

УДК 347.453

Марія Бахуринська,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИБОРУ ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА НА УМОВАХ ДПП НА ПРИКЛАДІ ПОЛЬЩІ

У статті досліджуються особливості правового регулювання державно-приватного партнерства в країнах Європейського Союзу на прикладі Польщі. Проводиться порівняльний аналіз процедури вибору приватного партнера та передачі йому об'єктів публічної власності на умовах державно-приватного партнерства. На основі позитивного досвіду розвитку державно-приватного партнерства в Польщі розробляються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері державно-приватного партнерства.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, правове регулювання, землекористування, європейське законодавство, національне законодавство у сфері державно-приватного партнерства.

Постановка проблеми. Участь держави в економіці завжди мала свої особливості, головною з яких є пріоритет реалізації публічної функції над метою отримання прибутку. При цьому одноосібне управління державою окремими підприємствами та цілими галузями економіки довело свою неефективність, крім того, постійною проблемою є брак фінансових ресурсів. Однією з проблем економічного розвитку України є незадовільний стан інфраструктурного забезпечення. Стратегія сталого розвитку України-2020 серед напрямів реформування за вектором розвитку визначила реформи й в інфраструктурній сфері, зокрема на транспорті, в телекомунікації, житлово-комунальній сфері. Незважаючи на позитивний досвід багатьох країн, зокрема країн Європейського Союзу (далі – ЄС), механізми державного приватного партнерства (далі – ДПП) не набули широкого розповсюдження в Україні.

Метою статті є дослідження особливостей правового регулювання ДПП в країнах ЄС на прикладі Польщі. Проводиться порівняльний аналіз процедури вибору приватного партнера та передачі йому об'єктів публічної власності на умовах ДПП. На базі позитивного досвіду розвитку ДПП в Польщі розробляються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері ДПП.

Особливості землекористування у сфері ДПП розглядають у дослідженнях О.М. Вінник, А.М. Мірошніченко, В.І. Семчик, В.В. Носік та ін. Проблемам розвитку ДПП приділяється значна увага в сучасних наукових публікаціях, серед яких варто відмітити роботи таких учених: В.М. Вакуленка, І.В. Запатріна, К.В. Павлюка О.Ю. Самойлікова та ін.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукових публікацій показав, що міжнародна практика практично постійно уточнює концепцію ДПП завдяки зусиллям міжнародних інституцій, таких як Європейська комісія або Комісія

ООН з міжнародного торгового права (далі – UNCITRAL).

Визначення ДПП, дане Європейською комісією «Зелена книга» Європейської комісії щодо ДПП [1] (далі – Зелена книга ЄС щодо ДПП), опубліковане у 2004 році, визначає ДПП як різноманітні «форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення фінансування, будівництва, реконструкції, управління й обслуговування інфраструктури чи надання послуг».

Зелена книга ЄС щодо ДПП налічує чотири елементи, які зазвичай характеризують ДПП:

– відносно довга тривалість відносин, які передбачають співпрацю між державним партнером і приватним партнером із різноманітних аспектів запланованого проекту;

– метод фінансування проекту – частково за рахунок приватного сектору, а частково за рахунок комплексних домовленостей між різноманітними суб'єктами. Незважаючи на це, в деяких випадках можливо залучення державних коштів, причому у великих розмірах;

– важлива роль організації-експлуатанта, яка бере участь на різноманітних стадіях проекту (проекування, завершення, впровадження, фінансування). Державний партнер переважним чином концентрується на визначенні цілей, яких необхідно досягти стосовно публічного інтересу, якості наданих послуг і політиці ціноутворення, відповідає також за моніторинг за дотриманням цих цілей;

– розподіл ризиків між державним партнером і приватним партнером, до якого переходять ризики, які зазвичай бере на себе державний партнер. Але ДПП не означає, що приватний партнер обов'язково бере на себе всі ризики або навіть левову частку ризиків, пов'язаних із проектом. Конкретний розподіл ризиків визначається в кожному окремому випадку відповідно до здатності сторін контролювати та впоратись із ризиком.

Відповідно до Зеленої книги ЄС щодо ДПП, власне ДПП регулюються не законодавством ЄС, а загальними принципами Договору ЄС і/або правилами ЄС щодо державних контрактів і концесій.

