

Д. А. Жмулина

ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА*

В настоящей статье автор формулирует и раскрывает содержание принципов правового регулирования публично-частного партнерства в России. Рассматриваются существующие в научной литературе позиции по указанному вопросу. Анализируется действующее федеральное и региональное законодательство, проекты законов, акты международных организаций. Доказывается, что такие принципы, как исходные начала, положения, посредством которых выражается сущность института публично-частного партнерства, должны иметь законодательное закрепление для обеспечения единообразия правового регулирования.

Ключевые слова: публично-частное партнерство, государственно-частное партнерство, принципы правового регулирования.

D. A. Zhmulina

PRINCIPLES OF LEGAL REGULATION OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS

In this paper the author formulates and reveals the content of the principles of legal regulation of public-private partnerships in Russia. This paper examines existing positions in the scientific literature on this question. It analyzes the applicable federal and regional laws, draft laws, acts of international organizations. It is proved that such principles as the origins, the provisions which express the essence of a public-private partnership should be enshrined in law to ensure uniformity of legal regulation.

Keywords: public-private partnership, state-private partnership, principles of legal regulation.

Правовое регулирование публично-частного партнерства как совокупность общественных отношений основывается на определенных принципах. Такие принципы суть исходные положения, основные начала правового регулирования государственно-частного партнерства, отражающие объективный характер данного явления, выражающие его содержание, а также закономерности развития соответствующих отношений, на основе которых строятся нормативная база и правоприменение.¹

Отсутствие федерального закона о публично-частном партнерстве очевидно отсутствие закрепления на федеральном уровне соответствующих принципов. Более того, Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»² (далее — Закон о концессионных соглашениях) такие принципы в отношении концессионных соглашений не устанавливает. Однако некоторые авторы, например, И. С. Вахтинская, конструируют их, исходя из положений законодательства. Основными принципами правового регулирования концессионных

Жмулина Диана Александровна — кандидат юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; d.zhmulina@yandex.ru

Zhmulina Diana Aleksandrovna — candidate of legal sciences, associate professor, St. Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; d.zhmulina@yandex.ru

* Статья является результатом НИР СПбГУ по теме «Разработка концепции правового регулирования публично-частного партнерства для России и государств — участников Содружества Независимых Государств» 2013–2014 гг.

¹ *Белицкая А. В.* Правовое регулирование государственно-частного партнерства. М., 2012. С. 55–56.

² СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

соглашений, по мнению указанного автора, являются: заключение концессионного договора в сферах, где присутствуют публичные, общенациональные, региональные или местные общественные интересы; долгосрочный, эквивалентно-возмездный и договорный характер отношений сторон; дискреционный характер предоставления прав по договору; предпочтение конкурсных процедур отбора концессионера; применение действующего национального законодательства при разбирательстве споров.³

Проект федерального закона № 238827-6 «Об основах государственно-частного партнерства в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴ (далее — Проект закона о государственно-частном партнерстве, Проект) закрепляет такие принципы, как открытость и доступность информации о государственно-частном партнерстве, за исключением сведений, составляющих государственную тайну и иную охраняемую законом тайну; обеспечение конкуренции; отсутствие дискриминации, равноправие сторон соглашения и равенство их перед законом; достижение целей государственно-частного партнерства в соответствии с интересами граждан РФ с учетом интересов сторон соглашения; добросовестное исполнение сторонами соглашения обязательств по соглашению; справедливое распределение рисков и обязательств между сторонами соглашения; свобода заключения соглашения (ст. 4).

На уровне субъектов РФ модельным региональным законом «Об участии субъекта Российской Федерации, муниципального образования в проектах государственно-частного партнерства»⁵ (далее — Модельный региональный закон) рекомендуются для включения в соответствующие региональные законы следующие принципы: законности; эффективного использования бюджетных ассигнований, владения, пользования и распоряжения государственным и муниципальным имуществом, экономического регулирования и регулирования градостроительной деятельности; участия субъекта РФ, муниципального образования в проектах государственно-частных партнерств с иными участниками указанных отношений, в том числе приоритетности исполнения обязательств, принимаемых субъектом РФ, муниципальным образованием в рамках соглашений государственно-частного партнерства; отсутствия дискриминации участников конкурса, в том числе российских и иностранных физических и юридических лиц, на право заключения соглашений, в том числе и концессионных; соблюдения прав и законных интересов участников соглашений, в том числе и концессионных; добросовестного и взаимовыгодного сотрудничества сторон соглашений, в том числе и концессионных (ст. 3). Указанные принципы в целом отражены в региональном законодательстве. Некоторые законы субъектов закрепляют также ряд иных принципов правового регулирования публично-частного партнерства. Так, Закон Ярославской области от 1 декабря 2010 г. № 50-з «Об участии Ярославской области в проектах государственно-частного партнерства»⁶ устанавливает такие принципы, как: государственное управление проектами государственно-

³ Вахтинская И. С. Гражданско-правовые признаки концессионного соглашения. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2008. С. 16.

