

Объекты соглашения о государственно-частном партнерстве как фактор формирования конкурентной среды

Objects in the Public-Private Partnership Agreement as a factor of formation of competitive environment

Дятлова Наталья Александровна, аспирант кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (электронный адрес: ndiatlova74@mail.ru)

Diatlova Natalia A., Post-graduate student of the Commercial law Department of the Law Faculty of the St Petersburg State University (email: ndiatlova74@mail.ru)

Аннотация. В статье анализируются существующие в научной литературе позиции различных авторов по вопросу о том, что является объектом соглашения о государственно-частном партнерстве, характеризуются нормы российского и зарубежного законодательства, регулирующие отношения государственно-частного партнерства. В ходе указанного анализа рассматриваются отдельные проблемы, связанные с включением в состав объекта публичной услуги, имущественных прав и движимого имущества, технологически не связанного с недвижимым имуществом.

Abstract. In the article there is an analysis of positions of various authors which exist in science literature about an issue of what can be considered as object of a public-private partnership agreement, as well as a characteristic of norms of Russian and foreign law which cover the matter in question. During the analysis some issues related to inclusion in the list of objects a public service, property rights and moveable property technologically not connected with real estate are considered.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, движимое имущество, имущественные права, конкуренция, недвижимое имущество, объект, публичная услуга, соглашение

Key words: public-private partnership, moveable property, property rights, competition, real estate, object, public service, agreement

В современных экономических условиях конкурентная среда формируется за счет различного рода факторов, среди которых прямое участие государства в хозяйственной деятельности, одной из форм которого выступает государственно-частное партнерство. В работах российских исследователей до принятия федерального закона № 224-ФЗ от 13 июля 2015 года «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее – Закона о ГЧП) не раз возникал вопрос, что может выступать в качестве объекта ГЧП.

¹ Федеральный закон № 224-ФЗ от 13 июля 2015 года «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении

1. Рассмотрим вопрос о недвижимом имуществе как объекте Соглашения о ГЧП. Смысл категории «объект Соглашения о ГЧП» состоит в установлении для него определенного правового режима, то есть другими словами возможности или невозможности совершения с ним определенных действий, влекущих юридические последствия.

Закон о ГЧП не дает определения объекта Соглашения о ГЧП ни в статье 3 «Основные понятия», ни в статье 7, посвященной непосредственно объекту Соглашения о ГЧП, в которой также дан лишь перечень объектов Соглашения о ГЧП.

Соглашение о ГЧП может быть заключено в отношении нескольких объектов. Это допускается в случае, если указанные действия (бездействие) не приведут к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (п.3 ст. 7 Закона о ГЧП). В связи с этим необходимо исследовать случаи, когда заключение Соглашения о ГЧП может вызвать в теории или на практике вопрос о его соответствии требованиям законодательства о конкуренции по причине несоответствия включения тех или иных объектов в Соглашении о ГЧП.

Отдельно следует рассмотреть вопросы, возникающие на практике, по поводу определения состава имущества, которое может входить в состав объектов Соглашения о ГЧП. В судебной практике возникают трудности в этом отношении. В частности, возникает вопрос, относятся ли автомобильные дороги и их участки в качестве самостоятельного объекта – к недвижимой вещи, или нет².

изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ, 20.07.2015, N 29 (часть I), ст. 4350.

² ВАС РФ в Определении от 08.07.2010 № ВАС-8213/10 по делу N А47-4730/2009 указал, что автомобильные дороги отвечают признакам недвижимых вещей (ст. 130 ГК РФ).

ВАС РФ в Определении от 23.07.2013 № ВАС-9767/13 признал, что "Имущество, обладающее таким признаком, как физическая связь с землей, может быть признано недвижимостью лишь в том в случае, если оно создано как объект недвижимости в установленном законом и иными правовыми актами порядке, с получением необходимых разрешений и

Во многих случаях объекты благоустройства и мелиоративные системы также не рассматриваются как объекты гражданских прав в понимании ст. 128 ГК РФ. Названные объекты существующей судебной практикой³ рассматриваются как элементы (улучшения) соответствующего земельного участка. И в связи с этим на такие объекты не может быть зарегистрировано какое-либо вещное право.

