

УДК 346.3

ПРАВОВІ ОСНОВИ ВИКОРИСТАННЯ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА ЯК ФОРМИ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

LEGAL BASIS OF THE USE OF CAPITAL CONSTRUCTION AS A FORM OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Олюха В.Г.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Криворізького факультету Національного університету
«Одеська юридична академія»*

Стаття присвячена визначенню правових основ для проведення капітального будівництва під час реалізації державно-приватного партнерства. Аналізуються істотні умови, необхідні для договору про державно-приватне партнерство і договору підяду на проведення капітального будівництва.

Ключові слова: капітальне будівництво, державно-приватне партнерство, господарський договір, істотні умови договору.

Стаття посвящена определению правовых основ для проведения капитального строительства при реализации государственно-частного партнерства. Анализируются существенные условия, необходимые для договора о государственно-частном партнерстве и договора подряда на проведение капитального строительства.

Ключевые слова: капитальное строительство, государственно-частное партнерство, хозяйственный договор, существенные условия договора.

Article is devoted to the legal foundations for capital construction in the implementation of public-private partnerships. Analyzes the essential conditions required for the agreement on public-private partnership and contract for capital construction.

Key words: capital construction, public-private partnerships, business contract, the essential terms of the contract.

Постановка проблеми. Будівельна галузь є однією з таких, що визначає стратегічний розвиток економіки країни в цілому. Проте в умовах кризових явищ капітальне будівництво потребує значної підтримки з боку держави. Але в умовах обмеженості фінансових ресурсів як у державному, так і у місцевих бюджетах необхідним є пошук шляхів їх раціо-

нального використання та можливості забезпечення залучення приватного капіталу для реалізації державних програм економічного розвитку у галузі капітального будівництва. Одним з таких механізмів є державно-приватне партнерство, правовою основою якого виступає господарський договір про державно-приватне партнерство. Він забезпечує реалізацію

прав та інтересів всіх учасників державно-приватного партнерства (публічних та приватних осіб). Тому розуміння правового регулювання істотних умов господарських договорів у межах державно-приватного партнерства є важливим не тільки з теоретичних міркувань, але і для вирішення суто практичних завдань, а отже тема даної статті є актуальною.

Стан дослідження. Проблеми правового регулювання підрядних відносин з капітального будівництва за державні кошти були ґрунтовно досліджені такими вченими, як І.І. Банасевич та Г.М. Гриценко. Питання господарсько-правового забезпечення якості будівельних робіт розглядалися Н.В. Трофуненком. Проблеми договірної регулювання державно-приватного партнерства досліджувались у дисертаціях О.Д. Сиротюка, С.В. Терещенко. Можливість використання договору підряду на капітальне будівництво за державні кошти у межах державно-приватного партнерства розглядалась у статті О.В. Шаповалової. Проте напрями удосконалення питань істотних умов договору, який опосередковує відносини контрагентів державно-приватного партнерства, не досліджувались.

Метою статті є теоретична розробка питання істотних умов господарського договору при державно-приватному партнерстві, а також визначення на цій основі напрямків удосконалення законодавства у вказаній сфері, для чого необхідно виконати наступні завдання: встановити напрями використання договору підряду на капітальне будівництво у державно-приватному партнерстві та порівняти правове регулювання істотних умов договору підряду на капітальне будівництво та про державно-приватне партнерство.

