УДК 346.543

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОГОВІРНОГО МЕХАНІЗМУ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Терещенко С.В.
к.ю.н., доцент кафедри господарського права СНУ ім. В. Даля.

Проведено аналіз місця і ролі держави в регулюванні державно-приватного партнерства. Досліджено правове забезпечення державного регулювання підприємництва. У статті виокремлюються початкові, базові та факультативні елементи у структурі договірного механізму реалізації державно-приватного партнерства. Обґрунтовуються докази, що договірний механізм реалізації державно-приватного партнерства формується не лише сторонами договору, але й конкурсною комісією, Кабінетом Міністрів України та іншими органами влади.

Ключові слова: *правове забезпечення, договірний механізм, державно-приватне партнерство, елементи змістовного складу.*

В Україні станом на 2016-2017 роки приходиться констатувати факт відсутності довгострокових вдалих договорів державно-приватного партнерства (далі – ДПП). Наприкінці 2017 року Мінекономрозвитку України винесло на громадське обговорення три законопроекти про застосування концесії в рамках розвитку інфраструктури. Ключовим є проект закону, що стосується регулювання концесійної діяльності для залучення приватного сектора до реалізації проектів на умовах державно-приватного партнерства.

Отже у зв'язку із структурною незавершеністю правового забезпечення договірного механізму державно-приватного партнерства та активнізацією законодавчої діяльності у цій галузі актуальність теми дослідження залишається високою.

Важливою функцією держави у сприянні залученню потенційних приватних партнерів є інформування їх про доступність інвестування з їх боку проектів ДПП. Особлива роль у заохоченні інвестора належить створенню сучасної нормативно-правової бази не лише про послідовність та склад конкурсних процедур, але й – про забезпечувальні заходи засвідчення перемоги у конкурсі.

Аналіз засвідчення перемоги у конкурсі претендента у партнери як етапа формування договірного механізму реалізації ДПП та його первинного елемента є новим науковим підходом до вивчення господарсько-правової проблематики забезпечення партнерства в Україні.

Засвідчення перемоги у конкурсі відбувається за сукупністю процедур та локальних нормативно-правових актів правоінтерпретаційного характеру. Здійснюють процедури, приймають та реалізуют локальні нормативно-правові акти про конкурсне провадження Конкурсні комісії з питань проведення конкурсу (далі – комісія). Процедури проходження конкурсу здійснюються на основі відповідних Положень про кожну з комісій. Її процедурні дії фіксуються у протоколі комісії про визначення переможця конкурсу.

Економіко-правові завдання і засоби забезпечення державно-приватного партнерства стали популярним предметом вивчення в багатьох галузях знань. В теорії юриспруденції і в господарській практиці залишаються не проясненими інструменти договірного механізму державно-приватного партнерства

Зміст договірного механізму реалізації державно-приватного партнерства (далі – ДПП) наповнюється усвідомленням правової потреби суспільства у соціально-важливих благах, формуванням правової ідеї держави та інших публічних партнерів та підприємницької мотивації приватного, концепції ДПП, визначення предмету правового регулювання відносин концесії, оренди та виразу волі до правотворення до тих умов договору, реалізація яких може бути підтримана суспільною організацією, органами державної влади та місцевого самоврядування тощо.

Суперечності і пробіли українського законодавства про ДПП було висвітлено Г.Л. Знаменським, О.М. Вінник, О.П. Подцерковним, О.В. Шаповаловою, В.С. Мілаш, І.А. Селівановою, Д.В. Шликовим та іншими. Але питання оптимально виваженої сукупності різноманітних елементів договірного механізму реалізації ДПП ніхто не розглядав.

Ціль статті – визначити актуальність проблеми елементарного складу договірного механізму реалізації державно-приватного партнерства.