Существует также проблема с пониманием технологически связанных объектов. Согласно ч. 1 ст. 12 Закона о ГЧП объект Соглашения о ГЧП определяется как «недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной соглашением». Ключевым моментом здесь является указание на технологическую связь, которая должна объединять недвижимое имущество и (или) недвижимое имущество и движимое имущество, являющихся объектом соглашения и выражаться в едином целевом использовании данных объектов «для осуществления указанной в соглашении деятельности».

В связи с тем, что согласно ч. 3 ст. 17 федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁴ «в случае закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов, участниками запроса

соблюдением градостроительных норм и правил на земельном участке, предоставленном именно под строительство объекта недвижимости. Более того, помимо неразрывной связи с землей объект недвижимости должен иметь самостоятельное функциональное назначение". См. также Определение ВС РФ от 27.10.2016 № 308-ЭС16-14009 и Постановление АС Северо-Кавказского округа от 07.07.2016 по делу № А63-7962/2013.

³ п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ «Обзор судебной практики по некоторым вопросам защиты прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения» от 15.01.2013 г. № 153; Постановление Президиума ВАС РФ от 24.09.2013 г. № 1160/13; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 ноября 2012 г. по делу N А43-44310/2009; Постановление ФАС Центрального округа от 7 февраля 2012 г. по делу N А48-1873/2011.

⁴ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ от 31.07.2006, N 31 (1 ч.), ст. 3434

котировок, участниками запроса предложений путем включения в состав лотов товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений», вопрос о наличии или отсутствии технологической и функциональной связи между имуществом, передаваемым на основании Соглашения о ГЧП приобретает особую важность.

Поэтому нуждается в уточнении вопрос о том, какие сочетания объектов недвижимого и движимого имущества допустимы – должен ли быть каждый объект технологически связан с остальными, или они могут быть связаны последовательно либо опосредованно, или могут ли какие-либо из указанных объектов недвижимого или движимого имущества не быть технологически связаны с остальными.

Подобная проблема не всегда может быть решена путем включения в схему реализации ГЧП проекта предприятия как имущественного комплекса, в составе имущества которого, в принципе, могут быть передано движимое имущество, не имеющее технологической связи с недвижимым имуществом. В любом случае необходимо доказывать неразрывную связь (например, в случае поставки и монтажа оборудования с объектом строительства) для объединения в один предмет торгов⁵.

На настоящий момент судебная практика применения нормы части 3 статьи 17 Закона «О защите конкуренции» показывает, что выработать какие-либо устойчивые критерии наличия или отсутствия технологической и функциональной связи между продукцией, судам так и не удалось. Не решен этот вопрос и в Законе о ГЧП.

Возможным решением рассмотренной проблемы может служить определение в Законе о ГЧП закрытого перечня нарушений,

⁵ Решение Федеральной антимонопольной службы от 23 декабря 2013 г. N К-2518/13, Решение Федеральной антимонопольной службы от 30 сентября 2011 г. N К-2141/11.

ограничивающих конкуренцию при осуществлении торгов, или же их детализацию в подзаконном нормативном акте.

Для детализации в Законе о ГЧП потребуется закрепить отсылочные нормы к подзаконному нормативному акту, в котором, например, можно было бы закрепить перечень определенных объектов, объединять которые в один лот запрещено по причине отсутствия технологической и функциональной связи без издания ведомственных разъяснений, отрицательным образом влияющих на единообразие судебной практики.

2. Отдельно необходимо рассмотреть проблему включения в объект Соглашения о ГЧП движимого имущества, не связанного с недвижимым имуществом. Самостоятельно движимое имущество, не связанное технологически с недвижимым имуществом, выступать объектом Соглашения о ГЧП не может. Однако на практике существует потребность в реализации проектов по созданию/модернизации объектов движимого имущества, не имеющего технологической связи с недвижимым имуществом (подвижной состав транспорта общего пользования, дорогостоящее медицинское оборудование, системы видеонаблюдения и т.п.).

Несмотря на то, что на практике возникает потребность в проектах, где в качестве объекта может выступать движимое имущество, не связанное с недвижимым имуществом (например, оснащение существующей больницы оборудованием и последующее его техническое обслуживание), видится, что на данном этапе развития законодательства ввести подобное дополнение в Законе о ГЧП было бы предпочтительно. Для этого требуется изменение Закона о ГЧП через введение широкого подхода к перечню объектов Соглашения о ГЧП в целом, не ограничивая его списком объектов недвижимого и движимого имущества, технологически связанного с ним, а также путем закрепления в Законе о ГЧП неисчерпывающего перечня обязательных элементов Соглашения о ГЧП.

