

Научная статья

УДК 346.3

DOI 10.25205/2542-0410-2021-17-4-46-53

Существенные условия соглашения о государственно-частном партнерстве

Алсу Фаритовна Хакимова

Казанский инновационный университет имени В. Г. Тимирязова
Казань, Россия
als206@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3532-6492>

Аннотация

Проблема определения существенных условий соглашения о государственно-частном партнерстве остается актуальной для российского права, поскольку сохраняются антикоррупционные риски и судебные споры по этому вопросу. В статье анализируются существенные условия соглашения о государственно-частном партнерстве. Автором выделены четыре группы таких условий: 1) проведение строительных и реконструкционных работ, влекущих создание нового или модернизированного объекта соглашения; 2) возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения; 3) длительность (более трех лет) соглашения; 4) финансирование проекта государственно-частного партнерства на условиях софинансирования публичным и частным партнерами. Также в работе аргументируется, что иные установленные федеральным законодательством условия не определяют сущность соглашения о государственно-частном партнерстве.

Ключевые слова

государственно-частное партнерство, соглашение о государственно-частном партнерстве, существенные условия, предмет соглашения

Для цитирования

Хакимова А. Ф. Существенные условия соглашения о государственно-частном партнерстве // Юридическая наука и практика. 2021. Т. 17, № 4. С. 46–53. DOI 10.25205/2542-0410-2021-17-4-46-53

Essential Conditions of Public-Private Partnership Agreement

Alsu F. Khakimova

Kazan Innovation University named after V. G. Timiryasov
Kazan, Russian Federation
als206@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3532-6492>

Abstract

The problem of determining the essential conditions of the public-private partnership agreement remains is actual for the national legal system, since anti-corruption risks and issues in litigation still remain. The article analyzes the essential conditions of the public-private partnership agreement. The author identifies four conditions: 1) carrying out construction works creating of a new or modernized object; 2) a private partner's ownership of the object of the agreement; 3) the duration (more than three years) of the agreement; 4) financing of the partnership project on co-financing by partners. The issue also argues that other conditions don't determine the essence of the public-private partnership agreement.

Keywords

public-private partnership, public-private partnership agreement, essential conditions, subject of agreement

For citation

Khakimova A. F. Essential Conditions of Public-Private Partnership Agreement. *Juridical Science and Practice*, 2021, vol. 17, no. 4, pp. 46–53. (in Russ.) DOI 10.25205/2542-0410-2021-17-4-46-53

© Хакимова А. Ф., 2021

ISSN 2542-0410

Юридическая наука и практика. 2021. Т. 17, № 4. С. 46–53
Juridical Science and Practice, 2021, vol. 17, no. 4, pp. 46–53

Определение существенных условий соглашения о государственно-частном партнерстве (далее – соглашение о ГЧП) является проблемным вопросом в науке, поскольку определенный федеральным законом перечень условий необоснованно широкий и не раскрывает сущности договора. В то же время в отношении сущности соглашения о государственно-частном партнерстве также нет единства мнений среди ученых, что приводит к противоречивому правовому регулированию этой новой договорной конструкции.

С одной стороны, мы видим, что законодатель четко определил предмет соглашения о ГЧП, который должен лечь в основу определения его существенных условий. Однако, с другой стороны, Федеральным законом «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Федеральный закон)¹ определяется широкий перечень «обязательных элементов и условий» соглашения, которые не определяют существо соглашения, а значит, не могут быть его существенными условиями.

В. Н. Лисица, критикуя положения Федерального закона, также указывает на то, что перечень существенных условий «является необоснованно широким и внутренне, в увязке с различными положениями Федерального закона о ГЧП, не согласованным, что неоправданно ограничивает свободу договора и устанавливает довольно узкие рамки для согласования интересов публичных и частных партнеров» [1, с. 10]. Таким образом, определение четкого перечня существенных условий соглашения необходимо для обеспечения свободы договора, что непосредственно влияет на свободу осуществления предпринимательской и инвестиционной деятельности [2, с. 10–11].

В. В. Витрянский справедливо указывает, что существенными условиями договора являются видообразующие, конститутивные условия, отражающие природу договора. Они законодателем включаются в само определение того или иного договора и являются необходимыми для данного вида договорного обязательства [3, с. 289].

