|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **№ 17 -**  **2 жовтня 2017 року** |  | **Віце-прем’єр-міністру -**  **Міністру економічного розвитку та**  **торгівлі України**  **Кубіву С.І.** |
|  | **КОПІЯ:** | **Міністру інфраструктури України**  **Омеляну В.В.** |

*Щодо Проекту Закону «Про концесію»*

***Шановний Степане Івановичу****!*

Від імені Ради директорів Американської торгівельної палати в Україні (далі – Палата) та компаній-членів засвідчуємо Вам глибоку повагу та звертаємось із наступним.

Експерти компаній-членів Палати детально та ґрунтовно проаналізували Проект Закону України «Про концесії» (далі – Законопроект). Базуючись на розумінні в тому числі діючого концесійного законодавства, яке не є досконалим з огляду на низку перепон, які перешкоджають ефективній реалізації проектів державно-приватного партнерства у формі концесії, експерти компаній-членів Палати дійшли загального висновку, що наданий на розгляд Законопроект не знімає таких перешкод; містить велику кількість загальних норм, що породжують суттєві ризики під час реалізації концесійних проектів (невизначеність дій учасників процесу; корупційні ризики; ризики зловживань зі сторони державних чиновників; передумови для затягувань процесів прийняття рішень тощо); в цілому – потребує детального доопрацювання та зміні.

Нижче наведені основні концептуальні зауваження до Законопроекту, які потребують суттєвих змін та переробки самих підходів, закладених у Законопроекті, після чого можна буде приступити до постатейних коментарів до Законопроекту зі сторони експертів компаній-членів Палати.

1. **Концесієдавці**

Законопроект, так само як і чинна редакція Закону України «Про концесії», зберігає високий рівень концентрації повноважень на вищих рівнях владної ієрархії. Поряд з прикладом про повноваження Кабінету Міністрів України (див. пункти 4 і 8 нижче), Законопроект зосереджує основне навантаження в процесі реалізації концесійного проекту на галузеві міністерства. На думку експертів компаній-членів Палати такий стан справ є однією з основних причин, які не дозволять забезпечувати якісні концесійні проекти.

Директиви ЄС про присудження договорів концесії 2014 року надають можливість національному законодавству, поряд з органами влади (“contracting authorities”), наділяти правами концесієдавця окрему категорію юридичних осіб державного сектору економіки (“contracting entities”), які отримали, так звані, «виняткові або спеціальні права» на здійснення певних видів діяльності. Зокрема, це може бути застосовано до українських підприємств – інфраструктурних монополістів: Укрзалізниці, Нафтогазу, Адміністрації морських портів України.

Надання прав концесієдавця Адміністрації морських портів України цілком відповідало б найбільш прогресивній практиці з управління морськими портами – моделі LandlordPort, де портова адміністрація здійснює від імені власника або власників (держави та/або муніципалітету) повноваження з управління та розпорядження базовою інфраструктурою та суперструктурою порту, зокрема але не обмежуючись, виступає в ролі орендодавця землі та державного майна, а також державного партнера у всіх інвестиційних проектах, що реалізуються на території порту.

Розуміючі базовий принцип державно-приватного партнерства, що стороною в концесійних проектах завжди виступає держава в особі відповідних юридичних осіб, що нею контролюються, компанії-члени Палати вважають, що закон про концесії має передбачати гнучкі механізми, які надають державі можливість визначати найбільш ефективну “конструкцію” її представництва у в кожному конкретному проекті ДПП.

Крім того запропонована авторами в ст. 23 Законопроекту схематика залучення на стороні концесієдавця третіх осіб (фактично йдеться про вищенаведені підприємства-монополісти) не вписується в договірну доктрину цивільного законодавства України, яка передбачає «багатосторонність угоди», якщо договір укладається більш ніж двома сторонами. У таких угодах не існує «третіх осіб», так само як і не існує «третіх осіб на стороні» інших сторін. У зв’язку з цим, юридична термінологія законопроекту має бути приведена у відповідність з Цивільним кодексом України.

1. **Необхідність істотного спрощення процедури прийняття рішення про реалізацію концесійного проекту та укладення концесійного договору**

Законопроект, на жаль, істотно не спрощує процедуру прийняття рішення про реалізацію концесійного проекту та укладення договору концесії. Так, для прийняття такого рішення необхідно пройти досить складний шлях, що включає в себе обов'язкове узгодження як мінімум з трьома міністерствами – органом управління, а також Мінекономіки та Мінфіном. При цьому, на розсуд органу управління може додатково знадобитися узгодження і з іншими органами.