Виклад основного матеріалу. Як справедливо зазначає Г.Л. Знаменський, правові основи для державно-приватного партнерства було закладено у ГК України [1, с. 33]. З прийняттям закону України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 року відбувся подальший розвиток цього інституту [2]. Існування такого спеціального закону є позитивним явищем, але дорікає відсутність переліку істотних умов договору про державно-приватне партнерство у ньому. Договір про державно-приватне партнерство є господарським договором. Загальновідомо, що будь-який господарський договір є укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх істотних умов договору, не є виключенням із цього і договір про державно-приватне партнерство (господарська партнерська угода). Згідно з ч. 2 ст. 180 ГК України істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів такого виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода [3]. Як справедливо наголошують В.П. Маслов та О.А. Пушкін, істотні умови визначають обов'язковий зміст договору [4, с. 407]. В.Г. Олюха, досліджуючи істотні умови договору, встановив, що їх сутність полягає в наступному: 1) вони мають узгоджуватись сторонами; 2) результат такого узгодження має знайти своє відображення

у договорі, тобто всі погоджені умови вносяться до договору; 3) інші умови сторони можуть не визначатись у договорі; 4) якщо будь-яка істотна умова не включатиметься до договору, настає правовий наслідок у вигляді визнання договору неукладеним [5, с. 230]. Істотні умови узгоджуються сторонами, адже законодавець, хоча і визначає імперативно коло питань, з яких сторони мають дійти згоди, але їх конкретизацію і змістовне наповнення залишає за сторонами. В цьому проявляється принцип диспозитивності та реалізація функції договору як акту індивідуального регулювання.

Перелік істотних умов договору про державно-приватне партнерство станом на сьогодні визначає підзаконний акт. Відповідно до п. 7 Порядку проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, затвердженого Постановою КМУ від 11 квітня 2011 р. № 384 (далі по тексту Порядок), істотними умовами договору у рамках здійснення державно-приватного партнерства є: 1) найменування державного партнера та об'єкта державно-приватного партнерства; 2) зобов'язання сторін, в тому числі обсяг і форма фінансової участі державного та приватного партнерів, у здійсненні зазначеного партнерства; 3) перелік, обсяги і строки виконання передбачених договором робіт; 4) вимоги до якості товарів, робіт послуг, що виконуються згідно з договором; 5) розподіл ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства між партнерами, форми управління такими ризиками; 6) порядок та умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою для здійснення державно-приватного партнерства (у разі необхідності); 7) умови, розмір і порядок внесення платежів, якщо такі передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства; 8) порядок та умови розподілу між сторонами договору про партнерство доходу та/або продукції, якщо такий розподіл передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства; 9) вимоги щодо повернення після припинення дії договору про партнерство об'єкта державно-приватного партнерства та земельних ділянок, що надані для потреб, пов'язаних із здійсненням такого партнерства; 10) зобов'язання щодо відшкодування витрат на проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства та/або екологічної експертизи; 11) умови внесення змін до договору про партнерство; 12) відповідальність сторін за його невиконання; 13) порядок розгляду спорів; 14) строк дії договору про партнерство, дата, місце підписання та порядок набрання ним чинності [6].

Таке становище суперечить ч. 1 ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» істотні умови договорів, що укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, встановленим законами України. Тобто перелік істотних умов, що характерні для договору

про державно-приватне партнерство» повинен бути закріплений безпосередньо у Законі України «Про державно-приватне партнерство», а не у підзаконних нормативно-правових актах. О.М. Вінник з цього приводу зазначила, що визначення істотних умов угоди про державно-приватне партнерство на підзаконному рівні суперечить закону України «Про державно-приватне партнерство» [7, с. 91]. Погоджуючись з нею, необхідно доповнити її позицію також і тим, що це суперечить і приписам ст. 180 ГК України, за приписами якої істотні умови визначаються у законах. З метою усунення суперечностей необхідно доповнити зазначений закон переліком істотних умов договору про державно-приватне партнерство. У проекті Закону України «Про загальні засади розвитку державно-приватного партнерства в Україні» перелік істотних умов договору про державно-приватне партнерство визначався безпосередньо у цьому акті. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 6 вищевказаного законопроекту, такими істотними умовами були: 1) предмет договору; 2) цільове призначення об'єктів державного або комунального майна, що передається для виконання договору; 3) етапи виконання робіт із визначенням строків їх виконання; 4) особливості фінансування та порядок внесення платежів; 5) умови використання земельних ділянок у разі їх надання; 6) заходи, що гарантують провадження запланованої діяльності відповідно до екологічних стандартів і нормативів; 7) строк дії договору [8].