Условие о предмете соглашения о ГЧП также закреплено непосредственно в определении соглашения о ГЧП: создание являющегося объектом соглашения имущества и осуществление эксплуатации и (или) технического обслуживания такого имущества. Федеральный закон в ч. 2 ст. 6 раскрывает существо соглашения через четыре обязательных элемента соглашения: 1) строительство и (или) реконструкция (создание) объекта соглашения частным партнером; 2) осуществление частным партнером полного или частичного финансирования создания объекта соглашения; 3) осуществление частным партнером эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта соглашения; 4) возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения при условии обременения объекта соглашения.

При этом осуществление частным партнером полного или частичного финансирования создания объекта соглашения действительно является видообразующим признаком, поскольку отличает соглашение о ГЧП от иных договорных конструкций, в особенности от договоров контрактной системы. Такое различие важно как в теоретическом, так и в практическом смысле, поскольку вопрос о разграничении этих договоров порождает многие дискуссии ученых, а также споры антимонопольных и судебных органов относительно квалификации того или иного соглашения.

Субъект финансирования является ключевым критерием в судебных спорах о квалификации государственных контрактов и соглашений о ГЧП. В частности, Верховный Суд Российской Федерации в Определении от 3 сентября 2014 г. № 304-КГ14-387 по делу № А75-

¹ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в РФ и внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» // Собрание законодательства РФ (далее СЗ РФ). 2015. № 29. (ч. 1). Ст. 4350.

4785/2013 указал, что в случае, если возмещение затрат на реализацию инвестиционного проекта предполагается осуществить полностью за счет бюджетных средств, конкурс на заключение контракта должен проводиться в порядке, предусмотренном Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»².

Такие же доводы изложены в судебных решениях о переквалификации государственных контрактов в ГЧП-соглашения. К примеру, ФАС Уральского округа от 3 сентября 2012 г. в Постановлении № Ф09-6746/12 по делу А50-22136/2011 установил, что муниципальный контракт по организации сортировки и утилизации твердых и крупногабаритных отходов на территории Краснокамского муниципального образования по своей природе является концессионным соглашением, поскольку спорный контракт предусматривал проведение реконструкции за счет частного партнера объекта, который был ему передан публичным партнером в целях проведения работ и на соответствующий период³.

А. В. Белицкая считает такое условие о финансировании частным партнером создания объекта соглашения о ГЧП одним из огромных преимуществ государственно-частного партнерства по сравнению в госконтрактами [4, с. 34]. Условие о создании объекта также является существенным. При этом не все работы по реконструкции объекта и строительные работы влекут создание объекта. Строительство есть возведение, создание зданий, строений, сооружений (в том числе на месте сносимых объектов капитального строительства). Реконструкция – это изменение параметров линейных объектов или их участков (частей), которое влечет за собой изменение класса, категории и (или) первоначально установленных показателей функционирования таких объектов (мощности, грузоподъемности и других) или при котором требуется изменение границ полос отвода и (или) охранных зон таких объектов (ст. 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ⁴).

Таким образом, существенным условием соглашения станет проведение строительных и реконструкционных работ, влекущих создание нового или модернизированного объекта соглашения. Иначе говоря, реконструкция по соглашению о ГЧП должна всегда предполагать создание нового, модернизированного объекта. Законодатель также не случайно называет строительство и (или) реконструкцию объекта соглашения его созданием (ч. 2 ст. 6 Федерального закона).

Суды также подтверждают вышеизложенный вывод, признавая сделку ничтожной, если предмет соглашения не отвечает признакам работ по созданию объекта. Используя определение понятия реконструкции в законодательстве, Арбитражный суд Ивановской области в решении от 16 июля 2018 г. по делу № А17-1285/2018 пришел к выводу, что работы, предусмотренные спорным концессионным соглашением, не могут считаться реконструкцией (модернизацией) по смыслу Закона о концессионных соглашениях, доводы истца о том, что предметом соглашения является скорее проведение ремонтных работ нежели реконструкционных мероприятий, влекущих создание модернизированного объекта, были поддержаны судом. Решение суда обосновано прежде всего тем, что обязательства по созданию (реконструкции) объекта являются существенным условием соглашения⁵.

При этом право собственности на такой объект должно возникать у лица, его создавшего. Именно поэтому Федеральным законом предусмотрена гарантия передачи объекта соглашения в собственность публичного партнера в случае, если объем финансирования создания

² СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения 01.11.2021).

³ Там же.