3. Действующая редакция Закона о ГЧП определяет закрытый перечень публичной инфраструктуры, которая может являться объектом

соглашения о государственно-частном партнерстве, то есть невозможно структурировать проект в рамках Соглашения о ГЧП по тем объектам, которые не указаны в Законе о ГЧП.

Перечень объектов достаточно широкий (статья 7), в то же время, указание закрытого перечня приводит к сужению сферы применения Закона о ГЧП (например, исключены объекты уголовно-исправительной системы, объекты негосударственной сферы безопасности и др.), что говорит об отсутствии гибкости законодателя при наличии данного законодательного ограничения в необходимых случаях оперативно корректировать закрытый список на практике. При этом следует отметить, что редакция проекта Закона о ГЧП, которую рассматривала Государственная Дума во втором чтении в 2013 году, предполагала оставить перечень объектов Соглашения о ГЧП открытым. При принятии Закона о ГЧП от первоначального подхода пришлось отказаться под влиянием нескольких факторов, в частности по причине опасения в отношении использования Закона о ГЧП для неконтролируемой передачи государственного и муниципального имущества в частную собственность в обход требований законодательства о приватизации, а также по причине обязательного возникновения права собственности частного партнера на объект Соглашения о ГЧП.

Ведутся дискуссии относительно того, какой подход в отношении закрытого или открытого перечня объектов Соглашения о ГЧП является более правильным.

Одним из аргументов, согласно которому некоторые исследователи признают подход, отраженный в части 1 статьи 7 Закона о ГЧП несовершенным, является трудность оперативной корректировки и совершенствования закрытого списка на практике, путем внесения в него объектов, которые оказались не в этом списке по причине того или иного недостатка юридической техники⁶, например, в случае передачи имущества,

⁶ Комментарий к Федеральному закону «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные

не указанного в Законе о ГЧП, но по характеристикам отвечающего требованиям к отнесению этого имущества к разряду реализуемых в рамках Соглашения о ГЧП.

В соответствии с другой точкой зрения, данный подход может породить злоупотребления со стороны государственных и муниципальных правоприменительных органов при неконтролируемой передаче государственного и муниципального имущества в частную собственность в обход требований законодательства о приватизации, и поэтому законодатель вводит для публичного партнера специальную правоспособность. По этой причине законодатель четко определил перечень объектов, в отношении которых устанавливается определенный правовой режим, то есть возможность/невозможность совершения с ними определенных действий по распоряжению в рамках Соглашения о ГЧП. При этом, лишь в отношении прямо указанных в законе объектов публичной собственности может быть заключено Соглашение о ГЧП.

Представляется, что обе позиции в пользу закрытого или открытого перечня имеют одинаковое право на существование, и решение вопроса о выборе той или иной позиции отдается на откуп политической воли законодателя.

При всем при этом можно предположить, что при определении в Законе о ГЧП закрытого перечня объектов Соглашения о ГЧП законодатель, прежде всего, имеет целью указать не на конкретное имущество, а на некий материальный объект, в отношении которого может быть направлено Соглашение о ГЧП. Такое предположение подталкивает к мысли о том, что более верным было бы определить перечень областей (сфер деятельности) применения, в которых может заключаться и реализовываться Соглашение о ГЧП, вместо перечня объектов. Причем перечень областей (сфер деятельности) применения Соглашения о ГЧП также может быть закрытым,

что будет соответствовать идеологии специальной правоспособности государства в отношении по поводу Соглашения о ГЧП.

В качестве возможного решения, которое внесло бы большую определенность и в то же время придало бы большую гибкость в регулировании вопроса об объектном составе Соглашения о ГЧП, следовало бы рассмотреть возможность закрепления перечня публичного имущества, которое не может быть передано в рамках ГЧП и может составлять исключительно государственную или муниципальную собственность. Думается, что данный перечень публичного имущества в Законе о ГЧП может быть сформирован с учетом значимости объекта для государства в конкретный период нормотворчества.

