



Ирина Селиванова,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры хозяйственного права
Национального юридического университета
имени Ярослава Мудрого

УДК 346.3:346.2:346.5

***Государственно-частное партнерство
и другие способы заключения
договоров об использовании
государственного имущества***

Государственно-частное партнерство (далее – ГЧП) является достаточно новым механизмом взаимодействия государства с частными субъектами в сфере экономики. Он появился в середине 80-х годов прошлого века, когда правительство консерваторов в связи с невозможностью финансирования крупных инфраструктурных проектов из государственного бюджета было вынуждено привлекать к участию в таких проектах частные компании. В 1992 г. Великобритания официально утвердила программу Частной финансовой инициативы (Private Financial Initiative), согласно которой частные компании в обмен на финансирование объектов социальной инфраструктуры получали право на частичную приватизацию таких объектов, их эксплуатацию и обслуживание. Сейчас в этой стране ежегодно заключается до 80 новых соглашений. По данным британского

правительства такие проекты обеспечивают 17% экономии для бюджета страны [13, с. 155–157]. Мировыми лидерами в области ГЧП признаны США, Великобритания, Франция, Германия [3].

Какой же опыт в этой сфере имеет Украина? В 2010 г., когда в странах ЕС количество проектов государственно-частного партнерства превышало 1400, а их общая сумма составляла 260 млрд евро, у нас только был принят Закон Украины «О государственно-частном партнерстве» (далее – Закон о ГЧП). Он, собственно, определил понятие ГЧП, его основные принципы, правовые формы и, что особенно важно, специальную процедуру заключения договоров с государством в рамках ГЧП.

Однако, хотя с момента вступления в силу этого закона прошло более трех лет и разработаны все подзаконные нормативные акты, призванные

обеспечить заключение договоров ГЧП, в отличие от развитых стран мира у нас ГЧП не стало эффективным инструментом экономического и социального развития: примеров успешных инвестиционных проектов на принципах ГЧП Украина пока не имеет.

Научное сообщество Украины не обошло проблемы ГЧП своим вниманием. Так, его отдельные аспекты исследовали И. В. Спасибо-Фатеева [12, с. 4–10], О. М. Винник [1, с. 20–24], Д. В. Задыхайло [6, с. 351–352], О. В. Шаповалова [13, с. 155–157], О. А. Воловик [2, с. 22–24], в Луганске проведена отдельная интернет-конференция по этим вопросам [7], А. Д. Сиротюком защищена кандидатская диссертация «Хозяйственно-правовые основы государственно-частного партнерства» [11]. Одним из трендов этих научных исследований является обоснование необходимости дополнения Закона о ГЧП корпоративной формой инвестирования, т. е. возможностью партнерам (государству и инвестору) не только заключать договоры по процедуре Закона о ГЧП, но и создавать для такого сотрудничества юридические лица – хозяйственные организации.

Однако совершенно не исследованным остается вопрос о соотношении специальной процедуры заключения договоров ГЧП с другими алгоритмами заключения договоров об использовании государственного имущества, предусмотренными действующим законодательством Украины.

Целью статьи является разработка этого вопроса, а также исследование причин «пробуксовки» Закона о ГЧП.

К моменту появления понятия ГЧП и специального законодатель-

ства о нем в Украине уже существовал устоявшийся сегмент украинского законодательства, регулирующего условия и порядок заключения отдельных договоров об использовании государственного имущества. Так, первым нормативным актом, положившим начало регулированию отношений аренды государственного и коммунального имущества, были Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде, которые вступили в действие с 1 января 1990 г., т. е. за двадцать лет до Закона о ГЧП. В дальнейшем в независимой Украине были приняты законы «Об аренде государственного и коммунального имущества» (1992 г.), «О концессиях» (1999 г.), «О соглашениях о разделе продукции» (1999 г.), «О концессиях на строительство и эксплуатацию автомобильных дорог» (1999 г.), «Об особенностях передачи в аренду или концессию объектов централизованного водо-, теплоснабжения и водоотвода, находящихся в коммунальной собственности» (2010 г.) и др.

