ввода в эксплуатацию: §9. В настоящем деле детский сад и трансформаторная подстанция были введены в эксплуатацию 7 и 8 октября 2020 года. Государственная регистрация ввода в эксплуатацию детского сада произошла 20 октября 2020 года. Государственная регистрация трансформаторной подстанции была завершена только 2 июля 2021 года из-за ошибки при первой попытке регистрации. Согласно §12 Правил № 713 Государственный Партнер должен принять решение по заявлению в течение 10 дней.
152. Мной будет рассмотрена история вопроса. В письме от 6 ноября 2020 года, в 30-дневный срок, указанный в §9 Правил № 713, Частный Партнер просил акима Астаны принять объект в коммунальную собственность. В письме было указано, что к нему прилагаются копии Договора, Акта ввода объекта в эксплуатацию и подтверждения государственной регистрации судебными органами. В нем также

указывалось, что будет представлен документ, подтверждающий балансовую стоимость объекта, и отчет о его техническом состоянии.

153. В протоколе переговоров 19 августа 2021 года зафиксировано, что Акт приема-передачи был подготовлен в ноябре 2020 года, и Частный Партнер впоследствии заявил, что отправил его Государственному Партнеру, но без сопроводительного письма, в том же месяце 18 ноября или около того. 15 декабря 2020 года Частный Партнер направил Государственному Партнеру два экземпляра Акта приема-передачи, которые он подписал в письме, исх. № 1–21/403. В письме говорилось, что с отправкой Акта приема-передачи он выполнил свои обязательства и просил Государственного Партнера выплатить КИЗ. В протоколе переговоров от 19 августа 2021 года в кратком изложении позиции Государственного Партнера указано, что в Акте приема-передачи, предоставленном в декабре 2020 года, было указано только 2 180 806 298 тенге, сумма, заявленная Частным Партнером в качестве фактической КИЗ, а не 1 688 648 570 тенге, указанная в Договоре на строительство здания детского сада.
154. 3 февраля 2021 года акимат города Астана принял решение о принятии детского сада в коммунальную собственность города и обязал Управление активов и государственных закупок обеспечить передачу имущества Управлению образования, являющемуся Государственным Партнером. Это произошло более чем через 2 месяца после истечения 30-дневного срока, указанного в §12 Правил № 713. Частный Партнер заявил, что данное решение свидетельствует о том, что аким считает, что он завершил свою часть процесса передачи и выполнил свое обязательство по передаче детского сада в коммунальную собственность.
155. Существенным является и то, что в протоколе переговоров 19 августа 2021 года Государственный Партнер кратко изложил свою позицию. Позиция Государственного Партнера заключалась в том, что на собрании в марте 2021 года Стороны договорились указать в Акте приема-передачи две суммы КИЗ: 1 688 648 570 тенге, указанные в Договоре с внесенными изменениями, и 2 180 806 298 тенге, заявленные Частным Партнером как его фактическая КИЗ.
156. Как выяснилось, в письме от 14 мая 2021 года (не представленном Суду) Государственный Партнер заявил, что Частный Партнер еще не подписал Акт приема-передачи. Частный Партнер ответил в письме от 3 июня 2021 года (исх. № 1–21/49), что это не соответствует действительности. Он заявил, что отправлял Акт приема-передачи *«по меньшей мере пять раз»*, перечислив ноябрь 2020 года, письмо от 15 декабря и письма от 15 января 2021 года (исх. № 1-21/03), 19 февраля 2021 года (исх. № 1-21/6) и 5 мая 2021 года (исх. № 1-21/38). В письме от 3 июня говорилось, что *«в очередной раз направляем Вам подписанный нами Акт приема-передачи с указанием действительной балансовой стоимости для*

дальнейшей регистрации уполномоченным органом права собственности и передачи нам объекта ГЧП во владение и пользование в соответствии с условиями Договора ГЧП».

157. В кратком изложении позиции Государственного Партнера на переговорах 19 августа 2021 года поясняется, что Частный Партнер еще не подписал Акт приема-передачи и на эту дату только отправил акты, указывающие на КИЗ, на которую претендовал Частный Партнер. В кратком изложении позиции Частного Партнера на переговорах в августе было указано основание, на котором он утверждал, что имеет право на свою фактическую КИЗ; это дестабилизирующие события, вызванные со стороны Государственного Партнера.
158. На переговорах 19 августа 2021 года было принято два решения относительно Акта приема-передачи. Первое, фактически повторяющее то, что, по мнению Государственного Партнера, было согласовано в марте, заключалось в том, что каждая сторона должна указать сумму КИЗ, которую она считает надлежащей. Частный Партнер должен прописать 2 180 806 298 тенге, которые он заявлял, как фактическую сумму КИЗ. Государственный Партнер должен прописать сумму 1 688 648 570 тенге, указанную в договоре с внесенными изменениями. Второе решение заключалось в том, что в Акте Частный Партнер должен указать дату 18 ноября 2020 года, а Государственный Партнер должен указать дату собрания 19 августа 2021 года.
159. Я согласен с утверждением г-жи Нуркеевой, что изложенные мной факты показывают, что Частный Партнер пытался передать детский сад и трансформаторную подстанцию в коммунальную собственность с ноября 2020 года. Он сделал это в соответствии со своим утверждением о том, что имеет право на свою фактическую КИЗ в результате нарушений договора со стороны Государственного Партнера. Несмотря на то, что Государственный Партнер признал, что в марте 2021 года он согласился с тем, что в Акте приема-передачи должны быть указаны две суммы КИЗ, отражающие позиции Сторон, и, хотя он получил подписанные Частным Партнером копии Акта, он продолжал не подписывать его. Он придерживается своей позиции, несмотря на достигнутые в марте и августе 2021 года договоренности о том, что в Акте приема-передачи должны быть отражены позиции обеих сторон по КИЗ.
160. Я также согласен с представлением г-жи Нуркеевой о том, что, поскольку спор о сумме КИЗ, подлежащей выплате, находится на моем рассмотрении, мое решение по нему разрешит несколько формальный вопрос об условиях, на которых должен быть подписан Акт. Мной рассмотрена сумма КИЗ, на которую имеет право Частный Партнер, ниже в [171] - [182].

(i) **Степень ответственности Государственного Партнера за невыполнение им обязательства по подключению участка к точке подключения электроэнергии:**

а) Возмещение убытков, вызванных нарушением и «виной» в рамках статьи 115 и Гражданского кодекса:

161. Пункты 110, 114 и 115 Договора ГЧП и статьи 350, 359 и 366 Гражданского кодекса предусматривают, что Государственный Партнер несет ответственность за убытки, причиненные Частному Партнеру неисполнением им обязательства по обеспечению земельного участка инженерной инфраструктурой к подсоединенным к нему точкам подключения, если, согласно пункту 115, убытки *«возникли исключительно по вине Государственного Партнера и такая вина доказана в суде»*.

162. Статья 350 Гражданского кодекса предусматривает, что *«должник, нарушивший обязательство, обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки»* с убытками и ущербом, как определено в статье 9(4). Данной статьей предусмотрено, что:

«под убытками подразумеваются расходы, которые произведены или должны быть произведены лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)».

163. Статьей 359(1) предусмотрено, что:

*«Должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. **Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства**»*. (выделено мной)

Статья 366(2) Гражданского кодекса содержит аналогичное положение о просрочке исполнения обязательства, если пропустившая сроки сторона *«не докажет, что просрочка произошла по обстоятельствам, за которые ни он сам, ни те лица, на которых в силу законодательства или поручения кредитора было возложено принятие исполнения, не отвечают»*.