У Повідомленні про державно-приватне партнерство та законодавство Співтовариств про державні закупівлі й концесії, оприлюдненому у 2005 році, Європейська комісія підтвердила, що не існує потреби в спеціальному законодавстві щодо ДПП на рівні ЄС, оскільки вона вважає, що ДПП має регулюватись законодавством ЄС щодо державних контрактів або щодо концесій.

Відповідно до загальних принципів Договору ЄС, контракти про державну закупівлю робіт, товарів чи послуг і питання концесій на цей момент регулюються Директивою 2014/24/Є [2], Директивою 2014/23/ЄС [3] і Директивою 2014/25/ЄС [4]. При цьому стосовно концесій Зелена книга ЄС щодо ДПП зазначає, що «до правил, які регулюють надання концесій на надання послуг, застосовуються в силу посилання принципів, зазначені в статтях 43 та 49 Договору, зокрема принципи прозорості, рівного ставлення, пропорційності та взаємного визнання» [5].

Директиви ЄС із питань здійснення державних закупівель і концесій поширюють свою сферу дії на всі органи державної влади та підприємства, а також на певні приватні й комунальні підприємства, що мають спеціальні привілеї, *покладаючи обов'язок на державні підприємства надавати більші контракти шляхом конкурентних і прозорих процедур, заснованих на об'єктивних критеріях, установлених заздалегідь*. Для таких цілей Директиви містять правила щодо вимог до опублікування, різних конкурентних процедур, які використовуються для різних видів контрактів, і вимоги стосовно типів критеріїв і специфікацій, які мають використовуватись під час здійснення державних закупівель.

Детальні правила Директив заздалегідь застосовуються в межах та вище спеціально встановлених директивами меж. Національне законодавство країн ЄС застосовується, якщо договори у сфері ДПП здійснюються нижче порогових значень до менших контрактів, крім того, кожна держава-член ЄС має свою національну систему законодавства у сфері ДПП, що поєднує національні правила з вимогами Директив ЄС.

Розвиток ДПП в Польщі почався з узагальнення досвіду країн ЄС стосовно державно-партнерства й визначення єдиних термінів і правових рамок концесійного законодавства Польщі. У 2003 році були прийняті Правила для успішного державно-приватного партнерства, що узагальнює положення Керівництва ООН UNCITRAL, адаптованого до законодавства ЄС. Зелена книга ДПП, прийнята у 2004 році, узагальнила положення попередніх документів щодо різноманітних директив ЄС і досвіду країн, які входять до складу європейської спільноти [6].

Після адаптації польського законодавства у сфері ДПП до документів і директив ЄС

були прийняті базові законодавчі акти, що регулюють питання ДПП, зокрема Закон про державно-приватне партнерство від 19 грудня 2008 року та Закон про концесії на роботи або послуги від 9 січня 2009 року.

Указані законодавчі акти визначили принципи співпраці державного органу та приватного партнера в рамках ДПП, мета якого є спільне здійснення проекту, заснованого на поділі завдань і ризиків між державним органом і приватним партнером. Правове регулювання питань ДПП також здійснюється й іншими нормативно-правовими актами, такими як Закон про державні закупівлі від 29 січня 2004 року, що визначає правила та процедури для державних закупівель, правового захисту, контролю державних закупівель і закупівель компетентними органами; Закон про муніципальні органи від 20 грудня 1996 року, який установлює принципи й форми муніципальних органів місцевого самоврядування, що стосується виконання ними завдань, з метою задоволення колективних потреб місцевого співтовариства; Закон про платні автомагістралі й республіканський дорожній фонд від 27 жовтня 1994 року, який визначає умови для підготовки будівництва, фінансування будівництва, правил проведення тендерних процедур для будівництва й експлуатації або тільки експлуатації платних автодоріг, принципи укладання угод із будівництва й експлуатації, а також визначає компетентні органи в цих питаннях; Закон з управління нерухомістю від 21 серпня 1997 року, який установлює правила управління нерухомим майном, що належить державній скарбниці або місцевим органам влади, поділу майна та його консолідації; правила експропріації й повернення відчуженого майна; встановлює частку у витратах будівництва об'єктів технічної інфраструктури; оцінки нерухомості та професійної діяльності, метою якої є управління нерухомим майном.