На первый взгляд может показаться, что эта часть украинского законодательства, в частности законы «О концессиях» и «О концессиях на строительство и эксплуатацию автомобильных дорог» охватывается понятием ГЧП, ведь мировой опыт свидетельствует – наиболее распространенной формой ГЧП являются концессионные договоры¹. Однако анализ ст. 5 Закона о ГЧП не подтверждает такой вывод, ибо в соответствии с ее нормами договоры концессии, о совместной деятельности, другие договоры регулируются законодательством с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Законом,

¹ За последние 10–15 лет в мире реализованы тысячи больших и малых, успешных и неудачных концессионных проектов. Спектр объектов, построенных в рамках концессионных соглашений, чрезвычайно широк: от грандиозного проекта века «Евротуннель» стоимостью 15 млрд долл. США до контрактов муниципальных органов власти в сфере досуга и отдыха стоимостью в несколько тысяч долларов.

в случае если по ним в предусмотренном Законом о ГЧП порядке принято решение об осуществлении ГЧП. Следовательно, концессионный и иные договоры являются формой ГЧП только в случае, если они заключаются в соответствии с процедурой, установленной Законом о ГЧП.

Итак, наработанное до Закона о ГЧП законодательство об отдельных видах договоров об использовании государственного имущества не охватывается украинским понятием ГЧП.

Однако в 2012 г. ситуация с возможными вариантами установления договорных отношений с государством еще усугубилась – постановлением Кабинета Министров Украины от 11 апреля 2012 г. № 296 был утвержден Порядок заключения государственными предприятиями, учреждениями, организациями, а также хозяйственными обществами, в уставном капитале которых доля государства превышает 50 процентов, договоров о совместной деятельности, договоров комиссии, поручения и управления имуществом (далее – Порядок заключения договоров).

В результате перед частным инвестором возникает вполне обоснованный вопрос – как определиться с алгоритмом установления договорных отношений с государством?

Для ответа на этот вопрос необходимо разобраться с понятием ГЧП. Как справедливо отмечает И. В. Спасибо-Фатеева, характерными чертами ГЧП являются: (1) договорные основы отношений между партнерами; (2) последние – органы государства (органы местного самоуправления) и частные лица (юридические и физические); (3) определение частных партнеров происходит на конкурсной основе; (4) длительность отношений; (5) определенность законом сфер применения ГЧП; (6) принадлежность объектов ГЧП к государственной или коммунальной собственности; (7) спе-

цифика процесса внедрения ГЧП; (8) наличие четко выраженной публичной направленности вследствие цели ГЧП – удовлетворение общественного интереса в обеспечении высоких технико-экономических показателей эффективности определенного, значимого для страны или региона, вида деятельности [12, с. 4–10]. От себя добавим – а также специальная, достаточно сложная и дорогостоящая процедура заключения договора ГЧП, включающая в себя, в частности, проведение анализа эффективности осуществления ГЧП, выявление рисков, связанных с ГЧП, их оценка и определение формы.

Как украинское законодательство способствует развитию ГЧП, можно проследить, пройдя вместе с потенциальным инвестором *step by step* по процедуре заключения такого договора.

Сфера применения ГЧП. Международные документы, являющиеся общепризнанным стандартом правового регулирования отношений в сфере ГЧП, к которым относятся Зеленый документ ЕС о ГЧП 2004 г. [5], и Примерные законодательные положения об инфраструктурных проектах, финансируемых частными лицами (Отчет ЮНСИТРАЛ) 2003 г. исходят из того, что важными признаками ГЧП являются финансирование, строительство, реконструкция, управление и другие действия, связанные с улучшением объектов социальной инфраструктуры или предоставлением коммунальных услуг.

В самом общем виде социальную инфраструктуру разделяют на *социально-бытовую* (жилищно-коммунальное хозяйство, бытовое обслуживание населения, торговля и общественное питание, пассажирский транспорт и связь для обслуживания населения и т. п.) и *социально-культурную* (здравоохранение, рекреационное хозяйство, физическая культура и спорт, социальное обеспечение, образова-

ние, культура и искусство, культовые сооружения и т. п.) части [4].

Причем в рамках ГЧП реализуются не просто инфраструктурные проекты, а только те из них, которые имеют большое социальное значение². Мировой опыт свидетельствует, что ограничение государством количества сфер и форм реализации ГЧП позволяет эффективнее использовать государственные ресурсы и направлять их на решение наиболее острых проблем. В то же время украинский законодатель (ст. 4 Закона о ГЧП) широко определяет сферы ГЧП, ибо кроме бесспорно сфер социальной инфраструктуры (например, строительство и/или эксплуатация автострад, дорог, железных дорог, взлетно-посадочных полос на аэродромах, мостов, дорожных эстакад, тоннелей и метрополитенов, здравоохранение; туризм, отдых, рекреация, культура и спорт), позволяет ГЧП и в сферах, которые трудно отнести к социальной инфраструктуре (например, поиск, разведка месторождений полезных ископаемых и их добычи, производство, транспортировка и поставка тепла). Более того, Закон о ГЧП вообще не содержит исчерпывающего перечня сфер применения ГЧП, ведь он позволяет его и в других сферах деятельности, кроме видов хозяйственной деятельности, которые в соответствии с законом разрешается осуществлять исключительно государственным

предприятиям, учреждениям и организациям.