⁴ <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=238827-6&02>.

⁵ www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/90cfa00045f41d7e99a7fd293491a18d/modelnyi_zakon.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90cfa00045f41d7e99a7fd293491a18d.

⁶ Документ-Регион. 2010. № 93. 3 дек.

частного партнерства; максимальное использование компетенций и ресурсов частных партнеров; гарантии прав частных партнеров при заключении и исполнении соглашения о государственно-частном партнерстве (ст. 5).

Принципы правового регулирования публично-частного партнерства изучаются в литературе. Так, А. В. Белицкая выделяет принципы: сбалансированного сочетания публично-правовых и частноправовых средств; невмешательства государства в осуществление предпринимательской деятельности частного партнера; соразмерности при ограничении субъективных прав частного партнера; юридического равенства, автономии воли, взаимной ответственности и добросовестности публичного и частного партнеров; стабильности соглашений публично-частного партнерства; полной и открытой конкуренции; равного доступа всех желающих потенциальных инвесторов к проектам публично-частного партнерства; информационной открытости; стимулирования и гарантий в отношении публично-частного партнерства.⁷ Н. А. Игнатюк говорит о таких принципах, как: общность интересов участников публично-частного партнерства при реализации государственной политики; добровольность участия в публично-частном партнерстве; прозрачность выбора партнера из числа субъектов негосударственного управления; ориентация на получение измеряемого результата (количественного или качественного); учет общественного мнения о необходимости реализации проектов или программ на условиях публично-частного партнерства на конкретных территориях.⁸ И. Г. Майор называет следующие принципы: приоритет договорного регулирования публично-частного партнерства; гласность и прозрачность отношений партнерства; страхование рисков публично-частного партнерства; «проект публично-частного партнерства (предмет публично-частного соглашения) определяем сами»; равенство сторон соглашения публично-частного партнерства; конкурсный порядок заключения соглашений публично-частного партнерства; автономность сторон публично-частного партнерства; свобода в заключении партнерского соглашения, определении его условий.⁹

Анализ представленного нормативного материала и мнений исследователей приводит к выводу о существовании довольно сложной и многообразной системы принципов правового регулирования публично-частного партнерства. Как справедливо отмечает А. В. Белицкая, подобную специфическую систему принципов определяют сложность и многообразие отношений, возникающих при реализации проектов публично-частного партнерства, неоднородный характер используемых средств, способов и методов правового регулирования таких отношений вкупе с их особой целью — реализацией публичного интереса.¹⁰

Вместе с тем очевидно и то, что многие из представленных принципов, закрепленных законодателем либо выделяемых исследователями, — аспекты одних и тех же основополагающих начал. На наш взгляд, вся сложная и многообразная система принципов правового регулирования публично-правового партнерства может быть сведена к нескольким лаконичным базисным принципам, отражающим самую суть данного явления.

⁷ Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. С. 57–70.

⁸ Игнатюк Н. А. Государственно-частное партнерство. Учебник. М., 2012. С. 73–89.

⁹ Майор И. Г. Причины и принципы частно-государственного партнерства (гражданско-правовой аспект) // Общество и право. 2008. № 1. С. 108–110.

¹⁰ Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. С. 56.

Так, Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников,¹¹ выделяют такие принципы, как прозрачность, справедливость, долгосрочная устойчивость проектов, отсутствие дискриминации на участие в проектах публично-частного партнерства. Остановимся на указанных принципах более подробно.