У зв'язку з тим, що Законом України «Про державно-приватне партнерство» не встановлено переліку істотних умов договору про державно-приватне партнерств, доцільно на законодавчому рівні визначити його істотні умови, якими можуть бути: 1) предмет договору; 2) види та розмір вкладів сторін, порядок дій; 3) види договорів, які укладаються в процесі реалізації проекту державно-приватного партнерства; 4) строки укладення та виконання окремих видів договорів; 5) порядок управління спільним проектом та порядок ведення спільних справ; 6) умови ведення обліку та подання звітності; 7) розподіл прибутків та збитків; 8) порядок покриття додаткових витрат; 9) пільги та преференції для приватного партнера; 10) орієнтовний обсяг виробленої продукції, виконаних робіт або наданих послуг; 11) вимога щодо повернення об'єкта державно-приватного партнерства після закінчення дії договору, укладеного в рамках такого партнерства, у разі його дострокового припинення або закінчення окремих етапів робіт, а також строків та порядку повернення таких об'єктів або його викупу приватним партнером; 12) порядок та умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою для здійснення державно-приватного партнерства (у разі необхідності); 13) відповідальність; 14) порядок розгляду спорів; 15) строк дії договору.

На думку О.В. Шаповалової, «за формальними ознаками договір підлягає на капітальне будівництво за державні кошти може бути правовою формою господарських зв'язків, які складаються на умовах державно-приватного партнерства» [9, с. 35]. З цим

слід погодитись, але необхідно наголосити на тому, що капітальне будівництво у рамках державно-приватного партнерства може проводитись не тільки за державні кошти, але і приватні. Публічний партнер може брати на себе обов'язок надання земельної ділянки для такого будівництва, надання державного замовлення під час експлуатації збудованого об'єкту тощо. Капітальне будівництво може бути окремим напрямом державно-приватного партнерства, а може бути лише його складовою. Наприклад, у ринково розвинених країнах під час публічно-приватного партнерства використовується сукупність договорів, основу яких становить будівництво об'єкту нерухомості. Розповсюдженими у міжнародній практиці є договори на: 1) відновлення (реконструкцію), експлуатацію приватним партнером та повернення державі після визначеного терміну цього об'єкту; 2) відновлення (реконструкцію), оренду приватним інвестором об'єкту та повернення після обумовленого терміну державі; 3) відновлення (реконструкція), управління та передачу його державі; 4) будівництво, оренду приватним партнером та передачу об'єкта після визначеного терміну державі; 5) будівництво, володіння та експлуатацію нового інфраструктурного об'єкту приватним партнером, з забезпеченням йому державою мінімального доходу. Для належного розвитку державно-приватного партнерства необхідно доповнити ст. 5 закону «Про державно-приватне партнерство» зазначеними формами такої діяльності. Важливим для оптимізації використання інвестиційних коштів та розвитку капітального будівництва є забезпечення прибутковості у використанні збудованої нерухомості, що і може виконуватись під час проведення господарської діяльності у межах вищевказаних форм.

З аналізу істотних умов договору про державно-приватне партнерство, які вказані в п. 7 Порядку, виходить, що вони включають в себе загальну інформацію про державного і приватного партнера, інформацію про об'єкт державно-приватного партнерства, його якісні і кількісні характеристики, порядок повернення такого об'єкту державі, порядок внесення платежів, відповідальність тощо. Вищевказаний Порядок не містить всіх істотних умов певних договорів як форми здійснення державно-приватного партнерства, наприклад, договору про концесію, про спільну діяльність, договору підлягає на капітальне будівництво та інших договорів. Не дивлячись на те, що зі змісту ч. 1 ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» випливає, що істотні умови договорів, що укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, встановленим законами України. Крім того, ч. 3 ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передбачено, що договори, укладені згідно з частиною першою цієї статті, регулюються законодавством з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом, у разі якщо щодо них у передбаченому цим Законом порядку прийнято рішення про здійснення державно-приватного партнерства.