Беручи до уваги специфіку узгодження подібних питань в міністерствах, а також існуючий досвід такого узгодження, процедура укладення концесійного договору ризикує затягнутися на кілька років, що не відповідає вимогам динамічного ринку.

У зв'язку з цим, на погляд експертів компаній-членів Палати, для того, щоб прийняття Законопроекту дійсно дало позитивний поштовх для розвитку вітчизняної економіки, а концесійний механізм ефективно запрацював, необхідно принциповим чином спростити процедуру укладання договору концесії (наприклад, обмеживши коло необхідних погоджень на рівні державних підприємств, а в окремих випадках (в залежності від вартості майна, що передається в концесією або очікуваного обсягу інвестицій) – на рівні органу управління (або додатково максимум Мінфін у випадках, коли проекти потребують залучення державного фінансування).

Крім того, Законопроект не передбачає граничних строків для надання всіх необхідних погоджень для укладення концесійного договору, що також буде сприяти затягуванню вказаних погоджень на практиці. Для того, щоб зробити концесійний механізм більш прозорим і ефективним, вважаємо за доцільне передбачити в Законопроекті зазначені граничні строки, а також положення про те, що якщо в такі строки той чи інший орган не надав свою відповідь на відповідний запит про надання необхідного погодження, то таке погодження автоматично вважається наданим.

На наш погляд, такі нововведення дозволять дисциплінувати державних службовців і не допускати безпідставне затягування погоджувальних процедур, як це відбуваєтеся сьогодні.

1. **Реєстраційний внесок (ст. 1, 8, 12, 13 Законопроекту)**

Законопроект передбачає необхідність сплати кожним претендентом, допущеним до участі у конкурсі пропозицій, реєстраційного внеску (ст.13 Законопроекту), розмір якого зазначається в інструкції для претендентів (ст.12 Законопроекту) та в умовах проведення концесійного конкурсу (ч. 4 ст. 8 Законопроекту). У той же час, законопроект не розкриває суть вказаного внеску (яка мета вказаного внеску, напрямки його використання), а також не містить таких необхідних положень, як розмір реєстраційного внеску (мінімальні/максимальні пороги), методику його визначення, на які рахунки він сплачується (державний бюджет чи рахунки концесієдавця, відкриті для вказаних цілей), випадки повернення реєстраційного внеску і т.д.

1. **Конкурсна комісія (ст. 7 Законопроекту)**

Законопроект (ч. 3 ст. 7) передбачає випадки організації та проведення конкурсу Кабінетом Міністрів України (об’єкт концесії є майно, вартість якого перевищує 1 млрд. грн. або очікуваний обсяг інвестицій становить 50 млн. євро).

У продовження коментарів, викладених у пункті 1, експерти компаній-членів Палати одностайно та категорично виступають проти безпосередньої участі Кабінету Міністрів України в концесійних конкурсах, оскільки: (1) такі функції не є притаманними найвищому органу виконавчої влади – Кабінету Міністрів України; наділення Уряду такими повноваженнями не відповідає, ані основним завданням, ані компетенції Кабінету Міністрів України, передбаченим Законом України №794-18 від 27.02.2017 р. «Про Кабінет Міністрів України»; (2) всі рішення Кабінету Міністрів України приймаються виключно у формі постанов та розпоряджень на основі спеціального регламенту, виявляється цілком ймовірним створення додаткових бюрократичних перепон, що будуть гальмувати і так вкрай розтягнуту концесійну процедуру.

Поряд з цим, вбачається, що залучення Кабінету Міністрів в концесійні процедури є вкрай необхідним у випадках прийняття рішень щодо координації дій та стимулювання окремих органів виконавчої влади, які за процедурою закону прямо не залучені до реалізації концесійного проекту, зокрема, обласних державних адміністрації – в частині вирішення земельних питань, органів центральної виконавчої влади – стосовно вирішення можливих питань щодо сприяння у наданні ліцензій, дозволів, проведенні експертиз тощо, необхідність отримання яких випливає з договору концесії.

Додатково слід зазначити, що раптове включення Кабінету Міністрів України у процедуру надання концесій в якості особи, яка, де-факто, проводить конкурс не знайшло свого системного відображення в тексті Законопроекту та не узгоджується з іншими нормами Законопроекту, що може призвести до суттєвих колізій в процесі їх практичного застосування.

