

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИБОРУ ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА НА УМОВАХ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

У статті досліджуються особливості правового регулювання ДПП у країнах ЄС на прикладі Польщі. Проводиться порівняльний аналіз процедури вибору приватного партнера та передання йому об'єктів публічної власності на умовах ДПП. На основі позитивного досвіду розвитку ДПП у Польщі розробляються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері ДПП.

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

Марія Бахуринська,

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

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 Україна 2020» серед напрямів реформування за вектором розвитку визначила реформи і в інфраструктурній сфері, зокрема на транспорті, в телекомунікації, житлово-комунальній сфері. Незважаючи на позитивний досвід багатьох країн, зокрема країн Європейського Союзу, механізми державного приватного партнерства (далі — ДПП) значного поширення в Україні не набули.

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

Особливості землекористування у сфері ДПП розглядають у своїх дослідженнях О. М. Вінник,

А. М. Мірошніченко, В. І. Семчик, В. В. Носік та інші. Проблема розвитку ДПП приділяється значна увага в сучасних наукових публікаціях, серед яких варто відмітити праці таких учених, як В. М. Вакуленко, І. В. Запатрін, К. В. Павлюк, О. Ю. Самойлів та інші.

Виклад основного матеріалу.

Аналіз наукових публікацій показав, що міжнародна передова практика 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 в «Зеленій книзі щодо державно-приватних партнерств та законодавства співтовариства у сфері державних контрактів та концесій» [1] (далі — «Зелена книга ЄС щодо ДПП»), опублікованій в 2004 році, подає ДПП як різноманітні «форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення фінансування, будівництва, реконструкції, управління та обслуговування інфраструктури чи надання послуг».

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

1) відносно довга тривалість відносин, які передбачають співпрацю між державним партнером і приватним партнером з різноманітних аспектів запланованого проекту;

2) метод фінансування проекту, частково за рахунок приватного сектору, а частково за рахунок комплексних домовленостей між різноманітними суб'єктами. Незважаючи на це,

в окремих випадках можливе залучення державних коштів, причому у великих розмірах;

3) важлива роль організації-експлуатанта, яка бере участь на різноманітних стадіях проекту (проекткування, завершення, впровадження, фінансування). Державний партнер переважно концентрується на визначенні цілей, яких необхідно досягти стосовно публічного інтересу, якості наданих послуг та політики ціноутворення, а також відповідає за моніторинг за досягнення цих цілей;

4) розподіл ризиків між державним партнером та приватним партнером, до якого переходять ризики, які зазвичай бере на себе державний партнер. Однак 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 ризик та впоратись із ним.

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

У своєму Повідомленні про державно-приватне партнерство та законодавство Співтовариств про державні закупівлі і концесії, оприлюдненому в 2005 році, Європейська комісія підтвердила, що не існує потреби у 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 та питання концесії на даний момент регулюються Директивою 2014/24/Є [2], Директивою 2014/23/ЄС [3] та Директивою 2014/25/ЄС [4]. При цьому стосовно концесій «Зелена книга ЄС щодо ДПП» зазначає: «... до правил, які регулюють надання концесій на надання послуг застосовуються, з огляду на посилення, принципи, зазначені в статтях 43 та 49 Договору, зокрема, принципи прозорості, рівного ставлення, пропорційності та взаємного визнання» [5].

Директиви ЄС з питань здійснення державних закупівель та концесії поширюють свою сферу дії на всі органи державної влади і підприємства, а також на певні приватні та комунальні підприємства, що мають спеціальні привілеї, покладаючи обов'язок на державні підприємства укладати більші контракти через конкурентні та прозорі процедури, засновані на об'єктивних критеріях, встановлених заздалегідь. З такою метою Директиви містять правила щодо: вимог до опублікування, різних конкурентних процедур, які використовуються для різних видів контрактів, та вимоги стосовно типів критеріїв і специфікацій, які мають використовуватись під час здійснення державних закупівель.

Детальні правила Директив заздалегідь застосовуються в межах і вище спеціально встановлених директивами меж. Національне законодавство країн ЄС застосовується, якщо договори у сфері ДПП виконуються

нижче порогових значень до менших контрактів і, крім того, кожна держава – член ЄС має свою національну систему законодавства у сфері ДПП, що поєднує національні правила з вимогами Директив ЄС.

Розвиток ДПП у Польщі почався з узагальнення досвіду країн ЄС стосовно державного 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, адаптоване до законодавства Європейського Союзу. «Зелена книга державно-приватного партнерства», прийнята у 2004 році, узагальнила положення попередніх документів відносно різноманітних директив ЄС та досвіду країн, що входять до складу європейської спільноти [6].

Після адаптації польського законодавства у сфері ДПП до документів і директив Європейського союзу були прийняті базові законодавчі акти, що регулюють питання ДПП, зокрема Закон від 19 грудня 2008 року про державно-приватне партнерство та Закон від 9 січня 2009 року про концесії на роботи або послуги.