При цьому законодавство України має істотні відмінності від законодавчої бази країн ЄС стосовно ДПП та є занадто зарегульованим. Саме тому одним із напрямів удосконалення вітчизняного законодавства має бути імплементація міжнародного та європейського законодавства. Зокрема, доцільно адаптувати українське законодавство до вимог Керівництва з державно-приватного партнерства UNCITRAL ООН і Зеленої книги з ДПП Європейської комісії.

Недоліком українського законодавства є покладення повноважень із прийняття ключових рішень у сфері ДПП на Кабінет Міністрів України, тоді як у Польщі в більшості випадків на ці органи покладено лише контролюючу функцію й визначення загальних правил, а всі рішення стосовно конкретних проектів приймає публічний партнер – ініціатор угоди про ДПП, яким, відповідно до досвіду Польщі, можуть бути майже всі наявні форми громадської власності, в тому числі й підприємства державної або комунальної власності, якщо партнерство з приватною сферою має істотні переваги під час реалізації тих чи інших проектів. Виняток, як правило, становлять проекти у сфері

державної безпеки та оборони. Водночас виключний перелік державних партнерів у п. 1 ст. 1 Закону України «Про державно-приватне партнерство в Україні» [7], що виключає участь державних і комунальних підприємств як публічних партнерів, значно обмежує можливості розвитку ДПП в Україні.

Ще однією з відмінностей українського та польського законодавств є різні сфери застосування ДПП. У Польщі вони значно ширші: до проектів ДПП можуть належати будь-які угоди між державним партнером, що пов'язані з будівництвом або реконструкцією об'єктів; наданням послуг; виконання робіт. В Україні закон визначає конкретні сфери застосування ДПП, що значно обмежує можливості застосування проектів в інших сферах громадського сектору, які потребують інвестицій від приватних партнерів. У цьому випадку доцільно застосувати польський досвід, коли до сфери ДПП належать усі суб'єкти громадського сектору, що мають значну частину суспільного фінансування.

Потребують розширення також форми державного партнерства, якими, відповідно до законодавства України, можуть бути концесія та спільна діяльність, тоді як міжнародні норми розглядають значно більше можливостей партнерства. Наприклад, створення нового акціонерного підприємства для реалізації суспільно значимих проектів.

Є ще низка інших норм, які значно звужують застосування в Україні механізмів ДПП. Зокрема, ст. 6 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передбачає для приватного партнера необхідність застосування правил державних закупівель, тоді як конкурентні механізми вже були використані під час визначення приватного партнера в проекті ДПП. Згідно з польським досвідом, після проведення конкурсу з вибору приватного партнера вся відповідальність за реалізацію проекту ДПП, в тому числі за процедуру закупівлі необхідних матеріалів або вибір субпідрядників, лежить уже на приватному партнері. Нереалізований в Україні світовий досвід щодо можливості передачі об'єктів ДПП у власність приватного партнера після завершення проекту ДПП.

На окрему увагу заслуговують особливості надання й використання земельних ділянок, що необхідні для реалізації проектів ДПП. Світовий досвід засвідчує, що у випадках, коли новий об'єкт інфраструктури передбачається побудувати на земельній ділянці, яка перебуває в публічній власності (тобто на ділянці, що належить організації-замовнику або іншому публічному органу), або коли мова йде про модернізацію чи реконструкцію вже наявного об'єкта інфраструктури, надання такої ділянки або об'єкта в розпорядження концесіонера буде зазвичай здійснюватися його власником. У тих випадках, коли організація-замовник ще не є власником земельної ділянки та їй необхідно придбати його в його власників, виникає більш складна ситуація. У більшості випадків з урахуванням потенційних затримок і витрат, пов'язаних із переговорами, можливо, з великою кількістю окремих власників, і необхідності, яка може іс-

нувати в деяких правових системах, потрібно проводити складні дослідження документів, що підтверджують правовий титул, і вивчати ланцюжок попередніх передач права власності щоб установити законність правового титулу окремих власників, унаслідок чого концесіонеру нічого очікувати бути стороною, яка перебуває в найкращому становищі, щоб узяти на себе відповідальність за придбання земельної ділянки, необхідної для проекту. У силу цього організація-замовник зазвичай приймає на себе відповідальність за надання земельної ділянки, необхідної для реалізації проекту, щоб уникнути зайвих затримок або збільшення проектних витрат у результаті придбання землі. Організація-замовник може купити необхідну земельну ділянку біля його власників або, якщо це необхідно, придбати її в примусовому порядку.