⁴ СЗ РФ. 2005. № 1. (ч. I). Ст. 16.

⁵ СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения 01.11.2021).

объекта публичным партнером превышает объем такого вложения частным партнером. В этом случае такое условие в соглашении также будет являться существенным.

Законодатель здесь использует лишь финансовый способ оценки вложения партнера в создание объекта. По нашему мнению, не учитывается также иной, технический вклад, к примеру объем выполненных работ, т. е. вложений партнера непосредственно в процесс возведения и строительства объекта. Однако практически оценить их объем и сопоставить с размером финансовых затрат будет сложно. Видимо, поэтому избран стоимостной подход к оценке данного фактора.

Важно отметить, что суды, рассматривая споры о законности возмещения затрат частной стороны публичным партнером в полном объеме и в связи с этим проблему перекалфикации концессии при таких условиях федеральными антимонопольными органами в госконтракты, справедливо указывают, что ч. 13 ст. 3 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» не ограничен размер и объем расходов, принимаемых на себя концедентом⁶. Такой спор о возможности полного возмещения затрат концессионера на создание объекта обусловлен тем, что по закону концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество, а концедент вправе принимать на себя лишь часть расходов на создание и (или) реконструкцию объекта. Указанные нормы позволили антимонопольным органам воспринимать их как запрет на полное возмещение затрат концессионера за счет публичного партнера (Решение Северо-Осетинского УФАС России от 1 сентября 2017 г. по делу № АМЗ 31-08/17). При этом суд указал, что в качестве основного критерия правомерности указанного условия должно быть избрано наличие такого условия (в качестве существенного) в самом соглашении. Указав полное возмещение за счет средств бюджета затрат частного партнера, суд, однако, ставит в обязательное правило определение такого условия совместной деятельности партнеров с момента разработки проекта и принятия решения о реализации проекта ГЧП в качестве существенного для складывающихся правоотношений (решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия-Алания от 29.12.2017 по делу № А61-4492/2017⁷). Здесь случайным условием оно быть не может, поскольку напрямую влияет на существо соглашения и может видоизменить его.

Также важно отметить замечание В. Н. Лисицы, отдельно указывающего на смешение в Федеральном законе понятия «объекта соглашения» – «вновь создаваемого или реконструируемого, но в любом случае уже нового объекта, с имуществом, находящимся в государственной (муниципальной) собственности, которое подлежит передаче частному партнеру для осуществления им указанной в соглашении деятельности» [1, с. 6]. Безусловно, имущество, необходимое частному партнеру для осуществления деятельности по соглашению, а именно по созданию нового объекта (посредством строительства или реконструкции), должно быть ему передано (эта обязанность закреплена в Федеральном законе), однако условием, определяющим сущность соглашения о ГЧП, такая обязанность не станет.

Возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения, по нашему мнению, является отличительной чертой соглашения о ГЧП от иных договорных форм государственно-частного партнерства. Несмотря на то, что Законом о ГЧП предусмотрена возможность передачи публичному партнеру объекта соглашения на основании договора, первоначальное возникновение права собственности на созданный объект является новаторским положением законодательства и важной имущественной гарантией для частного инвестора.

⁶ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3126.

⁷ URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/RiXb0quiB51B/> (дата обращения 01.11.2021).

В силу п. 1 ст. 218 Гражданского кодекса РФ⁸ (далее – ГК РФ) частный партнер будет первым собственником созданного объекта. В. Ф. Попондопуло и В. В. Килинкаргов называют это ключевым различием, водоразделом между соглашениями о ГЧП и концессионными соглашениями [5, с. 33].

Условие о первичном возникновении права собственности частного партнера на объект соглашения является, на наш взгляд, важным доводом в спорах об использовании механизмов ГЧП в обход Закона о приватизации⁹.

При разработке Федерального закона высказывались опасения относительно этого. Ученными по-прежнему обсуждается вопрос о том, что передача права собственности частному инвестору по соглашению о ГЧП является нарушением Закона о приватизации [6, с. 13–14].

Напомним, что в рамках соглашения о ГЧП не происходит передача имущества из государственной собственности в частную. Соглашение содержит обязательное условие о создании нового объекта, право собственности на которое возникает у лица, его создавшего. Возникшее как первичное право собственности на вновь созданный объект, оно не является результатом передачи собственности, а приобретает в силу п. 1 ст. 218 ГК РФ и подтверждается обязательным условием в соглашении о ГЧП.