Аналіз досвіду інших країн показує, що договірний механізм реалізації ДПП формується не лише сторонами договору. У проектах державно-приватного партнерства країн Південно-Східної Азії, Азіатсько-Тихоокеанського регіону, Латинської Америки беруть участь міжнародні організації. Зокрема, Міжнародна фінансова корпорація (МФК), Європейський банк реконструкції і розвитку, напрями діяльності яких різноманітні. Деякі з них здійснюють підтримку розвитку фінансових інститутів у сфері державно-приватного партнерства. Наприклад, підтримка ДПП є глобальним стратегічним пріоритетом Міжнародної фінансової організації за умови здійснення приватним партнером інвестицій в інфраструктуру і розвиток соціальних послуг. Європейський банк реконструкції і розвитку здійснює переважно фінансування проектів розвитку муніципальної інфраструктури, причому бере участь у проектах державно-приватного партнерства, якщо для них необхідно довгострокове фінансування.

Виходячи з того, що «основними факторами для прийняття рішень міжнародними організаціями про фінансування проектів державно-приватного партнерства є чітка нормативно-правова база, єдине розуміння цілей проекту державними і приватними партнерами, особиста участь у здійсненні проектів муніципальних органів влади, економічний і інноваційний ефект від проекту в масштабах національної економіки» [1, с. 8-13] й будуть виокремлюватися основні елементи договірного механізму реалізації ДПП.

За логікою початкового елементу механізму ДПП, на ньому виконуються дії з підтвердження перемоги у конкурсі претендента (за винятком ситуацій, коли конкурс відсутній). Базовий елемент виконує місію з підписання рамкового договору та сформованих на його основі договірних конструкцій, що супроводжують виконання рамкових домовленостей). Факультативний елемент має місце за умов виконання державою, публічним партнером, або уповноваженими ними особами дій щодо підтвердження забезпеченості ДПП заходами державних гарантій та державного впливу (в тому числі при здійсненні державного контролю та узгодженні економічних стратегій партнерів в окремих галузях природокористування, ЖКГ, судобудування та судоремонту, портовому господарстві та інших.

Конкурсний відбір претендентів є традиційною процедурою майже для всіх країн та сфер запровадження ДПП та КПП.

На першому (початковому) етапі опосередкований вплив на майбутній договірний механізм реалізації ДПП вчиняють претенденти у партнери, тобто майбутні сторони договору. Один з них – публічний партнер ініціює процедуру відбору за конкурсом тих з претендентів, які проявили волевиявлення взяти в ньому участь. Уповноважені ним, або іншими представниками державної влади, особи утворюють колегіальний орган для відбору найменш ризикових та найбільш ефективних пропозицій претендентів.

Дослідження проблем реалізації проектів державно-приватного партнерства у сфері формування матеріальних резервів, що мали місце у практиці країн Європи, Північної та Південної Америки, а також Росії свідчать про наявність ризиків як для держави як партнера, так й приватного інвестора. Причому, як на стадії проведення конкурсу, так і після укладення договору.

Для з'ясування змістовного складу договірного механізму реалізації ДПП доцільно звернутися не лише до теоретичного узагальнення, якого традиційно придержуються знані науковці, але й аналізу практичного міжнародного досвіду, який було систематизовано фахівцями в галузі права.

Досвід залучення приватного сектору до реалізації публічно-приватного проекту з утилізації відходів міста Ванкуверу, що у Канаді, підтверджує тезу про те, що варіативність право реалізації дозволяє сконцентрувати у договірному механізмі реалізації державно-приватного партнерства різноманітні елементи.

Перший з найвагоміших елементів – це вибір приватного партнера на конкурсних засадах. У 2001 році міською адміністрацією Ванкуверу було прийнято рішення оголосити конкурс на пошук партнера з фінансування, проектування, будівництва, управління та ефективного використання (з точки зору прибутковості) проекту комбінованого виробництва теплової та електричної енергії.

Отже, у змістовному складі договірного механізму реалізації ДПП обов'язково слід виокремлювати етап, на якому відбувається персоніфікація майбутніх сторін договору та оцінюються їх наміри щодо партнерів. Цей етап має суттєві правові наслідки для наступного етапу, тому у наведеномпу досвіді на ньому було прояснено, що основним учасником ППП виступала в якості приватного партнера – міська адміністрація, яка представляє інтереси міста. Місту належить ділянка, де відбувається захоронення відходів, місто також управляє звалищем, яке перебуває у його власності.