164. Статьи 359 и 366 возлагают на лицо, нарушившее обязательство, бремя доказывания отсутствия «вины» путем доказательства того, что оно предприняло все зависящие от него меры для исполнения обязательства, хотя это и зависит от противоречащего положения в Договоре. Статья 359(1) предусматривает, что ее положения применяются, *«если иное не предусмотрено законодательством или Договором»*. Статья 359(2) предусматривает, что *«законодательством или Договором могут быть предусмотрены иные основания ответственности или освобождения от нее»*.
165. Позиция г-на Привалова (см. СО, раздел 8(i)) заключается в том, что Договор ГЧП в настоящем деле предусматривает иное бремя доказывания, поскольку согласно пункту 115 Договора ГЧП вина может быть установлена *«только судом при наличии доказательств вины»*. В этом есть определенный смысл, однако, в пункте 115 прямо не говорится о бремени доказывания и не отменяется положение о невыполнении обязательств, предусмотренное статьей 359. Ввиду моих выводов в [105] - [114] нет необходимости определять, достаточно ли формулировки статьи 115, чтобы отменить положение по умолчанию в статье 359 и потребовать, чтобы невиновная сторона, в настоящем деле Частный Партнер, доказал вину лица, которое не выполнило свое обязательство.
166. Это объясняется тем, что на основании принятых мной доказательств и сделанных мной выводов, Частным Партнером было доказано, что Государственный Партнер не предпринял всех зависящих от него мер для выполнения своего обязательства и тем самым это способствовало установлению «вины» в соответствии со статьей 359 Гражданского кодекса. Государственный Партнер знал или должен был знать, что трансформаторная подстанция, предусмотренная в качестве точки подключения для этого детского сада, не была построена. На основании показаний господ Мелдешова, Аманжолова, Сатылганова и Коваленко мной установлено, что вместо того, чтобы предпринять что-либо для обеспечения точки подключения, Государственный Партнер фактически оставил это Частному Партнеру. По существу, он бездействовал. Он не предоставил положительный ответ, когда Частный Партнер сообщил ему о проблемах. Им не было оказано содействие Частному Партнеру в выполнении его работы по Договору, в соответствии с его обязательством согласно статье 629(1) Гражданского кодекса. Он взял на себя ответственность только после того, как жалоба Частного Партнера в Конкурсную комиссию по ГЧП увенчалась успехом в октябре 2019 года, примерно через 18 месяцев после начала строительства.
167. Обязательство заказчика в соответствии со статьей 629(1) Гражданского кодекса оказывать подрядчику содействие в выполнении работы в объеме и в порядке, предусмотренных Договором, также имеет отношение к вопросу о размере ответственности заказчика, в данном случае Государственного партнера. Вторая

часть статьи 629(1) предусматривает, что *«при неисполнении заказчиком этой обязанности подрядчик вправе требовать возмещения причиненных убытков, включая дополнительные издержки, вызванные простоем либо перенесением сроков исполнения работы, либо увеличением цены работы»*.

168. По этим причинам мной сделан вывод, что «вина» Государственного Партнера была установлена. Соответственно, статья 9(4) Гражданского кодекса наделяет Частного партнера правом на *«полное возмещение причиненных ему (ей) убытков»*.

b) Восстановление финансового баланса после «дестабилизирующего события»:

169. Пункт 107 Договора предусматривает, что Стороны *«имеют право на восстановление финансового баланса в соответствии с финансово-экономической моделью, если происходит нарушение баланса в результате ...дестабилизирующего события»*. Согласно пунктам 105(1) и (8) *«дестабилизирующее событие»* включает *«неисполнение Государственным Партнером [своих] обязательств по Договору»* и *«нарушение сроков и увеличение затрат на 5 (пять) % и более при строительстве объекта ГЧП, произошедшие не по вине Частного Партнера»*.

170. Указанная в пункте 109 процедура пересмотра КИЗ и других выплат не была задействована, но Частный партнер полагался на право, закрепленное в пункте 107 на восстановление первоначального финансового баланса и на расчеты в финансово-экономической модели в Приложении 7 к Договору. Опираясь на §§ 37-41 заключения д-ра Нестеровой, он заявил, что пункт 107 свидетельствует, что намерение Договора состояло в том, чтобы полностью компенсировать ему вложенные инвестиции, и что после наступления дестабилизирующего события они давали ему право на возмещение фактической КИЗ, а не сумм, указанных в самом Договоре. Я принимаю это утверждение.

c) Возмещение фактических инвестиционных затрат:

171. Довод Государственного Партнера о том, что Частный Партнер имеет право только на КИЗ, указанные в Договоре, а не на фактические КИЗ, предполагает, что он не нарушал Договор, или, если нарушал, то его «вина» не была установлена. В качестве альтернативы он упускает из виду положение Гражданского кодекса, рассмотренные выше, в частности, статьи 350 и 9(4), а также пункты 107 и 115 Договора. Заявление Частного Партнера о размере его фактических инвестиционных затратах было рассмотрено Институтом судебных экспертиз, филиалом государственного Центра судебных экспертиз Министерства юстиции Республики Казахстан. Г-жа Жусупова, специалист и главный эксперт Института,

провела экспертизу и подготовила отчет, заключение специалиста №89р, от 22 апреля 2021 года. Экспертиза и отчет были основаны на документах, представленных Бүлдіршін-2012.

172. Г-жой Жусуповой было проанализировано, соответствуют ли: (а) работы по строительству детского сада, указанные в проектно-сметной документации и Актах выполненных работ, и их стоимость Актам выполненных работ; (б) фактические работы по строительству детского сада и их стоимость Актам выполненных работ; (с) объем и стоимость фактических работ, не учтенных в расчетах по исключенным и добавленным работам; (д) указанные цены в проектно-сметной документации периода фактических работ с 2018 по 2020 год. В каждом случае Институт должен был определить степень любого расхождения.

173. Что касается балансовой стоимости, в отчете указано, что затраты, понесенные при строительстве объекта, были следующими:

Строительство:	Стоимость (тенге)
Детский сад	2 175 895 543
ТП и каб. линия	338 314 530
Общая балансовая стоимость	2 514 210 073*

*Значение балансовой стоимости объекта, указанное в Акте от 20 октября 2020 года.

174. О правильности КИЗ, указанных в Договоре на строительство детского сада (1 688 648 570 тенге) и в Дополнительном соглашении №1 на трансформаторную подстанцию и кабельную линию (346 526 000 тенге), в отчете указано, что фактические инвестиционные затраты составили:

Строительство:	СМР	Адм. расходы	Финансовые расходы	Итого тыс. Тенге
Детский сад	1 869 724,69	22 900,89	284 694,8	2,177,320.37
ТП и каб. линия	338 314,53	0	0	338 314,53
Итого	2 208 039,22	22 900,89	284 694,8	2 515 634,9*

*Значение инвестиционных затрат Частного Партнера по проекту, указанного в Акте от 17 ноября 2020 года.

175. В своих устных показаниях г-жа Жусупова заявила, что ответственность за достоверность документов несет заявитель, а именно Бүлдіршін-2012. Он представил первичные бухгалтерские документы, которые она описала в отчете. Все они соответствовали стандартам бухгалтерского учета и были надлежащим

образом подписаны и заверены печатью. Этих документов было достаточно для проведения полной судебной экспертизы, и она приняла их все во внимание. Пока г-жа Жусупова давала показания, г-н Еламанов заявил, что в Республике Казахстан стоимость строительных объектов определяется заключениями или мнениями государственных экспертов, а не частных учреждений, и предположил, что мнение органов ГЧП относительно стоимости проекта превалирует над мнением специалистов, таких как г-жа Жусупова. Однако, в ходе перекрестного допроса он не стал напрямую оспаривать правдивость документов или самих сумм.