Щодо складу конкурсної комісії: Законопроект передбачає, що до складу конкурсної комісії, яка утворюється концесієдавцем входять виключно представники органів державної влади та/або органів місцевого самоврядування (ч. 3 ст. 7), а залучення незалежних радників, можливо лише до роботи комісії (а не до складу) з правом дорадчого голосу (ч. 8 ст. 7). Оскільки здійснення проектів державно-приватного партнерства вимагає не лише спеціальних знань, а й постійної практики, залучення до складу комісії посадових осіб не підвищить якість складання умов концесії, розробки конкурсної документації та в решті визначення переможця конкурсу. У цьому сенсі законопроект має, навпаки, забезпечити створення умов для залучення в першу чергу (у тому числі на умовах найму) незалежних фахівців та експертів відповідно до індивідуальних вимог кожного проекту. Наявність факту проходження посадовими особами навчання з питань організації та проведення конкурсу навряд чи змінить ситуацію, оскільки такі посадові особи будуть виконувати обов’язки членів конкурсної комісії «без відриву від виробництва», що також буде негативним чином впливати на якість підготовки конкурсу. До складу конкурсної комісії логічно також включити балансоутримувача майна, що планується до передачі в концесію.

На відміну від чинного концесійного законодавства, Законопроектом передбачено затвердження для кожного окремого конкурсу положення про конкурсну комісію (п. 1 ч. 2 ст. 5). Враховуючи міжвідомчий характер такого положення (обов'язковість для інших міністерств, органів виконавчої влади, а також органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій), воно щоразу підлягатиме державній реєстрації в Міністерстві юстиції України, що в свою чергу ускладнює конкурсу процедуру. Необхідно розробити підзаконний нормативно-правовий акт, яким затвердити положення про конкурсну комісію.

Щодо залучення «незалежних недержавних експертів», які входять в якості постійних членів до складу конкурсних комісій, що створюються Кабінетом Міністрів України. У Законопроекті відсутні норми, які б регламентували правила обирання, призначення (чи іншої форми залучення (враховуючи їх незалежність) експертів до складу комісії). Законопроект також не визначає вимог до вказаних експертів, умов оплати та джерел фінансування. Поряд з вищенаведеним, законопроект не розкриває відмінність статусу постійних та тимчасових членів конкурсної комісії.

Подібні зауваження стосуються також регламентації статусу «незалежних радників», які можуть бути залучені до роботи конкурсної комісії. Основні положення щодо регламентації статусу таких радників: вимоги стосовно незалежності, кваліфікації, рівень визначення таких вимог (безпосередньо в законі чи на підзаконному рівні) тощо в законопроекті відсутні.

У зв’язку з вищезазначеним:

1. Пропонуємо розглянути як приклад порядку залучення радників Постанову КМУ №878 від 30.11.2016 (<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/878-2016-%D0%BF/print1443083481646335>) , при цьому врахувавши в критеріях відбору, що з одного боку успішний досвід реалізації концесій в Україні майже відсутній, проте в майбутньому це може бути доцільний критерій.
2. Щодо частини 2 статті 21 пропонуємо
   1. Третій абзац оновити наступним чином (за аналогією з відбором радника на Центренерго <http://www.spfu.gov.ua/userfiles/pdf/1-8-vidomosti-n42--1062-_10819.pdf>): «проведення перевірок/аналізу, в тому числі юридичної, фінансової, податкової, операційної/технічної»
   2. доповнити частину 2 такими трьома абзацами:
      1. «підготовка попереднього техніко-економічного обґрунтування та/або техніко-економічного обґрунтування;»
      2. «систематизація даних та підготовка електронної кімнати даних »
      3. «надання послуг щодо та/або супровід\* під час залучення надавачів послуг і під час надання ними послуг щодо проведення фінансового аудиту, екологічного аудиту та оцінки об'єкта концесії;»

- причина: аудити та оцінка – це сертифіковані види діяльності, які а) не може одночасно надавати одна юридична особа, б) цих українських сертифікатів/ліцензій нема у нерезидентів – це дискримінаційна умова.

(\*) Пропонуємо також визначити детальні умови такого супроводу на підзаконному рівні (наприклад, в акті Кабінету Міністрів), з урахуванням того, що:

1) для здійснення такого супроводу радник залучатиме третіх осіб (консультантів) на основі багатосторонніх договорів;

2) супровід радника обмежуватиметься такими основними питаннями, як допомога у переговорах для укладення відповідних договорів із третіми особами (консультантами); забезпечення своєчасного надання послуг консультантів для досягнення цілей залучення радника в цілому тощо.