Такой широкий подход к сферам ГЧП является, на наш взгляд, ошибочным, поэтому поддерживаем мнение, что признаки ГЧП должны быть четче сформулированы в Законе о ГЧП, ибо именно они должны стать критерием для ответа на вопрос, должен ли определенный проект осуществляться в рамках ГЧП с обязательным проведением анализа эффективности и другими специальными процедурами [15], или нет. Одним из таких признаков должна быть, на наш взгляд, сфера применения ГЧП, ограниченная социальной инфраструктурой.

Компетентный орган. В соответствии со ст. 10 Закона о ГЧП предложения об осуществлении ГЧП по объектам государственной собственности подаются органу, уполномоченному КМУ. Специально уполномоченным органом по вопросам ГЧП является Министерство экономического развития и торговли Украины [8, п. 3], а Государственное агентство по инвестициям и управлению национальными проектами обеспечивает реализацию государственной политики в сфере ГЧП, разработку и реализацию проектов ГЧП [9, п.4]. Однако оба органа занимаются этими вопросами не на основании решения КМУ, а в силу Указов Президента.

Инициирование проекта. Во всем мире ГЧП – это средство привлече-

² Так, Великобритания сосредоточила проекты ГЧП на таких объектах инфраструктуры, как школы, больницы, тюрьмы, оборонные объекты и автомобильные дороги; Канада значительное количество проектов ГЧП выполняет в таких сферах, как энергетика, транспорт, защита окружающей среды, водные ресурсы, водоснабжение и водотведение, рекреационные объекты, информационные технологии, здравоохранение, образование; Греция преимущественно выполняет проекты ГЧП в транспортной отрасли, в частности в отношении автомобильных дорог и аэропортов; Ирландия определила в качестве объектов ГЧП автомобильные дороги и городские транспортные системы; Австралия в качестве приоритетных направлений для ГЧП определила транспорт и системы жизнеобеспечения городов; Нидерланды применяют механизм ГЧП в общественном жилищном секторе и системах жизнеобеспечения городов; Испания реализует проекты ГЧП в области платных автомобильных дорог и систем жизнеобеспечения городов Режим доступа : <http://www.niss.gov.ua/articles/816/>; Державно-приватне партнерство: в Україні можливе? <http://economics.unian.net/ukr/news/67543-derjavno-privatne-partnerstvo-v-ukrajini-mojlive.html>

ния инвестиций в проекты, в которых государственные и местные органы власти пытаются наладить сотрудничество с инвесторами, при этом государственные ресурсы и коммунальное имущество используются более эффективно. А как это работает в Украине? На этот вопрос отвечает установленный нашим законодательством механизм инициирования ГЧП. Инициировать такое партнерство у нас могут как государственные партнеры, так и потенциальные частные партнеры, причем процедуры такого инициирования совершенно различные.

Так, для проверки наличия такого признака ГЧП, как обеспечение более высоких технико-экономических показателей эффективности деятельности, нежели при осуществлении такой деятельности государственным партнером без привлечения частного партнера, проводится анализ эффективности осуществления ГЧП [10]. Понятно, что он может проводиться только при наличии самих предложений потенциального частного партнера. По его результатам готовится заключение, которое должно согласовать Министерство экономического развития и торговли, после чего уполномоченный орган может принять решение о проведении конкурса об отборе частного партнера. При дальнейшей организации конкурса анализ эффективности также активно используется (с его учетом могут определяться существенные условия договора, в конкурсной документации обязательно должно содержаться заключение о результатах проведения анализа эффективности осуществления ГЧП для объекта, который выставляется на конкурс, и т. д.).

Следовательно, потенциальный частный партнер, желающий инициировать ГЧП, должен определиться с объектом, подготовить инвестиционный проект, другие документы, предложить вид и содержание договора, предоставить документы в уполно-

моченный орган и ожидать принятия решения о реализации проекта в рамках ГЧП, после появления такого решения победить в конкурсе, заключить договор и осуществлять мониторинг его реализации. При этом обязательным условием конкурса по отбору частного партнера являются квалификационные требования к участникам конкурса, определяемые конкурсной комиссией государственного органа и с учетом которых осуществляется предварительный отбор претендентов.