4. Положения статьи 7 Закона о ГЧП ставят вопрос: ограничивается ли объект Соглашения о ГЧП лишь имуществом? Услуги, а также имущественные права, строго говоря, не входят в перечень объектов Соглашения о ГЧП.

Ряд исследователей в связи с этим предполагают, что российский законодатель использует понятие объекта Соглашения о ГЧП (кстати, в том числе и объекта концессионного соглашения) в ограниченном смысле, наделяя данное понятие особым значением, призванным большей частью ограничить сферу применения ГЧП⁷ и усматривают в этом негативный характер.

Возможна и иная позиция по данному вопросу. Действительно, законодатель ставит перед собой цель - ограничить сферу действия ГЧП, как было уже сказано ранее, и выделить Соглашение о ГЧП как самостоятельный вид договора, отличный от других схожих правовых конструкций, в котором публичная услуга самостоятельным объектом соглашения о ГЧП не является.

⁷ Комментарий к Федеральному закону «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации / под ред. В.Ф. Попондопуло, В.В. Килинкова. - М.: Инфотропик Медиа, 2016.- С. 59.

Соглашение о ГЧП охватывает отношения сторон по поводу нового строительства и (или) реконструкции объекта, что является обязательным элементом Соглашения о ГЧП. Более того, частному партнеру после окончания строительства и (или) реконструкции предоставлено право осуществлять функциональную (целевую) эксплуатацию объекта (т.е. оказывать публичную услугу) и (или) техническую эксплуатацию (т.е. техническое содержание) объекта. Таким образом, оказание публичной услуги представляет собой не самостоятельный объект Соглашения о ГЧП, а вытекает из отношений сторон по поводу нового строительства и (или) реконструкции объекта.

Следует отметить, что в отличие от Закона о ГЧП Закон о концессионных соглашениях требует, чтобы концессионер, создав объект, его же и эксплуатировал с точки зрения цели использования данного объекта⁸. В случае же Соглашения о ГЧП проект можно структурировать таким образом, что частный партнер либо делает как функциональную, так и техническую эксплуатацию (как и концессионер), либо осуществляет исключительно техническое содержание объекта, то есть обеспечивает ремонт, содержание, охрану данного объекта, но не осуществляет функциональную эксплуатацию, то есть не оказывает ту услугу, ради которой был создан данный объект. Это принципиальное новшество Закона о ГЧП по сравнению с Законом о концессионных соглашениях, оно позволяет делать проекты, по которым частный партнер финансирует, строит и в последующем только технически обслуживает созданный объект, а саму услугу населению оказывает публичный партнер. Предоставленная законом опция позволяет выбирать такой вариант структурирования проекта ГЧП, при котором возможно избежать ситуации двойной налоговой нагрузки на

⁸ Концессионер, создавая объект, должен выполнять на нем ту самую функцию (оказывать услугу), ради которой был создан этот объект. Несомненно, что концессионер может передать это обязательство по эксплуатации (оказанию услуги) другому лицу - опытному оператору, но он все равно будет отвечать за деятельность этого оператора как за свою собственную.

налогоплательщиков тем, что предоставляет возможность построить и эксплуатировать для населения объекты (например, объекты образования и здравоохранения), которые будут обслуживаться государственными компаниями или государственными учреждениями на бесплатной основе.

Надо признать, что отсутствие специально выделенной в составе объектов Соглашения о ГЧП публичной услуги не является краеугольным препятствием для реализации проектов ГЧП. Кроме того, в случае отношений, не предполагающих нового строительства или реконструкции, то есть выходящих за рамки регулирования Соглашения о ГЧП⁹, применяются другие правовые механизмы оказания публичных услуг (например, аренда с условием об оказании медицинской помощи, которая предполагает не новое строительство и реконструкцию, а приспособление существующего объекта здравоохранения для оказания частным партнером медицинских услуг в виде ремонта и технического оснащения)¹⁰. При этом, попытка выделить публичную услугу в составе объектов Соглашения о ГЧП представляется сложно выполнимой в рамках действующего законодательства. Законодательство РФ не содержит определения понятия «публичная услуга» и в российской правовой доктрине не сложилось единого подхода к его интерпретации¹¹.