Принцип прозрачности, иначе называемый **принципом информационной открытости**, выражается в необходимости существования четких, ясных и доступных для всех заинтересованных лиц законодательно закрепленных положений, регулирующих публично-частное партнерство, и процедур их применения. «Прозрачные» законодательные акты и административные процедуры обуславливают предсказуемость, что позволяет потенциальным частным партнерам заранее и на перспективу оценить затраты и риски своих инвестиций и, таким образом, предложить наиболее выгодные условия. «Прозрачность» законов и административных процедур имеет особое значение для привлечения к участию в проектах публично-частного партнерства иностранных частных инвесторов, которые обычно не так подробно осведомлены в части практики вступления в такие проекты и рисков их осуществления.

«Прозрачные» законы и административные процедуры содействуют открытости при принятии решений органами власти всех уровней. Поэтому принцип прозрачности является важной гарантией для частных партнеров от произвола органов публичной власти и их должностных лиц, которые наделены чрезвычайно широкими дискреционными полномочиями, и, как следствие, способствует укреплению доверия со стороны частных инвесторов и населения к государственным и муниципальным проектам по развитию инфраструктуры.

Принцип прозрачности также предполагает открытость взаимоотношений частных лиц и субъектов власти и управления и, как следствие, обязательное обнародование всех административных решений, связанных с проектом публично-частного партнерства, включая, если это уместно, обязанность указывать основания, на которых были приняты такие решения, и раскрывать информацию, представляющую публичный интерес.

В случаях, когда принимается решение о реализации проекта, затрагивающего интересы населения, проживающего на конкретной территории, должно учитываться согласие населения на реализацию такого проекта именно на этой территории. Поэтому планы, касающиеся таких проектов, должны быть известны неопределенному кругу лиц, проходить общественное обсуждение или подвергаться общественной экспертизе.

Помимо указанных сведений принцип прозрачности предполагает обнародование информации еще на стадии подготовки предполагаемых к реализации проектов, например, перечни проектных предложений, чтобы лица, потенциально заинтересованные в сотрудничестве, могли заранее знать о перспективах такого сотрудничества и оценить свои возможности для участия в них.

Что касается нашей страны, то в настоящий момент можно констатировать недостаточный уровень реализации в законодательстве принципа прозрачности применительно к проектам публично-частного партнерства. Федеральный закон от

¹¹ www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/model/03-90623_Ebook.pdf.

9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»¹² не содержит специальных норм о публично-частном партнерстве, устанавливая общие правила для всех органов государственной власти и местного самоуправления, их территориальных органов и подведомственных организаций, в частности, необходимость обнародовать сведения об использовании такими субъектами выделяемых бюджетных средств. Прозрачность отношений в сфере публично-частного партнерства основывается на его взаимосвязи с институтами бюджетного процесса и противодействия коррупции. Так, ст. 36 Бюджетного кодекса РФ устанавливает: обязательное опубликование в средствах массовой информации утвержденных бюджетов и отчетов об их исполнении, полноту представления информации о ходе исполнения бюджетов; обязательную открытость для общества и средств массовой информации проектов бюджетов, процедур рассмотрения и принятия решений по проектам бюджетов; обеспечение доступа к указанной информации, размещенной в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», на едином портале бюджетной системы РФ.

Специальное региональное законодательство о публично-частном партнерстве в целом имеет достаточно низкий уровень реализации принципа прозрачности. Так, нормы о публикации информации, связанной с публично-частным партнерством, на официальных сайтах органов власти предусматривают только 13 из 64 законов. При этом в основном предусматривается публикация извещений или сообщений о проведении конкурсов на право заключения соглашений либо сообщений о заключении соглашений или самих соглашений. Обнародование программ проектов публично-частного партнерства либо перечня проектных предложений, подлежащих разработке на основе публично-частного партнерства, допускают лишь два закона.¹³ Представляется, что такая ситуация является одним из факторов, препятствующих развитию института публично-частного партнерства в нашей стране, поскольку дефицит информации формирует у потенциальных частных партнеров предубеждение относительно вступления в соответствующие проекты.