Целеполагание участников договора также здесь немаловажно, поскольку целью соглашения о ГЧП не является передача имущества, для обеих сторон основной является инвестиционная цель.

В качестве существенных условий для соглашения о ГЧП названы также значения критериев эффективности проекта и значения показателей его сравнительного преимущества, на основании которых получено положительное заключение уполномоченного органа, а также сведения об объекте соглашения, в том числе его технико-экономические показатели.

Технико-экономические показатели и характеристики согласовываются сторонами и устанавливаются в соглашении для определения результата, который необходимо достигнуть как конечную цель выполнения работ по договору. Тем самым определяют объект соглашения и итоговую цель заключаемого соглашения.

Таким образом, вышеназванные условия об объекте соглашения имеют большое значение для исполнения проекта ГЧП. Существенное отклонение от технико-экономических показателей и характеристик влечет ответственность частного партнера за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение договора. Однако такие условия не влияют на существование соглашения о ГЧП и не влекут переквалификацию в иные договорные конструкции.

Условие о сроке также названо в Законе существенным. Однако, как отмечает В. В. Витрянский, законодатель, называя существенными те или иные условия договора, зачастую предусматривает диспозитивные правила на случай отсутствия таких положений в самом тексте договора [3, с. 289]. В данном случае аналогично, несмотря на то, что срок соглашения по Закону должен быть определен в договоре, имеется возможность определить не сам срок, а порядок его определения сторонами.

Ввиду этого существенным условием считаем не сам срок соглашения, а длительность соглашения о ГЧП. Учитывая, что государственно-частное партнерство является продолжительным, сложным, комплексным взаимодействием государства и частного бизнеса, необходимо, чтобы соглашения о ГЧП были заключены на достаточный для реализации проекта срок. Срок соглашения должен быть достаточным для реализации всего жизненного цикла

⁸ Гражданский кодекс РФ (ч. 1) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁹ Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

проекта, обеспечивать его окупаемость и рентабельность, охватывать максимальную продолжительность эксплуатационных возможностей объекта.

Судом также признается существенной длительность правоотношений в сфере ГЧП. Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа – Югра от 8 декабря 2017 г. по делу № А75-12752/2017, рассматривая требование истца о расторжении концессионного соглашения, указал на цели концессионного соглашения, которыми являются привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям. В итоге суд отказал в расторжении соглашения, мотивируя это сохранением стабильности гражданского оборота, исходя из целей и смысла Закона о концессионных соглашениях, существа принятых на себя сторонами долгосрочных обязательств (заключение сторонами соглашения на 30 лет)¹⁰.

Законом дополнительно определена обязанность сторон соглашения включить в договор «элементы соглашения, определяющие форму государственно-частного партнерства, а также обязательства сторон соглашения, вытекающие из этих элементов». Использование термина «элементы соглашения» применительно к условиям вызвало множественные дискуссии среди ученых.

Соглашаясь с высказываниями ученых о том, что элементами соглашения являются не только его условия, считаем возможным предположить, что в данном случае имелись в виду элементы содержания договора, которые В. Ф. Попондопуло предлагает классифицировать по разным критериям в зависимости от вида договора [7, с. 14].

При этом, согласно Федеральному закону, элементы должны быть включены в договор с учетом избранной формы государственно-частного партнерства. Обязательными элементами здесь названы существенные условия соглашения. Однако дополнительно в тех же целях в соглашение предлагается включить такие элементы, как проектирование частным партнером объекта соглашения; осуществление частным партнером полного или частичного финансирования эксплуатации и (или) технического обслуживания объекта соглашения; обеспечение публичным партнером частичного финансирования создания частным партнером объекта соглашения, а также финансирование его эксплуатации и (или) технического обслуживания; наличие у частного партнера обязательства по передаче объекта соглашения о государственно-частном партнерстве в собственность публичного партнера по истечении определенного соглашением срока, но не позднее дня прекращения соглашения; обеспечение публичным партнером эксплуатации объекта соглашения в случае, если частный партнер осуществляет только техническое обслуживание этого объекта соглашения.