Однако существует ряд проектов, например, в медицинской сфере, в сфере оказания социальных услуг населению, где Соглашением о ГЧП может быть предоставлен набор прав частному партнеру, например, доступ к объектам (больницы, школы), услуги по переработке отходов, медицинские

⁹ В сферу регулирования Закона о ГЧП входят только проекты ГЧП, предполагающие новое строительство или реконструкцию частным партнером.

¹⁰ Савина С.В. Правовые формы государственно-частного партнерства в сфере здравоохранения: проблемы и перспективы / С.В. Савина // Хозяйство и право.- 2015.- № 6.- С. 107-115.

¹¹ Белицкая А.В. Правовые аспекты предоставления публичных услуг в рамках государственно-частного партнерства / А.В. Белицкая // Предпринимательское право. -2010. -№ 2.- С. 31-34.

услуги, передача на условиях Соглашения о ГЧП медицинского оборудования. Формой участия публичного партнера в таких соглашениях будет предоставление права оказания услуг или так называемые соглашения о покупке будущей продукции (работ, услуг). В связи с этим для увеличения числа региональных проектов ГЧП представляется целесообразным предусмотреть публичную услугу в качестве самостоятельного объекта Соглашения о ГЧП, установить неисчерпывающий перечень элементов Соглашения о ГЧП и предусмотреть, что соответствующий исполнительный орган власти РФ, субъекта РФ или местного самоуправления могут устанавливать иные формы ГЧП (элементы Соглашения о ГЧП).

В поддержку данной позиции высказываются также А.В. Белицкая¹², Д.Ю. Засыпкин, А.И. Попов, Р.В. Шабров, которые писали, что понятие объекта ГЧП должно быть шире понятия объекта концессионного соглашения, и в связи с этим предлагали рассматривать публичную услугу в качестве объекта ГЧП.

Подытоживая вышесказанное, необходимо отметить, что при определении в Законе о ГЧП такого перечня объектов Соглашения о ГЧП законодатель прежде всего имеет целью указать не на недвижимые вещи как объект Соглашения о ГЧП, а на некий материальный объект, в отношении которого может быть направлено Соглашение о ГЧП (важен субъект, оказывающий услуги в социальной сфере, а не объект¹³).

¹² Белицкая А.В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства: монография / А.В. Белицкая. – М.: Статут, 2012. – С. 50; Засыпкин Д.Ю. Объект концессионного соглашения / Д.Ю. Засыпкин // Право и политика.- 2010.- № 11.- С. 2037-2046; Попов А.И. Объекты концессионных соглашений / А.И. Попов // Адвокатская практика.- 2007.- №6.- С. 4-5; Шабров Р.В. Объект концессионного соглашения и права концессионера на него / Р.В. Шабров // Законодательство и экономика.- 2009.- №4.- С. 37 – 44.

¹³ Путило Н.В. Участие частных организаций в предоставлении публичных услуг / Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта // Н.В. Путило [и др.]; под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку.- М.: Статут, 2011.- С. 303/

В таком случае рекомендуется определить закрытый перечень областей применения (сфер деятельности), в которых может заключаться и реализовываться Соглашение о ГЧП, а не закрытый список объектов.

В качестве возможного компромиссного решения, которое внесло бы большую определенность и в то же время придало бы большую гибкость в регулировании вопроса об объектном составе Соглашения о ГЧП, могло бы послужить закрепление перечня публичного имущества, которое не может быть передано в рамках ГЧП. Думается, что данный перечень публичного имущества в Законе о ГЧП может быть сформирован с учетом значимости объекта для государства в конкретный период нормотворчества.

Для увеличения числа региональных проектов ГЧП представляется целесообразным указать публичную услугу в качестве самостоятельного объекта Соглашения о ГЧП.

Возможным решением проблемы установления наличия/отсутствия технологической связи может служить определение в Законе о ГЧП закрытого перечня нарушений, ограничивающих конкуренцию на торгах, или же их детализацию в подзаконном нормативном правовом акте. Для детализации в Законе о ГЧП потребуется закрепить отсылочные нормы к подзаконному нормативному акту, в котором, например, можно было бы закрепить перечень определенных объектов, объединять которые в один лот запрещено по причине отсутствия технологической и функциональной связи без издания ведомственных разъяснений, отрицательным образом влияющих на единообразие судебно-арбитражной практики.