Процедура, за допомогою якої приватна власність у примусовому порядку набувається урядом за умови виплати власникам належної компенсації, в національних правових системах описується за допомогою різних технічних термінів, таких як «експропріація», в сьогоdnішньому Керівництві іменується «придбання в примусовому порядку». У країнах, де законодавство передбачає кілька видів процедур для придбання в примусовому порядку, буде, можливо, доцільно уповноважити компетентні публічні органи здійснювати всі придбання, необхідні для потреб проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно, з найбільш ефективною із цих процедур, наприклад, за допомогою спеціальних процедур, які в низці країн застосовуються з причин настійних потреб публічного характеру.

Повноваженнями на придбання власності в примусовому порядку зазвичай наділений уряд, проте законодавство деяких країн також дозволяє операторам інфраструктури або початальникам загальнодоступних послуг (наприклад, залізничним компаніям, установам, відповідальним за питання енергопостачання, або телефонним компаніям) робити певні дії з метою примусового придбання приватної власності, яка потрібна для надання або розширення надання їхніх послуг населенню. Практика цих країн показала, що (особливо у випадках, коли рішення про виплату компенсації власникам власності вноситься за допомогою судових процедур) доцільно делегувати концесіонеру право робити певні дії, пов'язані з придбанням у примусовому порядку, за збереження за урядом відповідальності за прийняття тих заходів, які, згідно з відповідним законодавством, розглядаються як необхідні умови для порушення процедур, спрямованих на придбання відповідної власності. Після придбання земельна ділянка часто стає публічною власністю, хоча в низці випадків законодавство може дозволяти організації-замовнику й концесіонеру погоджувати інший порядок з урахуванням їхніх відповідних часток у витратах на придбання власності.

У тих випадках, коли для отримання доступу до будівельного майданчика або виконання будь-яких робіт чи обслуговування будь-яких об'єктів, необхідних для надання

відповідної послуги, концесіонеру потрібно право на транзитний проїзд по території або через територію, що належить третій стороні (наприклад, для встановлення дорожніх знаків на прилеглих земельних ділянках; для встановлення щогл або ліній електропередачі на території, яка належить третім сторонам; для монтажу чи обслуговування трансформаторного й релейного обладнання; для підризування дерев, які заважають телефонним лініям і які розташовані на суміжній території, або для укладання труб нафто-, газу- чи водопроводу), може виникнути необхідність у спеціальних механізмах.

Для позначення права використовувати власність іншої особи з конкретною метою або виконувати на її території певні роботи зазвичай застосовується термін «сервітут». Сервітут, як правило, вимагають згоди власника власності, стосовно якої вони встановлюються, якщо тільки такі права не передбачені законом. Покладання на концесіонера відповідальності за отримання сервітутів безпосередньо від власників відповідної власності зазвичай не є досить оперативним або рентабельним рішенням. Замість цього, найчастіше такі сервітуту в примусовому порядку набуває уряд одночасно з придбанням ділянки для будівельного майданчика.

Вітчизняне законодавство теж передбачає обов'язок державного партнера надати приватному партнеру необхідну земельну ділянку. Відповідно до ч. 1-2 ст. 8 Закону України «Про державно-приватне партнерство», якщо для здійснення ДПП необхідне користування земельною ділянкою, державний партнер передає приватному партнеру, згідно із Земельним кодексом України, земельну ділянку, на якій розташований об'єкт ДПП, разом із об'єктом ДПП на строк, установлений договором, укладеним у рамках ДПП, чи забезпечує не пізніше дати набрання чинності договором, укладеним у рамках ДПП, набуття приватним партнером права на користування земельними ділянками, наданими в установленому порядку для будівництва об'єкта ДПП. У всіх інших випадках державний партнер забезпечує надання на вимогу приватного партнера земельних ділянок, необхідних для виконання договору, укладеного в рамках ДПП, в порядку, встановленому законом і зазначеному в такому договорі.