Если использовать понятие формы государственно-частного партнера в правовом смысле, то названные выше элементы не влекут изменения формы государственно-частного партнерства в той же степени, как и не влекут перекалфикацию соглашения о ГЧП в иной вид договора. За исключением обязательства по передаче объекта соглашения о государственно-частном партнерстве в собственность публичного партнера по истечении определенного соглашением срока, включение в соглашение которого на первый взгляд может привести, по существу, к изменению формы на концессионное соглашение. В этом случае, как нам представляется, право собственности всё же первоначально возникает у частного партнера, а в дальнейшем, к примеру, после некоторого периода эксплуатации объекта по договору передается публичному партнеру. При этом существенные условия соглашения о ГЧП всё же сохраняются и вряд ли повлекут изменение формы с соглашения о ГЧП в концессию.

¹⁰ СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения 01.11.2021).

Таким образом, включение указанных элементов в соглашение о ГЧП будет осуществляться дополнительно к существенным условиям, не изменяя последних и не меняя предмета соглашения о ГЧП. Полагаем, что в качестве дополнительных могут быть избраны те условия, которые на стадии утверждения предложения о реализации проекта ГЧП были установлены сторонами как специфичные для такого проекта. При этом, хотя сути ГЧП-отношений они не изменят и не приведут фактически к изменению формы, обязательно должны быть регламентированы в целях исключения дальнейших возможных споров, в том числе судебных.

Список литературы

1. **Лисица В. Н.** К вопросу о существенных условиях соглашения о государственно-частном партнерстве // *Юридическая наука и практика*. 2017. Т. 13, № 3. С. 5–10.
2. **Гущин В. В., Овчинников А. А.** Инвестиционное право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2009. 719 с.
3. **Витрянский В. В.** Некоторые аспекты учения о гражданско-правовом договоре в условиях реформирования гражданского законодательства // *Проблемы развития частного права: Сб. ст. к юбилею В. С. Ема*. М.: Статут, 2011. С. 288–336.
4. **Белицкая А. В.** Государственно-частное партнерство как альтернатива контрактной системе // *Юрист*. 2014. № 5. С. 33–37.
5. 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. Килинкарлова. М.: Инфотропик Медиа, 2016. 348 с.
6. **Савина С. В.** Правовое регулирование отношений по реконструкции государственного имущества за счет средств частных инвесторов в рамках государственно-частного партнерства // *Предпринимательское право*. 2009. № 2. С. 11–15.
7. **Попондопуло В. Ф.** Договор – средство частнопроводного регулирования // *Вестник Санкт-Петербург. ун-та. Серия 14 «Право»*. 2009. № 3. С. 5–19.

References

1. **Lisitsa V. N.** To the question of the essential conditions of the agreement on public-private partnership. *Juridical Science and Practice*, 2017, vol. 13, no. 3, pp. 5–10. (in Russ.)
2. **Gushchin V. V., Ovchinnikov A. A.** Investment law. Textbook. 2nd ed. Moscow, Eksmo, 2009, 719 p. (in Russ.)
3. **Vitryansky V. V.** Some aspects of the doctrine of a civil law contract in the context of reforming civil legislation. In: *Problems of the development of private law: collection of articles. Art. to the anniversary of V. S. Em.* Moscow, Statut, 2011, pp. 288–336. (in Russ.)
4. **Belitskaya A. V.** Public-private partnership as an alternative to the contract system. *Lawyer*, 2014, no. 5, pp. 33–37. (in Russ.)
5. **Popondopulo V. F., Kilinkarov V. V.** (eds.). Commentary on the Federal Law “On Public-Private Partnership, Municipal-Private Partnership in the Russian Federation and Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation”. Moscow, Infotropic Media, 2016, 348 p. (in Russ.)
6. **Savina S. V.** Legal regulation of relations for the reconstruction of state property at the expense of private investors in the framework of public-private partnership. *Entrepreneurial Law*, 2009, no. 2, pp. 11–15. (in Russ.)
7. **Popondopulo V. F.** Agreement – a means of private law regulation. *Bulletin of St. Petersburg University. Series 14 “Law”*, 2009, no. 3, pp. 5–19. (in Russ.)

Информация об авторе

Алсу Фаритовна Хакимова, помощник депутата, Аппарат Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации

Information about the Author

Alsu F. Khakimova, Deputy's Assistant, State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation

*Статья поступила в редакцию 02.11.2021;
одобрена после рецензирования 20.11.2021; принята к публикации 20.11.2021
The article was submitted 02.11.2021;
approved after reviewing 20.11.2021; accepted for publication 20.11.2021*