На конкурс надійшло 5 пропозицій від п'яти приватних компаній. Кожна з пропозицій була розроблена на абсолютно різних підходах до утилізації і захороненню відходів. Внаслідок їх ретельного вивчення за результатами оцінки пропозицій конкурсною комісією 2002 р. міською радою було затверджено і підписано контракт ППП терміном на 20 років з двома суб'єктами підприємництва, яким не було потреби об'єднуватися заради участі у проекті ДПП. Таким чином приватними партнерми внаслідок проходження поцедури конкурсу та засвідчення перемоги в ньому, стало дві, а не одна компанія.

Перший партнер – компанія з виробництва електроенергії, яка здійснює проектування, фінансування, будівництво і управління проектами комбінованого виробництва теплової та електричної енергії, а також спеціалізується на їх продажу. У своїй господарській діяльності компанія «BC Hydro, British Columbia Crown Corporation» підзвітна міністерству енергетики і природних ресурсів Канади, є покупцем і дистриб'ютором електрики, що виробляється когенераційними установками.

Ще одним приватним партнером став агропромисловий сектор, який купує гарячу воду для використання в тепличному господарстві.

Економіко-правова ідея реалізації ДПП сприяє переосмисленню самого змісту суверенних функцій держави, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів публічної сторони відносин партнерства.

За спостереженням М. Дерябіної публічні інтереси, публічно-правові майнові відносини зазнають явних змін у бік звуження, що відбувається на основі реформування природних монополій, в ході якого природне монопольне, контрольоване державою ядро відділяється від широкого спектру функцій, що передаються на відкуп приватному бізнесу. Не можна не враховувати також і змін, що відбуваються у сфері власних публічних переваг суспільства [2].

Правові засади розмежування функцій правовстановлення та правореалізації у договірному механізмі ДПП слід вивчати, базуючись на вченні про правореалізацію і правозастосування. Але воно було сформульоване ще в радянській науці і визнається Ю.А. Тихомировим надмірно абстрактним, лаконічним і, по суті, малоінформативним, …справляє враження украй умоглядного і непридатного для практичних цілей. Це і не дивно, оскільки в ньому зафіксовано лише найбільш загальну схему, з якої виключена більшість змістовних проблем і питань, по суті, лише абтрактна синтактіка реалізації правових норм. Насправді, варіативність і багато в чому непередбачуваність змісту конкретних рішень правозастосування, змушує відчувати на ділі вплив численних і різнорідних чинників, особливо при наявності пробілів й суперечностей у праві [3, с. 26-27].

Продовжуючи аналіз вищенаведеного досвіду міської адміністрації Ванкуверу стосовно пошуку партнера з фінансування, проектування, будівництва, управління та ефективного використання проекту комбінованого виробництва теплової та електричної енергії, слід зазначити, що далі відбувався наступний етап формування договірного механізму реалізації ДПП, власно укладення договорів. При вивченні рішення місцевої влади м. Ванкувера про укладання спільної угоди з приватним сектором з модернізації захоронення промислових відходів для використання в комерційних цілях було укладено угоду про утилізацію метану і вуглекислого газу для зменшення негативного впливу на навколишнє середовище.

Структура контракту ППП містила умови згідно із прийняттям яких місто продовжувало управляти діяльністю із захоронення відходів (полігоном твердих побутових відходів), приватний партнер збудував трубопровід довжиною 2,9 км. За стратегією приватного партнера це було здійснено ним для збору і передачі газу з місця захоронення відходів найближчому аграрному комплексу шляхом спорудження між ними електростанції з комбінованого виробництва теплової та електричної енергії.