3) радник не нестиме відповідальність за якість послуг третіх осіб (консультантів), в той час як консультанти нестимуть відповідальність за якість своїх послуг як перед радником, так і перед концесієдавцем

1. Крім того, пропонуємо розглянути можливість створення на базі МЕРТ / ДПП-офісів публічної бази експертів (за потреби – з проведенням попередніх конкурсів), які можуть залучатися до роботи конкурсних комісій з правом або без права голосу для покриття вузькоспеціалізованих питань (галузевих, технічних, регуляторних тощо). За потреби, МЕРТ/ДПП-офіси також будуть забезпечувати проведення необхідного навчання у сфері ДПП для відповідних експертів до їх залучення у комісії.

Варто також звернути увагу на те, що Законопроект не встановлює строку для формування конкурсної комісії, що потенційно може стати підґрунтям для затягування часу в рамках розроблення і реалізації концесійного проекту.

1. **Конкурсна документація (стаття 8 Законопроекту)**

Окремі положення статті 8 Законопроекту потребують вдосконалення з точки зору мінімізації процедурних ризиків та більш повного визначення умов проведення концесійного конкурсу.

По-перше, для вдосконалення положень законопроекту можна розглянути доцільність встановлення строків для:

1) подання конкурсною комісією на затвердження концесієдавцю конкурсної документації;

2) затвердження конкурсної документації концесієдавцем.

З моменту затвердження конкурсної документації відраховується строк для прийняття рішення про проведення концесійного конкурсу (стаття 9). Своєю чергою, з дня прийняття цього рішення відраховується строк для публікації оголошення про проведення концесійного конкурсу (стаття 11), яке фактично започатковує процедуру попереднього відбору.

Відповідно, відсутність строків для подання на затвердження і затвердження конкурсної документації може стати підставою для затягування концесійного конкурсу.

По-друге, слід розглянути доцільність доповнення частини четвертої статті 8 положенням про те, що умови проведення концесійного конкурсу також можуть передбачати порядок розподілу зобов'язань, пов'язаних із об'єктом концесії, між концесіонером та концесієдавцем (наприклад, повне чи часткове переведення зобов'язань, пов’язаних із об’єктом концесії, на концесієдавця). Це положення може дати концесієдавцю додаткову гнучкість: за потреби, разом із майном концесіонеру можуть передаватись певні пов’язані із ним зобов’язання, або ж вони можуть зберігатись за концесієдавцем (для підвищення інвестиційної привабливості концесії).

1. **Двоетапна процедура конкурсу пропозицій (ст. 14 Законопроекту)**

Законопроектом передбачена можливість проведення конкурсу пропозицій в один або в два етапи. При цьому двоетапна процедура застосовується тоді, «коли не визначено технічних, якісних характеристик проекту і для прийняття оптимального рішення необхідно провести переговори з учасниками».

Слід зазначити, що вказана норма знаходиться у дисонансі з законодавством про державно-приватне партнерство в частині здійснення аналізу ефективності концесійного проекту – етапу, на якому мають бути визначені у тому числі технічні та якісні характеристики проекту, від яких залежать економічні та фінансові показники проекту.

По-перше, якщо «не визначено технічних і якісних характеристик проекту», яким чином готується техніко-економічне обґрунтування, здійснюється аналіз ефективності та взагалі приймається рішення про доцільність концесії, що є передумовою прийняття рішення про проведення конкурсу?

По-друге, як свідчить зміст ч. 4 ст. 14 законопроекту, за результатами першого етапу, в ході якого учасники подають свої пропозиції щодо характеристики проекту, концесієдавець «вносить зміни до конкурсної документації та надсилає запрошення учасникам взяти участь у другому етапі…». Тобто, в даному випадку, концесієдавець керується невизначеними та невідомими критеріями при виборі проекту, на реалізацію якого оголошується другий етап конкурсу.

За таких обставин редакція ч. 3 та 4 ст. 14 має бути доопрацьована з метою уточнення формулювання «технічні та якісні характеристики проекту» та нівелювання корупційних ризиків.

Окремо варто звернути увагу на те, що стаття 14 законопроекту не регламентує особливостей одноетапної процедури (в яких випадках така процедура застосовується, строки подання, розгляду конкурсних пропозицій в межах одноетапної процедури тощо). Відповідно, положення законопроекту в частині регулювання основних питань одноетапної процедури потребують деталізації.