176. Представления г-на Еламанова отражают отсутствие понимания роли Института судебных экспертиз и г-жи Жусуповой в стремлении относиться к ним так, как будто они являются частными организациями. Институт является государственным органом, учреждением государственного Центра судебной экспертизы, который действует при содействии Министерства юстиции. Экспертиза была проведена Главным экспертом Института. Не было никаких предположений о том, что экспертиза была проведена не в соответствии с Законом «О судебно-экспертной деятельности» от 10 февраля 2017 года. Принципы судебно-экспертной деятельности согласно статье 5 этого Закона включают независимость судебного эксперта, его всесторонность и объективность, а также соблюдение им своих профессиональных этических требований.
177. Представления г-на Еламанова, кроме того, не учитывают тот факт, что суммы КИЗ в Договоре были основаны на периоде строительства в 18 месяцев, начиная с августа 2017 года, а не на периоде продолжительностью 30 месяцев, начиная с марта 2018 года, где начальные этапы должны были быть выполнены неоптимальным способом с использованием дизельных генераторов. Именно дополнительные работы, возникшие в результате невыполнения Государственным Партнером своих обязательств в отношении системы электроснабжения и его задержки в признании необходимости строительства трансформаторной подстанции, привели к тому, что фактической КИЗ оказалась выше КИЗ, указанной в Договоре. На самом деле нет никакого несоответствия между суммами фактических инвестиционных затрат, представленных Государственным Партнером для проекта, который занял 30 месяцев, и суммами, спрогнозированными при рассмотрении будущего проекта, который займет 18 месяцев.
178. По этим причинам, оставляя в стороне вопрос реального ущерба и фактических инвестиционных затрат в отношении трансформаторной подстанции и кабельной линии, обсуждаемых в следующих пунктах, я пришел к выводу, что Частный Партнер доказал, что суммы, подтвержденные судебной экспертизой как фактические затраты КИЗ, являются правильными. С одной оговоркой мной сделан вывод, что Государственный Партнер обязан возместить Частному Партнеру

разницу между общей суммой 2 515 634 896 тенге фактических КИЗ, подтвержденных в экспертном заключении №89р, и КИЗ, предусмотренной в Договоре ГЧП и Дополнительных соглашениях. Оговорка возникает потому, что подтвержденная общая сумма 2 515 634 896 тенге включает в себя СМР в размере 338 314 530 тенге в отношении трансформаторной подстанции и кабельной линии, но, как я уже отметил, Государственный Партнер подал заявление об отзыве своих требований о реальном ущербе и фактической КИЗ в отношении трансформаторной подстанции и кабельной линии, оставляя за собой право возбудить новое судебное разбирательство по ним.

179. Государственный Партнер впервые попытался отозвать эти требования в §§ 44–47 своих вступительных представлений, поданных 26 июля 2022 года. Причинами такого ходатайства было то, что полная КИЗ по трансформаторной подстанции и фактически причиненный ущерб не были подвергнуты судебной экспертизе. Это произошло потому, что не были представлены документы, включая Акт приема-передачи и Договоры с физическими лицами и банками о предоставлении кредита. Поэтому экспертное заключение №89р содержит нулевые суммы по административным расходам и расходам на финансирование. Государственный Партнер не комментировал и не вносил представлений относительно данного заявления ни до, ни во время судебного разбирательства.
180. Информация, представленная Суду, оставляет ряд вопросов без ответа. Во-первых, как видно из сумм, приведенных в [173] – [174], экспертное заключение №89р действительно содержит суммы балансовой стоимости и СМР трансформаторной подстанции и кабельной линии. Таблица, приведенная в [174], дает общую сумму 2 515 634 896 тенге для фактических инвестиционных затрат, которая включает 338 314 530 тенге в отношении трансформаторной подстанции и кабельной линии, которая в моем понимании, отражает только фактические затраты на строительство и ту же сумму, что и балансовая стоимость в таблице, приведенной в [173]. Но, если только новое разбирательство не будет касаться исключительно административных расходов и расходов на финансирование, возможно, что новое требование о возмещении фактической КИЗ в отношении трансформаторной подстанции и кабельной линии может привести к риску двойного взыскания.
181. Во-вторых, экспертное заключение №89р было выдано 22 апреля 2021 года, более чем за год до подачи Частным Партнером вступительных представлений. Частный Партнер не указал, за какое время до подачи своих вступительных представлений он обнаружил, что не представил на судебную экспертизу все документы, касающиеся фактической КИЗ для трансформаторной подстанции и кабельной линии. Он также не указал причину, по которой он этого не сделал, что вполне могло быть административной ошибкой. В-третьих, Частный Партнер не

заявил, что между датой обнаружения проблемы (самое позднее 26 июля 2022 года) и судебным разбирательством в ноябре не было возможности провести судебную экспертизу документов, касающихся трансформаторной подстанции и кабельной линии.

182. Неотвеченные вопросы в результате данных упущений, не вполне согласуются с основной целью статьи 1.6 Правил Суда МФЦА и могут иметь отношение к вопросу о расходах, если это дело снова окажется на рассмотрении Суда. Несмотря на это, я пришел к выводу, что заявление Частного Партнера об отзыве этих исков должно быть удовлетворено, и он должен иметь возможность возбудить новое производство по ним при соблюдении следующих условий:

- (a) В течение двух месяцев с момента вынесения настоящего решения подается надлежащим образом заполненный иск, подкрепленный экспертным заключением, основанным на судебной экспертизе, и соответствующими документами.
- (b) Иск не должен дублировать суммы фактических инвестиционных затрат на трансформаторную подстанцию и кабельную линию, которые включены в расчет в экспертном заключении №89р, и должен содержать объяснение причин отсутствия дублирования.
- (c) Частный Партнер должен сообщить Суду, когда он обнаружил, что не представил все документы, необходимые для определения фактических КИЗ для трансформаторной подстанции и кабельной линии, и почему он не ходатайствовал о проведении судебной экспертизы в период между датой обнаружения этого факта и судебным разбирательством.

d) Неустойка за неправомерное использование чужих денег:

183. Частный Партнер также имеет право на то, что статья 353 Гражданского кодекса называет «неустойкой» за «неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица». «Неустойка» представляет собой проценты, рассчитанные по базовой ставке Национального Банка Республики Казахстан со дня наступления срока исполнения денежного обязательства до даты подачи иска, даты вынесения решения или даты фактической выплаты «по выбору кредитора»: см. статью 353(1). В данном случае Частный Партнер решил требовать неустойку с 18 ноября 2020 года, даты государственной регистрации Акта ввода в эксплуатацию детского

сада, до 3 августа 2022 года, примерно через шесть месяцев после 15 февраля 2022 года, когда был подан иск, и примерно за семь месяцев до даты принятия настоящего решения. Он имел бы право требовать неустойку до даты принятия настоящего решения, но не сделал этого. Он имеет право на взыскание 100 478 446 тенге, заявленных в соответствии со статьей 353.

е) Упущенная выгода:

184. Согласно статье 9(4) Гражданского кодекса (изложенной в [162]), компенсация убытков, вызванных нарушением обязательства по статье 350, включает упущенную выгоду. Соответственно, поскольку мной установлено, что Государственный Партнер был виноват и «виновен» в нарушении пункта 115 Договора (см. [161]), он несет ответственность за упущенную выгоду Частного Партнера, которая была вызвана этими нарушениями.

185. Частный Партнер утверждает, что упущенная выгода должна быть рассчитана на основе оценки чистой прибыли в ФЭМ детского сада.¹¹ Она составляла 177 867 000 тенге на 2018 год, 198 652 000 тенге на 2019 год и 234 909 000 тенге на 2020 год. Таким образом, в качестве упущенной выгоды за период с 2018 по 2020 год он заявил 611 428 598 тенге.

186. Частный Партнер подкрепил свое заявление сравнением оценки ФЭМ с суммами фактической чистой прибыли за 2021 год и первую половину 2022 года. Эти суммы содержатся в Отчетах о совокупном доходе за этот период, которые исключают доходы, не связанные с детским садом и КИЗ, подлежащие выплате по Договору. Они составляют соответственно 158 600 000 тенге за 2021 год, что на 11% меньше оценки ФЭМ, и 107 153 000 тенге за первую половину 2022 года, что на 4% больше оценки ФЭМ.¹² Исходя из разницы в суммах фактической чистой прибыли за этот 18-месячный период с оценкой ФЭМ и того факта, что в 2021 году фактическая прибыль была на 11% меньше, чем оценка ФЭМ, хотя фактические суммы имеют значение, представленные мне материалы не позволяют мне сделать вывод, что суммы за вторую половину 2022 года компенсируют 11% дефицит в 2021 году. Соответственно, в моем решении, придавая определенный вес суммам фактической чистой прибыли, компенсация за упущенную выгоду должна быть на 10% меньше, чем оценка ФЭМ. Поэтому, я присуждаю Частному Партнеру 584 853

¹¹ Вступительные представления Истца §§48-50; Заключительные представления Истца §§ 96 и 99(5); § 9 Таблицы в перечне фактических и юридических вопросов, представленных в соответствии с §9 Приказа № 2.