В рамках укладеної угоди ППП приватний партнер взяв на себе зобов'язання з проектування, фінансування і будівництва теплоелектростанції. Планувалось, що теплоелектростанція буде використовувати газ, отриманий з органічних відходів, в якості альтернативного джерела енергії, та реалізується приватним партнером для потреб місцевої промисловості. Теплова енергія, що вивільнюється в процесі виробництва електроенергії, та використовується для підігріву води, продається приватним партнером великому тепличному комплексу для задоволення потреб в опаленні. Приватна компанія і місто (міська адміністрація) розподіляли доходи від продажу виробленої електроенергії і теплової енергії, що за українським законодавством розцінювалося б як корупційні дії.

Будівництво електростанції завершилось в 2003 р., і в тому ж році об'єкт почав працювати з повним навантаженням (початкове навантаження складало 5,55 МВт

на рік і збільшилось до 7,4 МВт в рік після введення в експлуатацію в 2004 р. четвертого генератора). Використання газу з органічних відходів подібним способом сприяє скороченню викидів вуглекислого газу в атмосферу з меньш шкідливими наслідками, ніж їх переробка шляхом спалювання, і може порівнятися з видаленням 6000 автомобілів з доріг Канади [4].

Загальний обсяг інвестицій в проект з боку приватних партнерів склав близько 10 млн. доларів. Доходи від продажу електричної енергії відходять приватному партнеру за виключенням 10% виплат місту.

Перевагою для суспільства стає той факт, що суб'єкти господарювання приватного сектору володіють інформацією і технологіями, яких часто не вистачає державному сектору, для організації переробки твердих побутових відходів на комерційній основі.

Стосовно соціально-економічних переваг суспільства у конкретному прикладі, то проект сприяв створенню додаткових робочих місць (близько 300); місто Ванкувер отримує прибуток до 300 тис. доларів в рік від реалізації проекту, що дозволяє покривати поточні експлуатаційні витрати. Також проект публічно-приватного партнерства перетворив досить дорогу програму захисту навколишнього середовища в більш ефективну економічну програму і створив додаткове джерело прибутку для міст; проект сприяє скороченню викидів парникових газів приблизно на 200 тис. т в рік, що відповідає викидам вуглекислого газу близько 40 тис. автомобілів; проект сприяє видобутку близько 500 тис. ГДж енергії в рік, що відповідає потребам в електроенергії від 3 тис. до 4 тис. домогосподарств; проект сприяє скороченню споживання природного газу аграрним комплексом на 20%.

При обґрунтуванні причин невдач з розв'язанням схожих соціальних проблем, що стають негативним досвідом КПП в Україні, наведемо показники економічних негараздів, які не вдалося подолати за 6 років здійснення концесійної діяльностіі. Підвалини під існування проблеми оформлення концесії системи водопостачання та водовідведення в Україні закладено законодавцем. Ідея проведення конкурсу та укладення договору концесії в м. Луганську була обумовлена незадовільним економічним та технічним станом зношення трубопроводів системи водопостачання. Вона як становила 70-100%. У більшості населених пунктів Луганської області замін або санацій вимагає 40% водоводів і мереж, загальною довжиною 2,2 тис. км. Технічний стан практично всіх каналізаційних очисних споруд потребував модернізації або реконструкції.

Основні недоліки і проблеми технологічних систем водопостачання і водовідведення призвели до того, що якість води за окремими показниками (твердість, сухий залишок, залізо) не відповідала ГОСТ 2874-82 «Вода питна». Згідно з проведеним технічним аудитом було встановлено, що напірні трубопроводи від насосних станцій зношені і вимагають заміни; вуличні мережі зношені на 50%; не здійснюється планове промивання мереж гідродинамічним способом через відсутність необхідної кількості техніки; з 56 очисних споруд не ефективно працюють 28; устаткування насосних станцій перекачування стічних вод із завищеними характеристиками з продуктивності і напору морально і фізично застаріли.

Спираючись на аналіз вищезазначених соціально-економічних потреб виникає впевненість, що подібні договірні домовленості партнерів мають стати предметом контролю та стимулюючого впливу держави, в т.ч. засобами проведення відповідної політики та надання допомоги і підтримки.