1. **Критерії оцінки конкурсних пропозицій (стаття 16 Законопроекту)**

Положення Законопроекту в частині визначення критеріїв оцінки конкурсних пропозицій потребують доопрацювання:

* ч п. 4 ч. 1 ст. 16 Законопроекту недостатньо чітко зрозуміло, про чиї «всі грошові потоки» (бюджету, концесіонера тощо) йде мова. Потенційно чиста поточна вартість концесійного платежу (п. 8 ч. 1 ст. 16) має бути достатнім критерієм для оцінки конкурсних пропозицій у цьому контексті;
* чиста поточна вартість витрат на експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування є доволі спірним (якщо взагалі потрібним) з економічної точки зору критерієм оцінки. Потенційно навіть чиста поточна вартість капітальних інвестицій не є у всіх випадках критерієм оцінки (натомість щодо капітальних інвестицій у деяких випадках використовують pass/fail test);
* в контексті критерію про чисту поточну вартість концесійного платежу, а також критеріїв у пунктах 4 і 5 ч. 1 ст. 16 Законопроекту, звертаємо увагу на ймовірність ризику неналежного контролю за розрахунком середньозваженої вартості капіталу (WACC). Конкурсні умови повинні визначати чіткі вимоги щодо розрахунку середньозваженої вартості капіталу (зазвичай на практиці для цього застосовуються знижені ставки, встановлені органами влади, у поєднанні із вартістю капіталу);

Для вдосконалення положень щодо критеріїв оцінки ст. 16 Законопроекту також можна доповнити критеріями щодо:

* вартості капітальних інвестицій/витрат, пов'язаних із соціальними зобов'язаннями (щодо інфраструктурних об'єктів, збільшення кількості робочих місць тощо);
* часу, необхідного для завершення будівництва (реконструкції) об'єкта концесії;
* загального строку концесії;
* порогу внутрішньої ставки доходу (IRR), досягнення якого потрібне для завершення концесійного проекту (при цьому цей критерій пропонуємо об’єднати з NPV та періодом окупності в один цілісний)
* рівнів тарифів для споживачів (наприклад, максимальний розмір тарифу за проїзд по платній дорозі).

1. **Механізм «трансформації» оренди в концесію (ст. 19 Законопроекту)**

Як свідчить аналіз змісту вказаної норми, Кабінет Міністрів України може прийняти рішення про укладення концесійного договору шляхом процедури «прямих переговорів» у випадку отримання позитивного висновку за результатами здійснення державно-приватного партнерства у формі концесії. Основні коментарі:

* у продовження до коментарів, викладених у пункті 1, експерти компаній-членів Палати не вбачають необхідності ескалювати прийняття рішення щодо трансформації оренди в концесію на рівні Кабінету Міністрів України; логічним є прийняття відповідного рішення на рівні органу управління (рішення про укладення або відмову в укладенні договору оренди приймається органом управління);
* Законопроект визначає лише декларативні норми та не конкретизує порядок (алгоритм) застосування цієї процедури (на якій стадії та ким (Фондом державного майна України чи галузевим міністерством) приймається рішення про доцільність концесії; які вимоги до потенційного концесіонера; як будуть враховуватись здійснені орендарем поліпшення, чи будуть вони включені до об’єкту концесії, чи буде на них нараховуватись концесійний платіж тощо; щодо трансформації інвестиційних зобов’язань орендаря за договором оренди в концесійний договір: має бути визначений механізм (ця умова може потенційно обмежити можливості укладення концесійних договорів для добросовісних орендарів (наприклад, міжнародних портових операторів, які розглядають можливість оренди портових об'єктів без здійснення поліпшень із перспективою подальшого переходу до концесії). Відповідні положення законопроекту потрібно вдосконалити так, щоб надати змогу добросовісним орендарям укладати концесійні договори на позаконкурсній основі (з обов'язковим здійсненням поліпшень відповідних об'єктів у разі переходу до концесії) і встановити більш ефективні гарантії проти зловживань правом переходу від оренди до концесії.
* мають бути передбачені умови, за яких відбувається трансформація оренди в концесію, оскільки будь-який концесійний проект передбачає розвиток інфраструктури та підвищення ефективності бізнесу в цілому, механізм має містити умови щодо початку реалізації інвестиційного проекту на основі орендованого майна та землі, на якій воно розташоване;
* Законопроект не містить обмеження щодо розповсюдження правил «трансформації» оренди в концесію, за умови укладення договору оренди до набуття чинності новим законом про концесії. Таке обмеження видається цілком логічним, оскільки паралельно із концесійною процедурою буде існувати альтернативна – орендна процедура, яка дозволятиме поза конкурсом отримувати права на концесію.
* Законопроект поширює зазначені норми щодо «трансформації у концесію» лише на орендні договори, на підставі яких дійсно останніми роками реалізовувалась левова частка всіх інвестиційних проектів у державному секторі економіки. Однак все ж таки деякі інвестиції вносились на підставі інших інструментів (зокрема, договорів спільної діяльності і інвестиційних договорів). У зв'язку з цим, на наш погляд, було б справедливим передбачити аналогічний механізм «трансформації в концесію» не тільки орендних, але і зазначених альтернативних договорів за умови дотримання обов’язкових критеріїв для такої трансформації.