¹² Вступительные представления истца §§ 51-53; Заключительные представления истца §§ 96 и 99(5). Суммы, рассчитанные на 2018-2020 годы, взяты из раздела о чистой прибыли в «Прогнозном отчете о доходах и расходах (Отчете о прибылях и убытках)» ФЭМ. Суммы, которые указаны как фактическая чистая прибыль за 2021 год и первую половину 2022 года, взяты из отчетов о совокупном доходе ТОО «Бүлдіршін-2012» за эти периоды.

298 тенге в отношении упущенной выгоды в период с 2018 по 2020 год.

f) Судебные расходы Частного Партнера:

- 187.7 июня 2021 года Частный Партнер заключил договор с ТОО «S-Spector» на оказание юридических услуг по данному разбирательству по фиксированной цене 50 000 000 тенге. Он требует данную сумму от Государственного Партнера.
188. Этот Суд имеет право выносить приказы том, что одна сторона оплачивает расходы другой: Регламент Суда МФЦА 2017, статья 27(4)(j) и Правила Суда МФЦА 2018, часть 26. Часть 26.4 Правил Суда МФЦА предусматривает, что Суд имеет право по своему усмотрению решать, подлежат ли расходы одной стороны другой, какова сумма этих расходов и когда они должны быть оплачены. Часть 26.5 предусматривает, что если Суд решит вынести приказ о расходах, то общее правило заключается в том, что проигравшая сторона обязана оплатить расходы выигравшей стороны. Что касается основания для оценки, часть 26.11 предусматривает, что Суд рассмотрит расходы, которые были *«разумно и обязательно понесены и ... были соразмерны рассматриваемым вопросам»*.
189. Заключительные представления Государственного Партнера, §7 Заявления на странице 16, выступают против этого. Однако, им не приведены причины, по которым общее правило не должно применяться, и не утверждает, что расходы, заявленные Частным Партнером, не были обоснованно и обязательно понесены и не были пропорциональны спорным вопросам.
190. Решая, следует ли применять общее правило и, если да, являются ли расходы, заявленные Частным Партнером, разумными и соразмерными рассматриваемым вопросам, мной учтено количество вопросов, которые необходимо было рассмотреть и решить, а также их сложность. Раздел J решения показывает, что было много спорных вопросов о фактах и праве. Это был сложный строительный спор, с дополнительной сложностью, поскольку Договор был долгосрочным государственно-частным инвестиционным соглашением, которое должно было быть заключено и исполнено в соответствии с Законом «О государственно-частном партнерстве». Общая заявленная сумма составляет 1 805 250 226 тенге, что составляет около 4 миллионов долларов США. Мной сделан вывод, что фиксированная цена в 50 000 000 тенге за юридические услуги по иску такого размера и сложности является разумной и соразмерной спорным вопросам, и что Частный Партнер имеет право на возмещение этой суммы.

К Выводы и Решение

191. Мои выводы по основным вопросам и основания по ним, изложенные в разделе J настоящего решения, означают, что Частный Партнер в значительной степени преуспел в своих требованиях. Прежде чем кратко изложить эти выводы и приказы Суда в оставшейся части настоящего раздела, мной будет сделана ссылка на два моих промежуточных решения.
192. Первое — это мое решение, принятое на заседании конференции по кейс-менеджменту 18 октября 2022 года, о том, что вопрос о размещении и пропорциях в соответствии с государственным заказом, упомянутом в Отзыве Государственного Партнера на иск, не должен рассматриваться вместе с иском. Мной были кратко изложены основания заявления Частного Партнера и причины его принятия в [56] - [61]. Это решение не препятствует Государственному Партнеру подать иск против Частного Партнера по поводу размещения детей по государственному заказу. Он еще не сделал этого, но должен сделать, если хочет продолжить рассмотрение настоящего дела.
193. Второй вопрос — это заявление Частного Партнера об отзыве своих требований о реальном ущербе и фактической КИЗ в отношении трансформаторной подстанции и кабельной сети, оставляя за собой право возбудить по ним новое разбирательство. Мной удовлетворено это заявление в решении в [182]. Но это было сделано мной при условии, что в течение двух месяцев после вынесения настоящего решения иск будет подан надлежащим образом, вместе с экспертным заключением в соответствии с судебной экспертизой, и соответствующими документами. Есть еще два условия, также изложенные в [182].
194. Мои выводы и приказы Суда таковы:
- (1) Государственный Партнер нарушил свои обязательства по предоставлению участка в срок, указанный в Договоре, и по предоставлению участка, подключенного к точке подключения электросети: см. [66], [77], [91], [114] и [136].
 - (2) Даты возмещения КИЗ за 2018 и 2019 годы не подлежат переносу на 2024 и 2025 годы: см. [135]. Соответственно, Частный Партнер имеет право на возмещение 281 441 428 тенге за 2018 год и такой же суммы за 2019 год, всего 562 882 860 тенге, которые Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить. Государственный Партнер продолжает нести ответственность по сумме, подлежащей оплате в качестве КИЗ в 2023 году в соответствии с графиком платежей в Договоре ГЧП.

- (3) Частный Партнер имеет право на выплату 100 478 446 тенге согласно статье 353 Гражданского кодекса за незаконное использование 562 882 860 тенге, причитающихся в качестве КИЗ в 2018 и 2019 годах, и Суд выносит соответствующий приказ: см. [183].
- (4) Частный Партнер имеет право на возмещение разницы между КИЗ, предусмотренным в Договоре, 2 035 174 570 тенге, и его фактическими инвестиционными затратами: см. [168] – [170]. Приняв во внимание экспертное заключение №89р мной установлено (в [178]), что его фактическая КИЗ составила в общей сложности 2 515 634 896 тенге по состоянию на 17 ноября 2020 года, что включает в себя СМР в размере 338 314 530 в отношении трансформаторной подстанции и кабельной сети. Таким образом, Частный Партнер имеет право на разницу в размере 480 460 326 тенге в качестве компенсации, которую Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить.
- (5) Частный Партнер имеет право взыскать с Государственного Партнера упущенную выгоду в период с 2018 по 2020 год. По причинам, изложенным в [184] – [185], упущенная выгода была оценена в 584 853 298 тенге, которые Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить.
- (6) По причинам, изложенным в [188] – [189] Частный Партнер имеет право взыскать с Государственного Партнера свои судебные расходы в размере 50 000 000 тенге, что является разумной и соразмерной суммой для иска такого размера и сложности, и которую Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить.
- (7) С учетом доказательств, приведенных в [138] - [139], мной сделан вывод в [144] - [148], что Государственный Партнер имеет право взыскать с Частного Партнера неустойку или штраф в размере 2 500 000 тенге в соответствии со статьей 295 Гражданского кодекса за непредставление в период с 2018 по 2020 год отчетов, предусмотренных пунктом 100 и Приложением 5 Договора, Государственному Партнеру. Было неуместно предполагать, что он это сделал, из подписанных Частным Партнером и подрядчиком Актов выполненных работ за месяцы с мая 2018 года по октябрь 2020 года, которые он представил на судебную экспертизу 2 апреля 2021 года. Суд приказывает вычесть сумму в размере 2 500 000 тенге из общей суммы, которую Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить.