Отже, договір в рамках здійснення державно-приватного партнерства повинен включати в себе не лише істотні умови, які закріплені у п. 7 Порядку, а й істотні умови договору, який є однією з форм здійснення державно-приватного партнерства, в даному випадку договору підряду на капітальне будівництво та договору, який передбачає подальшу експлуатацію (користування, управління) збудованого (реконструйованого, модернізованого) об'єкту державно-приватного партнерства.

Крім того, якщо умовами проведення конкурсу з визначення приватного партнера у якості переможця конкурсу висувалися додаткові вимоги до конкурсантів як обов'язкові, такі умови повинні включатися в договір про державно-приватне партнерство як істотні. Зокрема, відповідно до п. 15 Порядку умовами проведення конкурсу можуть бути передбачені також:

1) порядок встановлення та зміни цін (тарифів) на виготовлені (надані) товари (роботи, послуги); 2) вимоги щодо: найму працівників, створення нових робочих місць; використання працівників-громадян України; рівня заробітної плати та соціального забезпечення найманих працівників; використання вітчизняних сировини, матеріалів, технологій, техніки та обладнання вітчизняного виробництва; залучення інновацій та енергозберігаючих технологій під час виконання договору про партнерство; обсягів поліпшення об'єкта державно-приватного партнерства; відновлення об'єкта та/або стану земельної ділянки, які використовуються для здійснення державно-приватного партнерства; страхування об'єкта державно-приватного партнерства.

З урахуванням наведеного необхідно зупинитись на істотних умовах договору підряду на капітальне будівництво. Істотні умови договору підряду на капітальне будівництво визначені у ГК України та у Загальних умовах укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668. Один з цих нормативно-правових актів – кодифікований закон, а інший – підзаконний нормативно-правовий акт. Тобто істотні умови договору підряду на капітальне будівництво окреслені у двох різнорівневих нормативно-правових актах. Можливість використання підзаконного нормативно-правового акту для впорядкування договірних відносин у сфері капітального будівництва передбачена у ст. 323 ГК України. Складність лише у тому, що не всі істотні умови, встановлені у них, збігаються між собою. Судова практика вирішує це питання шляхом використання обох переліків істотних умов.

Відповідно до п. 5 Постанови КМУ від 01 серпня 2005 року № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» істотними умовами договору підряду є: 1) найменування та реквізити сторін; 2) місце і дата укладення договору підряду; 3) предмет договору підряду; 4) договірна ціна; 5) строки початку та закінчення робіт (будівництва об'єкта); 6) права та обов'язки сторін; 7) порядок забезпечення

виконання зобов'язань за договором підряду; 8) умови страхування ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва; 9) порядок забезпечення робіт проектною документацією, ресурсами та послугами; 10) порядок залучення субпідрядників; 11) вимоги до організації робіт; 12) порядок здійснення замовником контролю за якістю ресурсів; 13) умови здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт; 14) джерела та порядок фінансування робіт (будівництва об'єкта); 15) порядок розрахунків за виконані роботи; 16) порядок здачі-приймання закінчених робіт (об'єкта будівництва); 17) гарантійні строки якості закінчених робіт (експлуатації об'єкта будівництва), порядок усунення недоліків; 18) відповідальність сторін за порушення умов договору підряду; 19) порядок врегулювання спорів; 20) порядок внесення змін до договору підряду та його розірвання [10]. Просте співставлення свідчить про те, що Загальні умови передбачають більш широке коло істотних умов для договору підряду на капітальне будівництво ніж ГК України. Порівняльний же аналіз цих норм свідчить про те, що основна кількість перелічених істотних умов хоча і має в окремих випадках редакційні розбіжності, але вони взаємно дублюються [11, с. 189].