В свете вышеизложенного положительную оценку следует дать Проекту закона о государственно-частном партнерстве, который, следуя принципу прозрачности, предусматривает создание единой информационной системы государственно-частного партнерства в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», призванной обеспечивать свободный бесплатный доступ к информации о проектах государственно-частного партнерства (ст. 10). В единой информационной системе государственно-частного партнерства должна содержаться следующая информация: информация о проектах государственно-частного партнерства; решения о реализации проектов государственно-частного партнерства; реестр соглашений о государственно-частном партнерстве; библиотека типовых соглашений о государственно-частном партнерстве; результаты мониторинга процесса реализации соглашений о государственно-частном партнерстве; отчеты о результатах проверок

¹² СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

¹³ Закон Новгородской области от 5 мая 2011 г. № 973-ОЗ «О государственно-частном партнерстве в Новгородской области» // Новгородские ведомости (официальный выпуск). 2011. 14 мая; Закон Оренбургской области от 24 августа 2012 г. № 1041/308-V-ОЗ «Об участии Оренбургской области в государственно-частном партнерстве» // Бюллетень Законодательного Собрания Оренбургской области. 2012. 15 авг.

исполнения частным партнером инвестиционных обязательств, эксплуатационных обязательств; конкурсная документация и информация о порядке осуществления конкурсных процедур; иная информация, подлежащая раскрытию. Информация, размещенная в единой информационной системе государственно-частного партнерства, должна быть полной, актуальной и достоверной.

Также ст. 8 Проекта закона о государственно-частном партнерстве устанавливает, что в случае, если общий объем публичного финансирования и частного финансирования проекта государственно-частного партнерства составляет более 100 млн руб., такой проект подлежит вынесению на общественное обсуждение, за исключением сведений, составляющих государственную тайну и иную охраняемую законом тайну.

Принцип справедливости выражается в том, что при правовом регулировании публично-частного партнерства должны быть учтены различные, иногда противоречащие друг другу интересы публичного образования, частных инвесторов, потребителей общедоступных товаров, работ, услуг и населения в целом. Должны учитываться коммерческие соображения частных инвесторов, право потребителей на получение надлежащих товаров, работ, услуг с точки зрения как качества, так и цены, ответственность публичного образования за обеспечение непрерывности предоставления важнейших товаров, работ, услуг и его роль в содействии развитию инфраструктуры, причем имеется в виду обеспечение справедливой сбалансированности таких интересов.

Данный принцип также подразумевает справедливое распределение между публичным и частным партнерами рисков, выгод, гарантий и обязанностей, связанных с исполнением соглашения о публично-частном партнерстве. Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, рекомендуют не устанавливать излишних законодательных или регулятивных ограничений применительно к способности публичного партнера согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям конкретного проекта публично-частного партнерства. Точное распределение рисков между публичным и частным партнерами должно определяться после рассмотрения ряда факторов, включая публичную заинтересованность в развитии соответствующей инфраструктуры и степень риска, с которым сталкиваются частный инвестор и кредиторы, а также степень их способности и готовности нести такие риски при приемлемых затратах. Надлежащее распределение рисков имеет существенное значение для уменьшения затрат на осуществление проектов и обеспечения успешной реализации проекта. И напротив, неудачное распределение рисков, связанных с проектом, может поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта или помешать его эффективному осуществлению, что увеличит затраты на предоставление соответствующего общественно значимого товара, работы, услуги.

Принцип справедливости означает сбалансированное сочетание норм публичного и частного права в регулировании отношений публично-частного партнерства. Как отмечает Ю. А. Тихомиров, резкое возвышение частного права за счет противопоставления и умаления роли публичного права чревато недооценкой внутренних связей между ними, и частное право не может существовать без публичного права, его институтов.¹⁴ Мы разделяем мнение А. В. Белицкой о том, что вопросы

¹⁴ Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 24–25.

лицензирования, разработки конкурсной документации, выработки критериев оценки конкурсных предложений, ограничения осуществления иностранных инвестиций и другие должны регулироваться императивными нормами, тогда как определение отдельных условий соглашений о публично-частном партнерстве должно оставаться в компетенции участников данного соглашения и регулироваться диспозитивными нормами.¹⁵

Российский законодатель постепенно движется от приоритетного положения публичного партнера в отношениях публично-частного партнерства к балансу интересов всех участников таких отношений. Примером могут служить изменения, внесенные в Закон о концессионных соглашениях в 2010–2013 гг.¹⁶ и создающие условия для привлечения частным партнером банковского финансирования, в частности, допустимость в отдельных случаях передачи в залог прав частного партнера в случае заключения «прямых» соглашений, возможность замены частного партнера, не исполнившего или исполнившего ненадлежащим образом свои обязанности по соглашению без проведения конкурса, предоставляющие частному партнеру дополнительные гарантии в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения публичным партнером своих обязанностей по соглашению и пр. Проект закона о государственно-частном партнерстве также содержит необходимый правовой инструментарий для соблюдения баланса интересов сторон соглашения о публично-частном партнерстве и населения.