195. Суммы, подлежащие выплате по различным статьям обязательств, приведены в таблице ниже:

Наименование судебной защиты	Сумма (тенге)
Задолженность КИЗ за 2018 год	281 441 428
Задолженность КИЗ за 2019 год	281 441 428
Неустойка по Гражданскому кодексу, статья 353 за незаконное использование долгов за КИЗ, подлежащих оплате периода с 18 ноября 2020 года по 3 августа 2022 года	100 478 446
Компенсация разницы между фактически понесенными КИЗ и КИЗ, предусмотренными в Договоре ГЧП и Дополнительных соглашениях	480 460 326
Упущенная выгода за период с 2018 по 2020 год	584 853 298
Судебные расходы Частного Партнера	50 000 000
Неустойка, которую Частный Партнер обязан выплатить в соответствии со статьей 295 ГК РК	минус 2 500 000
ОБЩАЯ СУММА, КОТОРУЮ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ПАРТНЕР ДОЛЖЕН ВЫПЛАТИТЬ ПОСЛЕ ВЫЧЕТА НЕУСТОЙКИ 2 500 000 ТЕНГЕ В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 295	1 776 174 926

196. Суд приказывает Государственному Партнеру выплатить Частному Партнеру сумму в размере **1 776 174 926 тенге** в течение 28 дней с момента вынесения настоящего решения.

Принято судом,

Сэр Джек Битсон FBA
Судья, Суд МФЦА

Представительство:

Истец, ТОО «Бүлдіршін-2012», был представлен г-жой Гульнур Нуркеевой, Партнер юридической фирмы ТОО «GRATA».

Ответчик, Государственное учреждение «Управление образования г. Астаны» был представлен г-ном Еламановым Нариманом Танатаровичем, Заместитель начальника Управления образования.

ПРИЛОЖЕНИЕ К СУДЕБНОМУ РЕШЕНИЮ

ИЗЛОЖЕНИЕ ПОЗИЦИИ ЭКСПЕРТОВ ПО КАЗАХСТАНСКОМУ ПРАВУ

ПО ВОПРОСАМ, РАССМАТРИВАЕМЫМ СУДОМ

1. Д-р Нестерова и г-н Привалов прокомментировали содержание и общее применение соответствующего казахстанского законодательства к правовым вопросам по Договору ГЧП и применение этого законодательства к фактам данного дела. Они подготовили Заключение и Совместный Отчет (далее «СО»), в котором определены и обобщены вопросы, по которым они пришли к согласию, и те, по которым они не смогли прийти к общему мнению. Степень различий между ними очевидна из краткого изложения их позиций по вопросам, находящимся на рассмотрении суда в данном разбирательстве, в последующих параграфах.¹³ Соответственно, в изложении не приводятся их мнения по вопросу о размещении и соотношении детей в рамках государственного заказа и о том, имеет ли в связи с этим суд право в соответствии со статьей 401(2) Гражданского кодекса предписать изменение условий договора ГЧП по вопросу государственного заказа, которые кратко изложены в СО, разделы 18 и 19.

Правовая природа договора ГЧП, СО, раздел 1

2. Эксперты согласились, что Договор ГЧП в данном случае относится к категории гражданско-правовых инвестиционных долгосрочных соглашений о государственно-частном партнерстве, подпадающих под действие Закона № 379-V ЗРК от 31 октября 2015 года и Гражданского и Предпринимательского кодексов Казахстана: см. СО, раздел 1.

Правила толкования договора по казахстанскому праву, раздел 17 СО

3. В разделе 17 СО говорится, что д-р Нестерова и г-н Привалов также согласились с тем, что правилами толкования соглашения или договора по казахстанскому праву являются:

«... приоритет в толковании отдается буквальному содержанию слов и выражений, которые содержатся в [Договоре].»¹⁴

¹³ Ссылки на отчет д-ра Нестеровой содержат номера пунктов. Отчет г-на Привалова не содержит номера страниц и пунктов. Ссылки на него означают порядковый номер страницы и страницу в общем пакете документов № 4, представленных суду (В4/ хх, хх).

¹⁴ В английском переводе СО в разделе 17 используются слова «Treaty», «contract» и «Agreement». «Соглашение», по-видимому, используется для обозначения «договора», и в данной выдержке вместо Соглашения используется слово «[договор]» в квадратных скобках.

В случае неясности непосредственного значения буквального содержания слов и выражений оно устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом

Только тогда, когда буквальное истолкование невозможно, Суд прибегает к выяснению действительной общей воли сторон с учетом цели [Договора]. Для этого Суд принимает во внимание все сопутствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон

Толкование Договора осуществляется Судом в случае, когда это сделано во исполнение заявленных сторонами требований».

Обязательство по предоставлению земельного участка с подведенной к нему инженерной инфраструктурой, наличие или отсутствие нарушений и наличие или отсутствие требований о предоставлении земельного участка: СО, разделы 2, 3 и 7.

4. Эксперты согласились, что согласно пунктам 7 и 8 договора Государственный Партнер был обязан предоставить Частному Партнеру участок земли под строительство с необходимой инженерной инфраструктурой. Однако, они не пришли к согласию в отношении того, какая из сторон несет риск несвоевременного предоставления этой инженерной инфраструктуры, и нарушил ли Государственный Партнер свое обязательство по предоставлению земельного участка с подведенной к нему инженерной инфраструктурой.
5. Д-р Нестерова указывала, что Государственный Партнер был обязан предоставить земельный участок, обеспеченный инфраструктурой, необходимой для проведения строительных работ и последующей эксплуатации детского сада: Заключение, §18, СО, раздел 2. Это обязательство прямо предусмотрено Договором и императивными нормами Гражданского кодекса в статьях 651, 658, 659: Заключение, §§ 17 и 21-24; СО, раздел 2. Поскольку Государственный партнер не обеспечил участок необходимой инфраструктурой, он нарушил это обязательство и, если не докажет, что принял все зависящие от него меры для исполнения своего обязательства, будет нести ответственность в соответствии с пунктом 115 Договора: Заключение, §§25 и 33 и статья 359(1) Гражданского кодекса Республики Казахстан и СО, раздел 3. Она также утверждала, что риск несвоевременного предоставления инженерных коммуникаций был прямо возложен на Государственного Партнера пунктом 104(11) договора: Заключение, §§ 19 и 22, СО, раздел 2. Наличие или отсутствие претензий по предоставлению земельного участка, а также форма и содержание таких претензий не влияют на право Частного Партнера требовать возмещения всех дополнительных

издержек, связанных с неисполнением Государственным Партнером обязательства по подведению инженерной инфраструктуры к земельному участку, предоставленному под строительство: СО, раздел 7(iv). Ниже мною будет кратко изложено мнение д-ра Нестеровой о последствиях невыполнения Государственным Партнером своих договорных обязательств.

6. Что касается мнения г-на Привалова, то в разделе 2 СО отражена его позиция, что *«инфраструктура включает себя много компонентов»*, и *«ввиду специфики строительства, точка подключения электроэнергии менялась»*, и что *«предоставляется исключительно специализированной организацией АО «Астана-РЭК»»*. В Совместном Отчете также утверждается, что вопрос подключения впервые был поднят Частным Партнером в июне 2018 года, а в отношении начала строительства в марте 2018 года, отмечено мнение г-на Привалова, что задержка произошла по вине Частного Партнера: СО, раздел 4, пункт (ii) г-на Привалова. По мнению г-на Привалова, Государственный Партнер не нарушил обязательства по обеспечению участка необходимой инфраструктурой по двум причинам. Первая заключается в том, что участок был передан Частному Партнеру вовремя в соответствии с Договором, и Частный Партнер принял участок без каких-либо замечаний и не предъявлял претензий относительно предоставления участка примерно около 10 месяцев, до июня 2018 года: Заключение, страницы 4 и 10 (В4 стр. 89 и 95); пункт (ii) г-на Привалова в разделе 3 и 7 СО. Вторая причина заключается в том, что Частный Партнер не уведомил Государственного Партнера о наличии инфраструктуры, включая подключение к электричеству, как того требовали пункты 36 и 102 Договора: Заключение, страницы 3 и 9 (В4 стр. 88 и 94) и пункты г-на Привалова в разделе 3 СО. Таким образом, перед судом не было предоставлено доказательств вины Государственного Партнера.