Таким образом, при инициировании ГЧП потенциальным частным партнером достаточно вероятным является то, что государство не согласится ни с видом, ни с условиями договора, предлагаемого частным партнером, а частный партнер не будет соответствовать квалификационным требованиям к участникам конкурса. И это понятно, ведь основные параметры партнерства (вид договора, его условия, требования к партнеру и т. д.) определяет именно государство (ст. 5 Закона о ГЧП), а к моменту появления документов потенциального частного партнера оно (государство) еще не выработало своего видения условий партнерства по объекту, который «присмотрел» частный партнер. Более того, Закон о ГЧП не предусматривает четкого перечня оснований отказа в ГЧП, в отличие, например, от Закона «Об аренде государственного и коммунального имущества», ст. 9 которого содержит такой перечень.

В свою очередь, государственному партнеру для инициирования ГЧП нужно определиться с инвестиционными проектами, которые могут быть реализованы на основе ГЧП, опубликовать их перечни, разработать технико-экономические обоснования таких проектов с определением вариантов договорных отношений. К сожалению, за три года действия Закона о ГЧП перечни таких проектов не появились.

Все вышеизложенное дает основания утверждать, что украинское

законодательство не способствует развитию ГЧП. Такой вывод подтверждается и рисками, которые выделяют потенциальные частные партнеры. Это, в частности, отсутствие в Бюджетном кодексе норм о гарантировании компенсации убытков частного партнера, связанных с невыполнением государством обязательств по договорам ГЧП, возмещением разницы в тарифах и т. д.; отсутствие гарантий выполнения государственным партнером финансовых обязательств по проектам ГЧП на весь срок их реализации в связи с ежегодным утверждением бюджета и корректировкой бюджетных программ; отсутствие налоговых и таможенных льгот для реализации проектов ГЧП; отсутствие уверенности частного партнера в возможности равноправной с государством защиты своих интересов в системе правосудия; отсутствие гарантии получения частным партнером от органов исполнительной власти или органов местного самоуправления разрешительных документов и согласований, необходимых для выполнения условий договора; наличие высокого уровня коррупции в органах власти, что приводит к удорожанию проектов ГЧП для частного партнера.

В свою очередь, к рискам государственного партнера относятся возможность неэффективного управления со стороны частного партнера имуществом, предоставленным государственным партнером для выполнения условий договора, несвоевременный ввод в эксплуатацию предмета договора и его несоответствие критериям, предусмотренным договором [14].

Что касается ответа на вопрос о том, как определиться с алгоритмом заключения договоров с государством, приходим к следующим выводам.

1. Украинское законодательство содержит три совершенно автономные способы заключения договоров об использовании государственного имущества. Это: алгоритм 1 – установ-

лены законами об отдельных договорах («Об аренде государственного и коммунального имущества», «О концессиях и т. д.»; алгоритм 2 – процедура Закона о ГЧП; алгоритм 3 – определен Порядком заключения договоров.

2. Современное состояние правового регулирования отношений ГЧП не способствует использованию алгоритма 2.

3. Алгоритм 3 характеризуется специфическими чертами: а) в таком порядке заключаются только договоры, не урегулированные на уровне специального закона – о совместной деятельности, комиссии, поручения и управления имуществом; б) срок договоров не определяется законодательством, однако можно предположить, что они не могут быть долгосрочными (более 5 лет), потому что это уже признак ГЧП; в) инициатором заключения договора является субъект хозяйствования, изъявивший намерение заключить договор, он же и предлагает вид договора и его условия. г) орган управления готовит по согласованию с Минэкономразвития, Минфином, Фондом имущества и Минюстом соответствующий проект решения Кабинета Министров Украины, в котором должны содержаться существенные условия договора, заключение которого предлагается согласовать; д) не проводится конкурс по отбору партнера; е) анализ эффективности реализации договора не проводится.