Принцип долгосрочной устойчивости проектов публично-частного партнерства состоит в выработке правовых механизмов, обеспечивающих долгосрочный характер предоставления частным партнером общедоступных товаров, работ, услуг.

Недостаточно развитые правовые механизмы, не позволяющие на протяжении всего срока реализации проекта вне зависимости от наступления тех или иных негативных обстоятельств эксплуатировать и обслуживать объекты публичной инфраструктуры, существенно ограничивают эффективность проектов публично-частного партнерства во всех секторах экономики и непосредственно ведут к снижению качества товаров, работ, услуг и повышению затрат для потребителей.

Имеются в виду прежде всего неизменность правового режима, действующего на момент заключения соглашения о публично-частном партнерстве, на протяжении всего срока действия соглашения и защита интересов частного партнера в случае неблагоприятного для него изменения законодательства. Проектное финансирование требует точного прогнозирования капитальных затрат, поступлений и сметных затрат, расходов, налогов и финансовых обязательств частного партнера по проекту публично-частного партнерства. Чтобы иметь возможность с точностью

¹⁵ Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. С. 58.

¹⁶ Федеральные законы от 2 июля 2010 г. № 152-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и отдельные законодательные акты РФ» // СЗ РФ. 2010. № 27. Ст. 3436; от 7 декабря 2011 г. № 417-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием Федерального закона “О водоснабжении и водоотведении”» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7359; от 25 апреля 2012 г. № 38-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и ст. 16 Федерального закона “О Государственной компании “Российские автомобильные дороги” и о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ”» // СЗ РФ. 2012. № 18. Ст. 2130; от 7 мая 2013 г. № 103-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и отдельные законодательные акты РФ» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2330.

и определенностью спрогнозировать эти данные, а также разработать финансовую модель для проекта, обычно необходимо спроектировать «базовые» суммы поступлений, затрат и расходов частного партнера, с тем чтобы определить суммы заемных и собственных средств, которые могут быть покрыты проектом. Причем делать это, как правило, необходимо на длительный срок — часто на 15, 20 и более лет. При этом практически невозможно просчитать грядущие изменения законодательства, касающиеся, например, выдачи лицензий и разрешений, налогообложения, а также, в случае реализации частным партнером производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) или с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам), тенденцию изменения таких цен (тарифов) и надбавок. Поэтому в законодательство необходимо включать определенные гарантии защиты прав и интересов частного партнера в случае неблагоприятного изменения законодательства, в частности положения об условиях и порядке внесения соответствующих изменений в соглашение о публично-частном партнерстве.

Также принцип долгосрочной устойчивости проектов публично-частного партнерства подразумевает установление правовых механизмов, обеспечивающих защиту интересов публичного партнера и финансирующих организаций в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения частным партнером своих обязательств. Если в ходе осуществления проекта публично-частного партнерства возникнет угроза реализации проекта из-за существенного нарушения обязательств частным партнером или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля частного партнера, публичный партнер, скорее всего, будет заинтересован в том, чтобы избежать прекращения проекта. Ведь в противном случае публичному партнеру необходимо принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление. Интересы финансирующих организаций (кредиторов), главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, также пострадают от приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае нарушения обязательств частным партнером или возникновения препятствия для его деятельности кредиторы заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы по строительству (реконструкции) объекта соглашения не остались незавершенными и чтобы осуществлялась деятельность, приносящая прибыль. Поэтому законодательство должно содержать положения, дающие публичному партнеру и финансирующим организациям возможность передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому частному партнеру путем «принудительной» замены лица на стороне частного партнера в соглашении, так называемую процедуру «*step-in*».

Принцип долгосрочной устойчивости проектов публично-частного партнерства выражается еще и в обеспечении разумного баланса между предоставлением общедоступных товаров, работ, услуг на конкурентной основе и в ситуации существования монополии. Конкуренция может способствовать сокращению общих затрат и обеспечивать более значительные резервные мощности для предоставления важнейших товаров, работ, услуг. В некоторых сферах конкуренция также способствовала повышению рентабельности инвестиций в инфраструктуру, более пристальному учету потребностей потребителей и повышению качества общедоступных товаров, работ, услуг, что будет содействовать улучшению коммерческого климата во всех секторах экономики.