Вказані законодавчі акти визначили принципи співпраці державного органу та приватного партнера в рамках ДПП, мета якої є — спільне здійснення проекту, заснованого на поділі завдань і ризиків між державним органом і приватним партнером. Правове регулювання питань ДПП здійснюється й іншими нормативно-правовими актами (Законом від 29

січня 2004 р. про державні закупівлі, що визначає правила і процедури для державних закупівель, правового захисту, контролю державних закупівель та закупівель компетентними органами; Законом від 20 грудня 1996 р. про муніципальні органи, що встановлює принципи і форми муніципальних органів місцевого самоврядування, що стосується виконання ними завдань, з метою задоволення колективних потреб місцевого співтовариства; Законом від 27 жовтня 1994 р. про платні автомагістралі і республіканський дорожній фонд, що визначає умови для підготовки будівництва, фінансування будівництва, правил проведення тендерних процедур для будівництва та експлуатації або тільки експлуатації платних автодоріг, принципи укладання угод з будівництва та експлуатації, а також визначає компетентні органи в цих питаннях; Законом від 21 серпня 1997 р. з управління нерухомістю, що встановлює правила: управління нерухомого майна, що належить до державної скарбниці або місцевим органам влади, поділу майна та його консолідації; правила експропріації та повернення відчуженого майна; встановлює частку у витратах будівництва об'єктів технічної інфраструктури; оцінювання нерухомості та професійної діяльності, метою якої є управління нерухомим майном).

При цьому законодавство України має істотні відмінності від законодавчої бази країн ЄС стосовно державно-приватного партнерства і 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 та «Зеленої книги з державно-приватного партнерства Європейської комісії».

Недоліком українського законодавства є покладення повноважень з прийняття ключових рішень у сфері ДПП на Кабінет Міністрів України, тоді як у Польщі у більшості випадків на ці органи покладена лише контрольна функція і визначення загальних правил, а всі рішення стосовно конкретних проектів приймає публічний партнер — ініціатор угоди про державно-приватне партнерство, яким відповідно до досвіду Польщі можуть бути майже всі існуючі форми громадської власності, в тому числі і підприємства державної або комунальної власності, якщо партнерство з приватною сферою має істотні переваги під час реалізації тих чи інших проектів. Винятком, як правило, є проекти у сфері державної безпеки та оборони. Разом з тим винятковий перелік державних партнерів у п. 1 ст. 1 Закону «Про державно-приватне партнерство в Україні» [7], що виключає участь державних та комунальних підприємств, як публічних партнерів, значно обмежує можливості розвитку ДПП в Україні.

Ще однією з відмінностей українського та польського законодавства 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; виконанням робіт. В Україні ж закон визначає конкретні сфери застосування ДПП, що значно обмежує можливості застосування проектів в інших сферах громадського сектору, які потребують інвестицій від приватних партнерів. У даному разі доцільно застосувати польський досвід, коли до сфери державно-приватного партнерства 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 ряд інших норм, що 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, в той час як конкурентні механізми вже були використані при визначенні приватного партнера в проекті ДПП. Згідно з польським досвідом після проведення конкурсу з вибору приватного партнера вся відповідальність за реалізацію проекту державно-приватного партнерства, в тому числі за процедуру закупівлі необхідних матеріалів або вибір субпідрядників лежить уже на

приватному партнері. Нереалізований в Україні світовий досвід, щодо можливості передання об'єктів ДПП у власність приватного партнера після завершення проекту ДПП.

Окремої уваги заслуговує особливість надання й використання земельних ділянок, необхідних для реалізації проектів ДПП. Світовий досвід вказує на те, що коли новий об'єкт інфраструктури передбачається будувати на земельній ділянці, яка перебуває у публічній власності (тобто на ділянці, що належить організації-замовнику чи іншому публічному органу) або коли мова йде про модернізацію чи реконструкцію вже існуючого об'єкта інфраструктури, надання такої ділянки або об'єкта в розпорядження концесіонера зазвичай здійснюватиметься його власником. Організація-замовник зазвичай бере на себе відповідальність за надання земельної ділянки, необхідної для реалізації проекту, з тим щоб уникнути зайвих затримок або збільшення проектних витрат у результаті придбання землі. Організація-замовник може купити необхідну земельну ділянку біля її власників або, якщо це необхідно, придбати її у примусовому порядку.

Процедура, за допомогою якої приватна власність у примусовому порядку набувається урядом із виплатою власникам належної компенсації і яка в національних правових системах описується за допомогою різних технічних термінів, таких як «експропріація», сьогодні Керівництвом називається «придбанням у примусовому порядку». У країнах, де законодавство передбачає кілька видів

процедур для придбання у примусовому порядку, буде, можливо, доцільно уповноважити компетентні публічні органи здійснювати всі придбання, необхідні для потреб проєктів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно з найефективнішою з цих процедур, наприклад за допомогою спеціальних процедур, які в ряді країн застосовуються через настійні потреби публічного характеру.