Начало строительства: СО, раздел 4

7. Эксперты согласны в том, что имел место факт задержки согласованного Сторонами начала строительных работ и, что фактически, строительные работы начались в марте 2018 г.: СО, раздел 4. Д-р Нестерова утверждала, что причины задержки являются вопросом факта, а не правовым вопросом. Г-н Привалов, однако, заявлял, что хотя они *«в большей степени являются вопросом факта»*, причины задержки также являются *«правовым вопросом»*. Д-р Нестерова, помимо этого, отметила, что, какова бы ни была причина задержки начала строительства, эта задержка не лишает Частного Партнера права на компенсацию дополнительных расходов, связанных с тем, что Государственный Партнер не смог подвести инженерную инфраструктуру к участку, который был предоставлен.

Предоставление ежеквартальных отчетов: СО, раздел 5

8. Эксперты не пришли к единому мнению. Д-р Нестерова считает, что предоставление Частным Партнером ежеквартальных отчетов является вопросом факта, а не вопросом права: СО, раздел 5(i). Она также полагает, что исполнения Частным Партнером своих обязательств по предоставлению ежеквартальных отчетов не влияет на право Частного Партнера требовать возмещения всех дополнительных издержек, связанных с неисполнением Государственным Партнером обязательства по подведению инженерной инфраструктуры к земельному участку, предоставленному под строительство детского сада: Заключение, §66, СО, раздел 5(ii). Г-н Привалов считает, что отсутствие любого из этих отчетов в документации, поданной Частным Партнером, свидетельствует об отсутствии фактического подтверждения его аргументов: Заключение, стр. 3-5, 9-10, 11, 12 **4/88-92, 95, 97**, СО, раздел 5.

Обязательство по уведомлению Государственного Партнера в п. 36: СО, раздел 6

9. Эксперты не пришли к единому мнению. Д-р Нестерова посчитала, что пункт 36 Договора не применим к ситуации, возникшей из-за отсутствия инженерной инфраструктуры: Заключение, §63, СО, раздел 6 (i)-(iii), (v). Он налагает на Частного Партнера обязанность уведомить Государственного Партнера, *«при обнаружении Частным Партнером не зависящих от Сторон обстоятельств, делающих невозможным строительство и ввод в эксплуатацию объекта ГЧП в сроки, установленные настоящим Договором»*. Д-р Нестерова заявила, что пункт 36 изложен ясно и подлежит буквальному толкованию. Подведение инженерной инфраструктуры к земельному участку, на котором должен был быть построен детский сад, полностью зависело от Государственного Партнера и входило в зону его обязательств, рисков и ответственности: Заключение, §65, СО, раздел 6(iii). Исходя из содержания недатированного письма Государственного Партнера Частному Партнеру после обращения «Булдіршін-2012» в отношении Договора ГЧП, она пришла к выводу, что Государственный Партнер знал об отсутствии электро-сетевой инфраструктуры на участке: Заключение, §25 и Приложение 9, СО, раздел 6 (iv). Она посчитала, что официальное уведомление (или отсутствие уведомления) об отсутствии электро-сетевой инфраструктуры на участке *«юридически безразлично и не затрагивает права Частного Партнера на компенсацию своих потерь, обусловленных неисполнением Государственным Партнером обязательства по подведению инженерной инфраструктуры»*: Заключение, §66. Д-р Нестерова также полагает, что вопрос о порядке, способах и содержании коммуникаций между Государственным и Частным Партнерами в период после заключения Договора является вопросом фактов, а не правовым вопросом: Заключение, §64, СО, раздел 6 (vi).

10. Г-н Привалов заявил, что в дополнение к п. 36, касающемуся обстоятельств, не зависящих от воли сторон, п. 102 Договора обязывает стороны своевременно предоставлять друг другу информацию, необходимую для выполнения своих обязательств по Договору, и незамедлительно уведомлять о наступлении существенных событий, которые могут повлиять на надлежащее выполнение этих обязательств: Заключение, страница 3 (В4/88) и СО, раздел 6. Он заключил, что: *«Как видно из предоставленных документов Частным Партнером, обязательства по Договору не исполнялись»*: Заключение, страница 3 (В4/88).

Вина как условие ответственности Государственного Партнера: СО, раздел 8

11. Эксперты согласны, что в соответствии с п. 115 Договора, Государственный Партнер несет ответственность за убытки, потери и расходы, причиненные Частному Партнеру, если они возникли исключительно по вине Государственного Партнера и такая вина доказана в суде. Они не согласны в отношении бремени доказывания и его распределения.
12. Г-жа Нестерова полагает, что статья 359 Гражданского кодекса устанавливает презумпцию виновности лица, нарушившего обязательство, и гражданское законодательство возлагает на это лицо (в данном случае на Государственного Партнера) бремя доказывания того, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства (в данном случае обязательства по подведению инженерной инфраструктуры к земельному участку: Заключение, §§ 29-33. Она не отразила мнение о том, мог ли Государственный Партнер надлежащим образом исполнить свое обязательство по обеспечению необходимой электро-сетевой инфраструктуры, поскольку это вопрос факта, а не права: Заключение, §34. Однако, она посчитала, что недатированное письмо, упомянутое в [8] выше, *«свидетельствует о наличии вины Государственного Партнера в неисполнении своего обязательства»*: § 35. В этом письме, см. §25 Заключения и Приложение 9, г-н Шоганбай, бывший заместитель начальника Департамента образования, заявил, что, согласно его планам, указанную трансформаторную подстанцию хотят возвести в будущем в рамках другого, еще не заключенного соглашения о Государственно-частном партнерстве, для аналогичного детского сада, которое в итоге не было заключено.
13. Г-н Привалов заявил, что вина лица согласно статье 359 может быть установлена в соответствии с договором ГЧП только при наличии доказательств вины. В данном случае предоставление земельного участка без комментариев Частного Партнера относительно инфраструктуры на момент передачи означало отсутствие таких доказательств. Письмо, на которое ссылается г-жа Нестерова, не являлось таким доказательством. Речь шла о строительстве трансформаторной подстанции, постоянном подключении, которое было

осуществлено с согласия Частного Партнера и оплачено по ценам, предоставленным самим Частным Партнером: СО, раздел 8, пункт (iii) г-на Привалова.

Восстановление финансового баланса при наступлении дестабилизирующего события: СО, раздел 9

14. Эксперты не пришли к единому мнению. Г-жа Нестерова считала, что Государственный Партнер был обязан восстановить первоначальный экономический баланс интересов сторон в случае невыполнения Государственным Партнером своих обязательств по Договору ГЧП: Заключение, §§ 40-41. Этот баланс, по ее словам, был отражен в Приложении 7 к Договору ГЧП, финансово-экономической модели ("ФЭМ") детского сада: Заключение, §40.
15. Г-жа Нестерова заявила, что если *«вследствие нарушения [Государственным] Партнером своих обязательств»*, сумма расходов Частного Партнера оказалась *«выше запланированного»*, то *«все такие непредвиденные затраты, по смыслу [пунктов] 105 (1), 107 (2) и 109 [Договора ГЧП], подлежат компенсации [Государственным] Партнером в целях восстановления исходного баланса экономических интересов»*: Заключение, §4. Согласно пункту 105(1), то, что в Договоре ГЧП называется *«дестабилизирующими событиями»*, а г-жа Нестерова называет *«дестабилизирующими условиями»*, включает невыполнение Государственным Партнером своих обязательств по договору, а *«пункт 107(2) ... предусматривает восстановление финансового баланса в соответствии с финансово-экономической моделью, если происходит нарушение баланса в результате дестабилизирующего события»*: СО, раздел 9, пункты (ii) и (iii) г-жи Нестеровой.
16. Точка зрения г-на Привалова по этому поводу, изложенная в СО, раздел 9, содержит следующее:
 - (i) *«Все вложенные Государственным партнером инвестиции компенсируются в полной мере в соответствии с Договором и графиком выплаты КИЗ.*
 - (ii) *Более того эксплуатация построенного детского сада на 100% без предоставления услуг по Государственному заказу в нарушение Договора, говорит о том, что Частным партнером сверх сумм, получаемых от государства, компенсируются все финансовые вложения, еще не доказав в суде вины Государственного Партнера».*

Единственное упоминание в его Заключении о размещении по госзаказу находится на странице 11 (B4/96), где говорится, что *«одностороннее использование построенного*

объекта - детского сада на 360 мест, противоречит Договору», и ссылается на пункт 49 Договора ГЧП.