4. Критерием для выбора между алгоритмами 1 и 3 является вид договора, который планирует заключать с государством инвестор. Если это договор, урегулированный отдельным законом, используется алгоритм 1. Если же интересам инвестора наиболее соответствует договор, не урегулированный на уровне отдельного закона (совместной деятельности, управления, поручения, комиссия), применяется алгоритм 3.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. *Вінник О. М.* Інституційна форма державно-приватного партнерства: зарубіжний досвід та вітчизняні реалії. Правові проблеми взаємодії держави і бізнесу: матеріали II Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (м. Луганськ, 11–17 березня 2011 р.) / за заг. ред. О. В. Шаповалової. – Луганськ : Вид-во СНУ ім. Даля. – 2011 ; Відносини державно-приватного партнерства: проблеми вдосконалення правового регулювання в Україні. [Електронний ресурс] / Режим доступу : <http://gisap.eu/ru/v%D1%96dnosini-derzhavno-privatnogo-partnerstvo-problemi-vdoskonalennya-pravovogo-regulyuvannya-v-ukra%D1%97n%D1%96>
2. *Воловик О. А.* Щодо концепції державно-приватного партнерства (теоретичний аналіз нормотворчості) / за заг. ред. О. В. Шаповалової // Правові проблеми взаємодії держави і бізнесу : матеріали IV Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції (Луганськ, 8–22 лист. 2013 р.). – Л. : вид-во СНУ ім. Даля. – 2013. – 159 с.
3. *ГЧП: базовые принципы партнерства* / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://news.ligazakon.ua/news/2010/8/26/29127.htm#>
4. *Економічна енциклопедія* : у 3 т. / [редкол.: С. В. Мочерний та ін.]. – К. : Видавничий центр «Академія», 2000. – Т. 1. – 864 с.
5. *European Commission. Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions. COM(2004) 327 final.* – Brussels, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_en.htm
6. *Задихайло Д. В.* Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави : [монографія] / Д. В. Задихайло. – Харків : Юрайт, 2012. – 456 с.
7. *Правові проблеми взаємодії держави і бізнесу* : матеріали II Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (Луганськ, 11–17 берез. 2011 р.) / за заг. ред. О. В. Шаповалової. – Л. : Вид-во СНУ ім. Даля. – 2011. – С. 220.
8. *Про затвердження Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України* : Указ Президента України від 31.05.2011 р. № 634/2011// Офіц. вісник Презид. України. – 2011. – № 17. – Ст. 789.
9. *Про затвердження Положення про Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України* : Указ Президента України від 12.05. 2011 р. № 583/2011// Офіц. вісник Презид. України. – 2011. – № 16. – Ст. 738.
10. *Про затвердження порядку проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства*: постанова КМУ від 11.04. 2011 р. № 384 // Уряд. кур'єр. – 2011. – 05. – № 80.
11. *Сиротюк О. Д.* Господарсько-правові засади державно-приватного партнерства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. Д. Сиротюк. – Донецьк. – 2011 р. – 21 с.
12. *Спасибо-Фатеева І. В.* Цивілістичний погляд на поняття партнерства / І. В. Спасибо-Фатеева. – Право України, 2010. – № 12. – С. 4–10.
13. *Шаповалова О. В.* Інноваційні програми як об'єкт державно-приватного партнерства. Актуальні питання інтелектуальної власності та інноваційного розвитку : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 15–16 листопада 2012 р. / редкол.: С. М. Прилипко, Ю. А. Атаманова, К. В. Ефремова. – Х. : НДІ ПЗІР, 2012. – 372 с.
14. *Щодо розвитку державно-приватного партнерства як механізму активізації інвестиційної діяльності в Україні* / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/816/>
15. *Хеда С.* Ми намагаємося уникати внесення політично чутливих змін / Юридична газета. – 13 листопада 2012 р., № 46. [Електронний ресурс] // С. Хеда. – Режим доступу : http://www.sk.ua/sites/default/files/yur-gazeta_no.46_hieda_0.pdf

Селіванова І. А. Державно-приватне партнерство та інші способи укладання договорів щодо використання державного майна

У статті досліджується співвідношення спеціальної процедури укладання договорів державно-приватного партнерства з іншими алгоритмами укладання договорів щодо використання державного майна, передбаченими чинним законодавством України.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, оренда, концесія, договори з суб'єктами державного сектора економіки.

Селиванова И. А. Государственно-частное партнерство и другие способы заключения договоров об использовании государственного имущества

В статье исследуется соотношение специальной процедуры заключения договоров государственно-частного партнерства с другими алгоритмами заключения договоров об использовании государственного имущества, предусмотренными действующим законодательством Украины.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, аренда, концессия, договоры с субъектами государственного сектора экономики.

Selivanova I. Public-Private Partnership and Other Ways to Enter into the Agreements on Use of the State Property

The author examines in her article the correlation between the special procedure of entering into the public-private partnership agreements and other algorithms of making the agreements on use of the state property.

Key words: public-private partnership, lease, concession, agreements with the subjects of the public sector of the economy.