Повноваженнями на придбання власності у примусовому порядку зазвичай наділяється уряд, проте законодавство низки країн також дозволяє операторам інфраструктури або постачальникам загальнодоступних послуг (наприклад, залізничним компаніям, установам, що відповідають за енергопостачання, або телефонним компаніям) виконувати певні дії з метою примусового придбання приватної власності, яка потрібна для надання або розширення надання їх послуг населенню. Практика цих країн показала, що особливо у випадках, коли рішення про виплату компенсації власникам майна вноситься з допомогою судових процедур, доцільно делегувати концесіонеру право виконувати певні дії, пов'язані з придбанням у примусовому порядку, зі збереженням за урядом відповідальності за вживання тих заходів, які згідно з відповідним законодавством розглядаються як необхідні умови для порушення процедур, спрямованих на придбання відповідної власності. У разі придбання земельна ділянка часто стає публічною власністю, хоча в ряді випадків законодавство

може дозволяти організації-замовникові й концесіонерові погоджувати інший порядок з урахуванням їх 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, концесіонерові дається 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, що належить третій стороні; для монтажу або обслуговування трансформаторного й релейного обладнання; для підрізування дерев, які заважають телефонним лініям і які стоять на суміжній території, або для укладання труб нафто-, газо- чи водопроводу), може виникнути необхідність у спеціальних механізмах.

Для позначення права використовувати власність іншої особи з конкретною метою або виконувати на його території певні роботи, як правило, застосовується термін «сервітут». Сервітути зазвичай потребують згоди власника майна, стосовно якого вони встановлюються, якщо тільки такі права не передбачені законом. Покладання на концесіонера відповідальності за отримання сервітутів безпосередньо від власників відповідної власності найчастіше не є достатньо оперативним або рентабельним рішенням. Замість цього такі сервітути в примусовому порядку

отримує 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» у разі якщо для здійснення державно-приватного партнерства необхідне користування земельною ділянкою, державний партнер передає приватному партнеру відповідно до Земельного кодексу України земельну ділянку, на якій міститься об'єкт державно-приватного партнерства, разом з об'єктом державно-приватного партнерства на строк, встановлений договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, чи забезпечує не пізніше дати набрання чинності договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, набуття приватним партнером права на користування земельними ділянками, наданими в установленому порядку для будівництва об'єкта державно-приватного партнерства. У всіх інших випадках державний партнер забезпечує надання на вимогу приватного партнера земельних ділянок, необхідних для виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, в порядку, встановленому законом та зазначеному в такому договорі.

Закріплюючи обов'язок державного партнера забезпечити надання земельної ділянки, закон не зазначає, на якій підставі буде передано вка-

зану земельну ділянку, тим більше, що 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 правочинів 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 відносять до об'єктів державно-приватного проекту і на них поширюються ті самі норми, що й на інші активи партнерської діяльності.

Позитивною властивістю останніх змін до ст. 8 Закону України «Про державно-приватне партнерство» є покладення на державного партнера обов'язку розробити та 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 і 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 та експлуатації об'єктів інфраструктури відповідного типу.

З точки зору 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 державно-приватне партнерство 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.

Проведений порівняльний аналіз законодавства України та Польщі в розрізі міжнародних актів, що регулюють питання ДПП, свідчить про необхідність адаптації законодавства України в цій сфері до стандартів ЄС. Крім того, обов'язково треба враховувати досвід окремих країн ЄС у практичній реалізації механізмів ДПП у 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 потребує 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 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС // Офіційний Вісник ЄС. — 2014. — L 94, 28 берез.

3. Директива 2014/23/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про укладання договорів концесії // Офіційний Вісник ЄС. — 2014. — L 94, 28 берез.

4. Директива 2014/25/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС [Електронний ресурс] // Офіційний Вісник ЄС. — 2014. — L 94, 28 берез. — Режим доступу : http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=53691.

5. Зелена книга Європейської Комісії щодо Державно-приватного партнерства та Закон співдружності про державні контракти і концесії, СОМ (2004)327final,30.4.2004.

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 [Електронний ресурс] : Закон України від 1 лип. 2010 р. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>.

Бахуринская М. Сравнительный анализ правового регулирования процедуры выбора частного партнера в условиях государственно-частного партнерства

В статье исследуются особенности правового регулирования государственно-частного партнерства в странах Европейского Союза на примере Польши. Производится 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 усовершенствования законодательства Украины в сфере государственно-частного партнерства.

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

Bukhourynska M. Comparative analysis of legal regulation of the procedure on choosing the private partner in the conditions of state-private partnership

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.