Условия Дополнительных соглашений № 1 и № 2 о компенсации затрат Частного Партнера, СО, раздел 10.

17. Эксперты согласны в том, что Дополнительными соглашениями № 1 и № 2 были внесены изменения в Договор в части осуществления платежей по КИЗ, передачи трансформаторной подстанции, а также увеличения срока строительства. Они не согласны с тем, ограничивает ли факт заключения Дополнительных соглашений право Частного Партнера на компенсацию других расходов, которые превышают те, что были предусмотрены этими Дополнительными соглашениями.
18. По мнению г-жи Нестеровой, пункт 5 Дополнительного соглашения № 2 означает, что, увеличив размер КИЗ на стоимость строительства трансформаторной подстанции, Стороны понимали, что существуют и иные издержки Частного Партнера, связанные с удорожанием проекта, и согласились, что все такие потери (затраты и упущенная выгода), связанные с удорожанием проекта будут Частному Партнеру компенсированы.
19. Мнение г-на Привалова по этому поводу, изложенное в СО, раздел 10, заключается в том, что заключение Дополнительного соглашения № 2 от 02 сентября 2021 года, о предоставлении Частному Партнеру прав на компенсацию издержек, затрат и упущенной выгоды связанных с удорожанием проекта при условии доказанности вины Государственного Партнера в данных обстоятельствах в соответствии с пунктом 115 Договора. Касаясь трансформаторной подстанции, она была запроектирована, построена и оплачена (полностью компенсирована стоимость) с полного согласия Сторон, и по ценам предоставленным Частным Партнером. Ссылки в его отчете на действие Дополнительных соглашений находятся на страницах 10 и 11 (В4/95-96). На странице 10 говорится, что после обращения Частного Партнера к Государственному Партнеру по вопросу отсутствия инфраструктуры предоставлена многочисленная *«переписка по решению данного вопроса, итогом которой было заключено Дополнительное соглашение № 1... где был в обоюдном порядке решен вопрос о строительстве трансформаторной подстанции и оплате ее стоимости»*. На странице 11 говорится, что действия Сторон, отраженные в переписке и Дополнительных соглашениях, заключаются в том, что *«когда требовалось решение возникшей проблемы, когда шла речь об уведомлении сроков строительства трансформаторной подстанции, вопросы решались, сроки пересматривались. Денежные средства на строительство подстанции (по ценам предоставленным Частным Партнером) выделялись»*. Это, по мнению г-на Привалова, *«предусмотрено как самим Договором*

Государственно-частного партнерства, так и нормами Гражданского законодательства, так и обычаями делового оборота».

Гражданский кодекс Республики Казахстан статьи 366 и 629(1): СО, разделы 11-12

20. Д-р Нестерова и г-н Привалов разошлись во мнениях относительно действия статей 366 и 629(1) Гражданского кодекса Республики Казахстан, соответственно, на просрочку кредитора и обязанность заказчика оказывать подрядчику содействие в выполнении работы по договору подряда. Д-р Нестерова, Заключение §§ 44 - 46 и СО, раздел 11, утверждает, что в соответствии со статьей 366; *«(i) в обязанность кредитора императивно вменяется компенсировать должнику все убытки, находящиеся в причинной связи с просрочкой, допущенной кредитором; (ii) К разновидностям просрочки кредитора относится несовершение кредитором действий, до совершения которых должник не мог исполнить собственное обязательство; (iii) Единственным обстоятельством, освобождающим кредитора от ответственности за просрочку, является доказанный кредитором факт, что просрочка вызвана обстоятельствами, за которые он не отвечает».* Вторая часть статьи 629(1) предусматривает, что в случае неисполнения заказчиком обязательства по оказанию помощи подрядчику, *«подрядчик вправе требовать возмещения причиненных убытков, включая дополнительные издержки, вызванные простоем либо перенесением сроков исполнения работы, либо увеличением цены работы».* Д-р Нестерова заявила, что *«таким образом, задержка Ответчиком выполнения своего обязательства по оснащению земельного участка необходимой инженерной инфраструктурой служит основанием ответственности перед Истцом в виде компенсации убытков, вызванных соответствующей задержкой работ по строительству детского сада и вводу его в эксплуатацию»:* Заключение, §46, раздел 12 СО.
21. По мнению г-на Привалова, статья 366 применяется только при наличии вины, доказанной в суде, как это предусмотрено пунктом 115 Договора. Он заявил, что при отсутствии единого документа, будь то финансовый или иной отчет в соответствии с Приложением № 5 Договора, *«объективно оценить вину Государственного Партнера только из спорного факта не предоставления одной части инфраструктуры невозможно»:* СО, раздел 11 и см. ссылки в Заключении на отсутствие документации, например, на стр. 7, 9 (В4/ 92 и 94). В разделе 12 СО также отображено мнение г-на Привалова, что земельный участок был своевременно обеспечен инфраструктурой в момент передачи без замечаний, что задержка в начале строительства произошла не по вине Государственного Партнера, и что Государственный Партнер ответственно принимал меры для решения вопросов, связанных с выполнением Договора.

Статья 655 Гражданского кодекса: Пересмотр цены строительного подряда: СО, раздел 13

22. Эксперты не пришли к единому мнению. Д-р Нестерова рассмотрела этот вопрос в §§45-53 своего Заключения. На основании статей 629(1) и 655 Гражданского кодекса она заявила, что согласование в Договоре фиксированной стоимости затрат на строительство детского сада не лишает Частного Партнера права на дополнительные компенсации: Заключение, §51. Она также заявила, что Частный Партнер вправе требовать компенсации своих дополнительных издержек, вызванных увеличением сроков исполнения работ, простоем персонала Частного Партнера, увеличением расходов на содержание объектов и персонала, а также любых иных убытков, обусловленных допущенной Государственным партнером просрочкой исполнения своего обязательства по обеспечению строительства инженерной инфраструктурой и вынужденным отклонением от исходных параметров проекта: Заключение, §51.
23. В резюме г-на Привалова, содержащегося в СО, раздел 13, закреплено рассмотрение им этого вопроса, которое сводится к тому, что в Договоре определены определенные виды работ и затрат, с которыми Частный Партнер согласился, подписав его. Более того, в случае со строительством трансформаторной подстанции Частный Партнер сам заказал проектно-сметную документацию и построил подстанцию, как показано, быстро и без задержек по ценам, которые он предоставил. Все было оплачено и возмещено. Это резюме, по-видимому, отражает отрывки со страниц 10 и 11 его отчета (В4/ 95-96), на которые я ссылаюсь при изложении его мнения по статьям 366 и 629(1) Гражданского кодекса в § 22 настоящего Приложения.

Правовая защита инвесторов в Республике Казахстан: Предпринимательский кодекс, статья 276, СО, раздел 14

24. Эксперты не пришли к единому мнению. Д-р Нестерова рассмотрела этот вопрос в разделе своего Заключения, посвященном рассмотрению цены Договора строительного подряда, который я кратко изложил выше в [23]. Она опиралась на право инвестора в соответствии со статьей 276 (1) и (2) Предпринимательского кодекса на возмещение вреда, причиненного ему в результате издания государственными органами актов, не соответствующих законам Республики Казахстан, а также незаконных действий (бездействия) должностных лиц этих органов, в соответствии с гражданским законодательством Республики Казахстан. Ее общий вывод в § 53 заключается в том, что казахстанское инвестиционное законодательство гарантирует инвестору полную компенсацию всех его убытков, причиненных вследствие ненадлежащего исполнения государственными органами своих обязательств перед инвесторами.