Передбачаючи обов'язок державного партнера забезпечити надання земельної ділянки, закон не зазначає, на якій підставі буде передано вказану земельну ділянку. Тим більше ст. 94 Земельного кодексу України все ще передбачає можливість закріплення за концесіонером земельної ділянки на умовах оренди. Проблема вітчизняного законодавства полягає в тому, що земельна ділянка не визнається об'єктом правочинності у сфері ДПП, тоді як міжнародне законодавство не передбачає окремого розділу стосовно земельних ділянок у зв'язку з тим, що за міжнародними нормами земельні ділянки належать до об'єктів ДПП і на них розповсюджуються ті самі норми, що й на інші активи партнерської діяльності.

Позитивною рисою останньої зміни до ст. 8 Закону України «Про державно-приватне партнерство» є покладення на державного партнера обов'язку розробити й погодити проекти землеустрою щодо відведення земельних ділянок та іншу документацію із землеустрою, яка, відповідно до законодавства, вимагається для надання земельної ділянки в користування. Керівництво UNCITRAL рекомендує розширити цей перелік на всі необхідні для спільної діяльності дозволи й ліцензії. Крім того, рекомендується створити інституційні механізми для координації діяльності публічних органів, відповідальних за видачу та підтвердження ліцензій, дозволів або санкцій, необхідних для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно до законодавчих або нормативних вимог, що стосуються будівництва й експлуатації об'єктів інфраструктури відповідного типу.

З погляду міжнародних норм пункт про можливість відшкодування приватним партнером витрат державного партнера на оформлення земельної документації є недоцільним і зменшує привабливість угод ДПП для приватного сектору. У більшості випадків витрати державного партнера на підготовку документації оцінюються як його внесок у спільний проект.

Пункт про необхідність звільнення приватним партнером наданої в користування земельної ділянки після припинення дії угоди про ДПП в перспективі може викликати юридичні казуси. Наприклад, якщо в процесі спільної діяльності на ділянці були збудовані певні об'єкти. Тому доцільно вдосконалити норми Закону, що стосуються загального розподілу активів після завершення дії угоди про ДПП відповідно до рекомендацій Керівництва UNCITRAL.

Висновки

Порівняльний аналіз законодавства України та Польщі в розрізі міжнародних актів, що регулюють питання ДПП, свідчить про необхідність адаптації законодавства України у сфері ДПП до стандартів ЄС. Крім того, обов'язково треба враховувати досвід окремих країн ЄС у практичній реалізації механізмів ДПП в межах окремої країни. Це не лише підвищить ефективність застосування механізмів ДПП в Україні, а й забезпечить залучення значних обсягів іноземних інвестицій за рахунок міжнародних фінансових інституцій, діяльність яких вимагає застосування міжнародних стандартів у сфері ДПП.

Список використаних джерел:

1. Зелена книга щодо державно-приватних партнерств та законодавства співтовариства у сфері державних контрактів та концесій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/file/32428.doc>.
2. Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014.
3. Директива 2014/23/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про

укладання договорів концесії // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014.

4. Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=53691.

В статье исследуются особенности правового регулирования государственно-частного партнерства в странах Европейского Союза на примере Польши. Выполняется сравнительный анализ процедуры выбора частного партнера и передачи ему объектов публичной собственности на условиях государственно-частного партнерства. На основе положительного опыта развития государственно-частного партнерства в Польше разрабатываются предложения по усовершенствованию законодательства Украины в сфере государственно-частного партнерства.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, правовое регулирование, землепользование, европейское законодательство, национальное законодательство в сфере государственно-частного партнерства.

In the article the features of legal regulation of Public Private Partnership in the EU by the example of Poland. The comparative analysis of procedures for selecting the private partner and the transfer of the objects of public property in terms of PPP. Based on the positive experience of PPP in Poland developed proposals to improve the legislation in Ukraine PPP.

Key words: state-private partnership, legal adjusting, land-tenure, European legislation, national legislation in the sphere of PPP.

5. Зелена книга Європейської комісії щодо Державно-приватного партнерства та Закон співдружності про державні контракти і концесії // СОМ(2004)327final. – 30.04.2004.

6. Вивчення оптимальних моделей державно-приватного партнерства для промислових парків в Яворові і Новому Роздолі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.institute.lviv.ua/doc/02ppp.pdf.

7. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>.