Твердження про практичну доцільність контролю та стимулюючого впливу держави не виходить за межі договірного механізму реалізації ДПП, а

точніше змушено залишається в його змісті: державний контроль, аналіз і оцінка правових результатів діяльності партнерів, коректування актів право реалізації. Тобто у договірному механізмі реалізації ДПП відбувається складний кругообіг правових циклів, які з'єднуються між собою внаслідок вільної або змушеної поведінки різних суб'єктів правореалізації, а не лише власно партнерів.

Однією з головних причин, що стримують розвиток державно-приватного партнерства в Україні, є відсутність єдиної системи управління. Досвід розвинених країн показує, що з огляду складності координації дій між різними відомствами для більш ефективного застосування державно-приватного партнерства доцільним є створення єдиного державного органа, відповідального за розвиток партнерства у країні. Така структура дозволить державі підвищувати якість державних послуг, поновлювати і удосконалювати інфраструктурні об'єкти, а також збільшувати ефективність використання бюджетних коштів. Наприклад, у Великобританії у 2000 р. була створена компанія Partnership UK, що займається розвитком у країні державно-приватних партнерств. Працюючи на основі приватного капіталу, вона несе відповідальність перед державою за всі проекти партнерства [5].

Зосередження повноважень різних відомств у рамках єдиного центра приводить до підвищення відповідальності за участь у проектах держави, дозволяє знизити строки узгодження з усіма зацікавленими відомствами і підвищити їх координацію при роботі із приватним сектором у рамках партнерства. Тим самим вдається скоротити величину трансакційних витрат. Не менш важлива роль полягає в поданні методологічної допомоги державним органам влади на регіональному рівні для розвитку державно-приватного партнерства на місцях. Подібна структура може надавати істотну підтримку при розробці й удосконаленні нормативно-правової бази партнерства, здійснюючи експертизу існуючих і розроблювальних нормативно-правових актів. Подібні центри діють у багатьох країнах. Незважаючи на різний обсяг виконуваних ними функцій, їх діяльність позитивно впливає на розвиток національної економіки [6, с. 36 - 42].

У межах більш детального обговорення третього етапу договірного механізму ДПП здається важливим розгляд питань правомірності укладення господарських договорів ДПП як підстави для створення заходами державного впливу максимальних правових гарантій неухильного виконання публічних зобов'язань, взятих за договорами.

Для того, щоб скласти більш завершене уявлення про договірний механізм реалізації ДПП і довести наукову суверенність поняття, яке його позначає, необхідно визначитися з третім елементом договірного механізму реалізації ДПП, який пойменовано впливом держави на реалізацію договірних домовленостей партнерів.

Цей елемент є факультативним. Натомість його дієвість слід пов'язувати із здійсненням державного управління як його розуміють у широкому значенні слова, що охоплює нормативне регулювання, планування, поточне управління, контроль, стимулювання, підтримку та інші засоби державного впливу на сфери (галузі) економіки, в яких можуть укладатися договори ДПП.

Таким чином, проведений аналіз дозволяє дійти висновку, що договірний механізм реалізації ДПП формується не лише сторонами договору і становить не лише безпосередні домовленості партнерів. Він утворюється починаючи із засвідчення перемоги у конкурсі претендентів на партнерство та результативність його завершення багато в чому залежить від забезпеченості власно договірних відносин ДПП заходами, які вміщують поняття

державних гарантій та державного впливу (управління, підтримка, контроль тощо).

Отже, на основі вище розглянутого можна дійти висновку, що з'ясування змістовного складу договірного механізму реалізації ДПП дозволяє висунути для доказу гіпотезу, що основними елементами договірного механізму реалізації ДПП є: а) засвідчення перемоги у конкурсі претендентів на партнерство; б) рамкова угода про ДПП та власно договори про безпосередні домовленості партнерів; в) забезпеченість договірних відносин ДПП заходами державних гарантій та державного впливу.