Российское законодательство предусматривает ряд положений, отражающих действие рассматриваемого принципа. Так, гарантии защиты прав и интересов частного партнера в случае неблагоприятного изменения законодательства, в частности, положения об условиях и порядке внесения соответствующих изменений в соглашение о публично-частном партнерстве, содержатся и в Законе о концессионных соглашениях (ст. 20), и в региональном законодательстве. Статья 16 Проекта закона о государственно-частном партнерстве также содержит положения об изменении соглашения с учетом негативных изменений фактических обстоятельств реализации проекта. Нормы о возможности в отдельных случаях «принудительной» замены лица на стороне частного партнера включены в Закон о концессионных соглашениях (ст. 5) и в Проект закона о государственно-частном партнерстве (ст. 5, 16).

Принцип отсутствия дискриминации на участие в проектах публично-частного партнерства выражается в том, что законодательство должно содержать нормы, обеспечивающие отбор частного партнера на конкурсной основе в качестве общего правила, а также четко обозначать случаи исключений, позволяющих заключение соглашений о публично-частном партнерстве без проведения конкурса. Выбор частного партнера должен проводиться на основе открытой, объективной и недискриминационной процедуры отбора, поощряющей конкуренцию и обеспечивающей баланс между необходимостью ускорения и удешевления процесса проведения торгов и выбором наилучшего предложения.

Открытость предполагает открытость проведения торгов, включая процедуру оценки конкурсных предложений. Информация о конкурсах на право заключения соглашения о публично-частном партнерстве должна быть доступна всем заинтересованным лицам, потенциальным частным партнерам. Критерии оценки выбора частного партнера и критерии определения цены соглашения по каждому проекту должны быть известны всем заинтересованным лицам. Участники торгов должны своевременно извещаться обо всех происходящих изменениях.

Объективность предполагает четкие, определенные и предсказуемые правила, которые обеспечивают порядок процедуры проведения конкурса, а также соблюдение правил и мониторинг их исполнения и предотвращают конфликт интересов. Мониторинг должен осуществляться независимым органом. Потенциальный частный партнер также должен иметь право обжаловать результаты торгов в судебном порядке.

Отсутствие дискриминации предполагает справедливое и беспристрастное отношение ко всем участникам торгов, национальным и иностранным. Критерии отбора частных партнеров должны быть объективными и недискриминационными, исключаями всякую предвзятость. Это означает, что технические и иные требования должны быть разработаны нейтрально, а не в интересах определенного участника торгов и его проектного предложения.

Выбор частного партнера без проведения конкурса должен осуществляться только в исключительных случаях, установленных законом, при этом необходимо установить в законе специальные процедуры и неукоснительно им следовать.

Российское законодательство в целом отражает рассматриваемый принцип. Так, Закон о концессионных соглашениях в ст. 13 устанавливает, что концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, за исключением случаев, установленных самим Законом

о концессионных соглашениях. Такие случаи перечислены в ст. 37 указанного Закона. Среди них можно выделить допустимые ситуации, когда, например, конкурс объявлен не состоявшимся в связи наличием только одного заявителя или только одного конкурсного предложения, однако заявитель и представленные им заявка и предложение соответствуют требованиям, установленным конкурсной документацией. Вместе с тем негативно следует оценить возможность заключения соглашения без проведения конкурса с концессионером, определенным решением Правительства РФ. На наш взгляд, данная норма может стать причиной коррупции. Согласно Закону о концессионных соглашениях по общему правилу должна применяться процедура открытого конкурса, а закрытый конкурс проводится в случаях, когда объект концессии составляет государственную тайну или имеет стратегическое значение для обеспечения обороноспособности страны.

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁷ устанавливает, что заключение договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и/или пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, может быть осуществлено только по результатам проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров (ст. 17¹). Также указанная статья закрепляет исчерпывающий перечень исключений из этого правила.

Как справедливо отмечает А. В. Белицкая, публичный партнер в отношениях публично-частного партнерства выступает как субъект хозяйственной деятельности, который на паритетных началах с частным партнером осуществляет проект, поэтому представляется вполне обоснованным применение общих принципов гражданского права к таким отношениям.¹⁸

Статья поступила в редакцию 17 сентября 2014 г.

¹⁷ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

¹⁸ Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. С. 60–61.