25. Резюме г-на Привалова, содержащееся в СО, раздел 14, содержит два пункта. Первый, *«(i) все инвестиционные затраты компенсируются в соответствии с Договором и выплачиваются в установленный срок»*. Второй заключается в том, что *«(ii) в нарушении Договорных обязательств Частный Партнер после строительства детского сада на 100% эксплуатирует его в своих коммерческих интересах. В то же время государство компенсируя затраты по строительству детского сада не имеет возможности обеспечить местами в рамках государственного заказа. В то же время государство, компенсируя затраты на строительство детского сада, не в состоянии обеспечить места в рамках государственного заказа»*.
26. В Заключении г-на Привалова отсутствует ссылка на статью 276 Предпринимательского кодекса. На странице 11 (В4/96) закреплено, что

«не соблюдение Частным Партнером требований Государственного Партнера по предоставлению в рамках государственного заказа мест, противоречит прежде всего суть законодательства о Государственно-частном партнерстве. В данном случае эксплуатируя на 100% детский сад на 360 мест, ТОО «Бүлдіршін-2012» - Частный Партнер, наносит ущерб как государству, так и детям, имеющим право на получение данной услуги от государства».

Подлежащие компенсации убытки, СО, раздел 15

27. Эксперты не пришли к единому мнению. Резюме д-ра Нестеровой в этом разделе СО гласит:
- (i) *Вопрос состава и размера подлежащих взысканию убытков является вопросом доказательств и относится к прерогативе Суда;*
 - (ii) *В материалах дела, в частности, имеются Заключение специалиста №3 по судебному строительно-экономическому исследованию от 06.05.2021 г. И Заключение специалиста №89п по специализированному экономическому исследованию от 22.04.2021 г., согласно которым доказаны реальные суммы инвестиционных затрат Частного партнера.*
 - (iii) *По казахстанскому праву (п. 4 ст. 9 ГК РК), под убытками понимаются расходы, которые произведены или должны быть произведены лицом, чтобы компенсировать имущественный ущерб, причиненный нарушением обязательства, утрата или повреждение имущества лица (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных*

условиях оборота, если бы его контрагент не нарушил своего обязательства (упущенная выгода);

- (iv) Общее правило, относящееся к убыткам, состоит в том, что понесенные убытки должны быть взысканы;*
- (v) Исходя из общего принципа, что сторона, заявляющая материальные требования, должна обосновать основания и размер своих притязаний, казахстанская судебная практика основывается на том, что подлежат взысканию определенные (доказанные) убытки, размер которых рассчитан взыскателем;*
- (vi) В соответствии с п. 4 ст. 350 Гражданского кодекса РК при определении размера упущенной выгоды учитываются меры, предпринятые кредитором, для ее получения и сделанные с этой целью приготовления;*
- (vii) В качестве необходимого основания для взыскания убытков является доказанная взыскателем причинно-следственная связь между нарушением должником своих обязательств и потерями кредитора».*

Подпункт (ii) резюмирует § 4 Заключения д-ра Нестеровой; (iii), (iv) и (v) резюмируют §55, а (vi) резюмирует §56.

28. Резюме г-на Привалова, содержащееся в СО, раздел 15 гласит:

- (i) Понесенные убытки в рамках доказательств по настоящему договору могут возникнуть только при анализе и предоставлении финансовой и иной отчетности в рамках исполнения Приложения No5 к договору. В данном же случае сколько денег и от какого инвестора получено, когда и под какие проценты, сколько использовано собственных средств, сколько выплачено.*
- (ii) Отправной точкой данного вопроса служит п.157 Договора Срок строительства объекта ГЧП определен сторонами в течении 38 (тридцати восьми) месяцев с момента совершения Частным партнером Финансово закрытия,*
- (iii) Подпункт 13 пункта 1 Договора. «Финансовое закрытие» – дата в которую частный партнер предоставляет письменное уведомление Государственному партнеру, что он получил право доступа к использованию финансовых средств, в том числе предоставленными финансовыми институтами (инвесторами) в рамках соглашений с Частным партнером о финансировании необходимом для строительства объекта ГЧП. Сведений нет».*

Что касается (i), Приложение 5 к Договору упоминается на страницах 4, 9 и 12 Заключения г-на Привалова (B4/89, 94 и 97). Что касается (ii), в его Заключении нет ссылки на пункт 157 Договора, но на страницах 10-11 (B4/95-96) говорится, что срок строительства был продлен Дополнительным соглашением № 2. Что касается (iii), Заключение содержит ссылки на термин «Финансовое закрытие» на стр. 9 и 12 (B4/94 и 97) и на отсутствие документов на стр. 7, 9-10 и 12 (B4/92, 94-95 и 97).

Неустойка за неправомерное пользование чужими денежными средствами: СО, раздел 16

29. Вопрос касается статьи 353 Гражданского кодекса, заголовок к которой в английском переводе Гражданского кодекса на сайте Министерства юстиции Республики Казахстан звучит как «Ответственность за незаконное использование чужих средств» и в которой используется термин «неустойка».

30. Эксперты не пришли к единому мнению. Резюме д-ра Нестеровой по §§57 - 59 ее Заключения в этом разделе СО гласит:

- (i) *«Неправомерное пользование чужими денежными средствами влечет за собой обязанность нарушителя уплатить по требованию потерпевшего законную неустойку в порядке, предусмотренном ст. 353 Гражданского кодекса РК;*
- (iii) *Для заявления требования о взыскании неустойки по ст. 353 ГК РК не требуется соглашения должника и кредитора о неустойке, так как она является законной;*
- (iv) *Предусмотренная ст. 353 ГК РК законная неустойка подлежит взысканию с момента первого дня неправомерного пользования чужими денежными средствами и по день фактической выплаты этих денег кредитору».*

31. Резюме г-на Привалова, содержащееся в СО, раздел 16, гласит, что г-н Привалов предполагает следующее:

- (i) *«Неправомерное пользование чужими денежными средствами может только при нарушении Договора какой-либо стороной. Нарушений Договора государственно-частного партнерства «Строительство и эксплуатация детских садов в городе Астана» №1 от 29 мая 2017 года, со стороны Государственно Партнера не предоставлено.*

- (ii) *Неправомерное пользование денежными средствами Государственным партнером не допускается, все финансовые вопросы решаются в соответствии Договором».*

32. В Заключении г-на Привалова нет ссылки на статью 353, но на странице 11 (В4/96) говорится, что эти вопросы были решены Дополнительными соглашениями, когда сроки были продлены и были выделены средства на строительство трансформаторной подстанции.

Обязательства Частного Партнера по передаче объекта ГЧП в коммунальную собственность; СО, раздел 20

33. Эксперты не пришли к единому мнению. Резюме д-ра Нестеровой по §§78-80 ее Заключения в этом разделе СО гласит:

- (i) *«П. 2 ст. 284 ГК РК прямо предусматривает право лица приостановить исполнение обязательств в случае, если контрагент ненадлежащим образом исполняет встречные обязательства.*
- (ii) *Это правило охватывает любые встречные обязательства добросовестного контрагента, столкнувшегося с ненадлежащим исполнением обязательства своим контрагентом.*
- (iii) *В соответствии с данным правилом, Истец вправе приостановить исполнение своего обязательства по передаче объекта ГЧП в коммунальную собственность до исполнения Ответчиком встречного обязательства по надлежащей компенсации Истцу инвестиционных затрат».*

34. Резюме г-на Привалова, содержащееся в СО, раздел 20 гласит:

- (i) *«Как видно из предоставленных материалов Истец грубо нарушает Договор, по предоставлению как Государственного образовательного заказа, так и в части передачи объектов в коммунальную собственность.*
- (ii) *Все требования истца о компенсации инвестиционных затрат, ущерба несвоевременным введением объекта в эксплуатацию предоставленные в деле и по его мнению вызваны по вине Ответчика спорны и не подтверждены достаточным объемом доказательств».*

Что касается (i), страницы 3-4 и 7-8 Заявления г-на Привалова (В4/88-89 и 92-93) ссылаются на предоставленные документы, которые, по его словам, демонстрируют, что Частный Партнер не выполнил свои обязательства по Договору. Что касается (ii), то на страницах 4, 7 и 9-12 (В4/89, 92 и 94-97) говорится об отсутствии документов и



недостаточности представленных доказательств. В его Заключении нет ссылки на статью 284.