Література:

1. Головінов О.М. Особливості партнерських взаємовідносин держави і бізнесу у практиці зарубіжних країн / О.М. Головінов // Економіка та право. – 2012. – № 1. – С. 8-13.

2. Дерябина М. Государственное регулирование проектов ГЧП: границы полномочий и организация / М. Дерябина [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://institutiones.com/general/1079].

3. Правоприменение: теория и практика: коллективная монография / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. – М.: Формула права, 2008. – 432 с.

4. Підготовка та реалізація проектів публічно-приватного партнерства: Практичний посібник для органів місцевої влади та бізнесу / С. Грищенко. – К., ФОП Москаленко О.М., 2011. – 140 с.

5. Partnerships Victoria. Use of Discount Rates in the Partnerships Victoria Process. Technical Note. – Melbourne Department of the Treasury and Finance, 2003. – p. 125 (127 p.)

6. Головінов О.М. Про специфіку взаємовідносин учасників державно-приватного партнерства / О.М. Головінов // Экономика и право. – 2011. – №1 (29). – С. 36-42. (169 с.).

References:

1. Holovinov O.M. Osoblyvosti partnerskykh vzaiemovidnosyn derzhavy i biznesu u praktytsi zarubizhnykh krain / O.M. Holovinov // Ekonomika ta pravo. – 2012. – № 1. – S. 8-13.

2. Deriabyna M. Hosudarstvennoe rehulyrovanye proektov HChP: hranytsы polnomochyi y orhanyzatsyia / M. Deriabyna [Эlektronnыi resurs] / Rezhym dostupa: http://institutiones.com/general/1079].

3. Pravoprymenenye: teoryia y praktyka: kollektyvnaia monohrafyia / Otv. red. Yu.A. Tykhomyrov. – M.: Formula prava, 2008. – 432 s.

4. Pidhotovka ta realizatsiia proektiv publichno-pryvatnoho partnerstva: Praktychnyi posibnyk dlia orhaniv mistsevoi vlady ta biznesu / S. Hryshchenko. – K., FOP Moskalenko O.M., 2011. – 140 s.

5. Partnerships Victoria. Use of Discount Rates in the Partnerships Victoria Process. Technical Note. – Melbourne Department of the Treasury and Finance, 2003. – r. 125 (127 p.)

6. Holovinov O.M. Pro spetsyfiku vzaiemovidnosyn uchasnykiv derzhavno-pryvatnoho partnerstva / O.M. Holovinov // Эkonomyka y pravo. – 2011. – №1 (29). – S. 36-42. (169 s.).

Терещенко С.В. Правовое обеспечение договорного механизма реализации государственно-частного партнерства.

Проведен анализ места и роли государства в регулировании государственно-частного партнерства. Исследовано правовое обеспечение государственного регулирования предпринимательства. В статье выделяются начальные, базовые и факультативные элементы в структуре договорного механизма реализации государственно-частного партнерства. Обосновываются доказательства, что договорный механизм реализации государственно-частного партнерства формируется не только сторонами

договора, но и конкурсной комиссией, Кабинетом Министров Украины и другими органами власти.

Ключевые слова: *правовое обеспечение, договорный механизм, государственно-частное партнерство, элементы содержательного состава.*

Tereschenko S.V. Legal ensuring of the contractual mechanism implementation of public-private partnership. - Article.

The analysis of the place and role of government in public-private partnership regulation is lead. The legal ensuring of government regulation of business activity is given. In the article initial, basic and optional elements in the structure of the contractual mechanism for implementing public-private partnership are singled out. Proofs that the contractual mechanism for the implementation of public-private partnership is formed not only by the parties, but by the competition commission, the Cabinet of Ministers of Ukraine and other state agencies are substantiated.

Keywords: *Legal ensuring, contractual mechanisms, public-private partnership, substantial elements.*

Авторська довідка:

Терещенко Сергій Володимирович – кандидат юридичних наук доцент кафедри господарського права Східноукраїнского національного університету імені Володимира Даля.

Стаття подана до друку 13.06. 2017р.