Складовими частинами договору підряду на капітальне будівництво буде кошторис на виконання робіт, вихідні дані для проектування (містобудівні умови та обмеження, технічні умови, завдання на проектування), проектна документація (техніко-економічне обґрунтування, техніко-економічний розрахунок, ескізний проект, проект, робочий проект), дозвільна документація (дозвіл на виконання будівельних робіт) тощо.

Таким чином, можемо спостерігати дещо ускладнену ситуацію щодо нормативно-правового регулювання істотних умов угоди про державно-приватне партнерство та договору підряду на проведення капітального будівництва: в обох випадках наявним є підзаконний нормативно-правовий акт, який окреслює коло істотних умов договору. Присутні тут і спільні недоліки у вигляді надмірно широкого кола істотних умов договору, віднесення до їх кола таких складових, які взагалі не є умовами договору, а скоріше реквізитами документу (найменування сторін, дата і місце укладення (підписання) договору. З метою усунення таких недоліків необхідно встановити перелік істотних умов для угоди про державно-приватне партнерство у відповідному законі, а для договору підряду на капітальне будівництво – у ГК України.

Проведене дослідження свідчить про необхідність проведення подальших наукових досліджень у напрямку використання державно-приватного партнерства для оптимізації такої господарської діяльності, як капітальне будівництво, дозволяє зробити наступні висновки.

Висновки. Істотні умови угоди про державно-приватне партнерство (господарська партнерська угода) повинні бути закріплені як істотні безпосередньо в законі України «Про державно-приватне

партнерство», умови щодо додаткових вимог, яким в обов'язковому порядку повинен відповідати приватний партнер або яких приватний партнер повинен дотримуватись протягом всього строку реалізації проекту державно-приватного партнерства, умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода. Також необхідно зазначити у наведеному законі форми діяльності, що передбачають проведення не тільки капітального будівництва, але і подальше використання у цих рамках результатів

проведених будівельних робіт. Так, якщо угода про державно-приватне партнерство буде мати вигляд єдиного документу, вона має передбачати і істотні умови договорів, які будуть входити до її складу. Істотні умови договору підряду на капітальне будівництво мають бути визначені тільки у кодифікованому законодавчому акті. Надмірність у колі істотних умов як в угоді про державно-приватне партнерство, так і у договорі підряду на капітальне будівництво має бути усунена.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Знаменський Г.Л. Державно-приватне партнерство: український варіант // Г.Л. Знаменський // Юридичний вісник України. – 2009. – № 39 (743). – С. 17.
2. Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 № 2404-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>.
3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
4. Советское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 1 / Под общ.ред. В.Ф. Маслова и А.А. Пушкина. – К. : Вища школа., 1983. – 504 с.
5. Олюха В.Г. Істотні умови цивільно-правового договору // Вісник Вищого арбітражного суду України. – 2000. – № 3. – С. 230–233.
6. Постанова КМУ від 11 квітня 2011 р. № 384 «Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства» // Офіційний вісник України, 2011, № 28 (22.04.2011).
7. Вінник О.М. Договірні відносини державно-приватного партнерства // Вісник Вищої ради юстиції. – № 2 (14). – 2013 – С. 90–107.
8. Проект Закону України «Про загальні засади розвитку державно-приватного партнерства в Україні» від 08.12.2008 № 3447 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF2NR00A.html.
9. Шаповалова О.В. Договір підряду на капітальне будівництво як правова форма господарських зв'язків на умовах партнерства // Юридична наука, практика і освіта. – 2010. – № 1. – С. 32–39.
10. Постанова КМУ від 01 серпня 2005 року № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» // Офіційний вісник України, 2005, № 31 (19.08.2005) (частина 2), ст. 1867.
11. Олюха В.Г. Проблеми нормативно правового регулювання істотних умов договору підряду на капітальне будівництво // Митна справа. – № 5 (83). – 2012. – С. 187–192.