Для врахування цих коментарів, пропонуємо:

1. Встановити обмеження застосування цієї опції - тільки для договорів оренди, укладених до прийняття цього Закону – або будь-яке інше доцільне часове обмеження;
2. Уточнити, що запропонований об’єкт для концесії може додатково включати інше майно, яке необхідне для реалізації проекту (приклад – причали, додаткові складські площадки, тощо)
3. Уточнити, що запропонований проект і об’єкт концесії при переході з оренди всеодно повинні відповідати критеріям концесії, в т.ч. передбачати розвиток (з урахуванням вже здійснених інвестицій, факт здійснення яких може бути підтверджено створеними активами, погодженими поліпшеннями орендованого майна, іншими законними шляхами)
4. **Зміна, розірвання та припинення концесійного договору (стаття 25 Законопроекту)**

Звертаємо увагу на потенційні ризики для зловживань, пов'язані із можливістю розірвати концесійний договір на вимогу однієї із сторін у разі істотної зміни обставин (як зазначено в частині третій статті 25 Законопроекту). Відзначимо, що відповідно до положень статті 652 Цивільного кодексу України договір може бути розірваний у разі істотної зміни обставин за згодою сторін.

1. **Заміна концесіонера (ст. 27 Законопроекту)**

Існуюча редакція законопроекту недостатньо чітко регулює питання заміни концесіонера (в тому числі, в контексті прямих договорів).

По-перше, варто передбачити вищий поріг для заміни концесіонера. Згідно з рекомендаціями UNCITRAL таке право повинне пов’язуватися з настанням підстав для припинення концесійного договору концесієдавцем (тобто неможливістю подальшої реалізації проекту концесіонером).

По-друге, незрозуміло, що означає формулювання “право вступу в концесійний договір та заміни концесіонера” (ч.2 ст.27 законопроекту): (і) лише ініціювання заміни концесіонера, (іі) заміну концесіонера кредитором (безпосередньо або через спеціально створену компанію) як сторони концесійного договору (інших договорів в межах концесійного проекту), (ііі) чи є право вступу в концесійний договір та заміни концесіонера тимчасовими або постійними.

По-третє, залишаються неврегульованими питання процедури заміни концесіонера, розподілу витрат та відповідальності у зв’язку із заміною концесіонера та механізму заміни концесіонера у разі його банкрутства.

Звертаємо увагу на те, що процедура заміни приватного партнера, передбачена Порядком заміни приватного партнера за договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України № 298 від 26 квітня 2017 р., встановлює конкурсну процедуру заміни приватного партнера з переукладенням договору з переможцем конкурсу, що в силу ряду недоліків встановленої процедури не дозволяє забезпечити ефективну заміну приватного партнера для подальшої реалізації проекту.

1. **Прямий договір (ст. 27-1 Законопроекту)**

За Законопроектом, прямий договір має бути укладений не пізніше вступу в силу концесійного договору. Вважаємо, що концесієдавець, концесіонер та кредитор повинні мати можливість прийняти рішення щодо необхідності укладення прямого договору та визначити час укладення прямого договору залежно від умов конкретного концесійного проекту.

1. **Правовий режим об’єктів концесії та права власності концесіонера на збудовані об’єкти (ст. 28 Законопроекту)**

Згідно ч. 3 ст. 28 Законопроекту передбачається, що концесіонер може набути право власності на нерухоме майно, яке «збудоване на підставі та у відповідності до умов концесійного договору» та «є об’єктом концесії». Припинення або розірвання концесійного договору є підставою для припинення права власності концесіонера на вказане майно та набуття його у власність держави або відповідної територіальної громади. Мова йде про обумовлене часом тобто «тимчасове» право власності концесіонера на «збудований об’єкт концесії».

У контексті запропонованої в Законопроекті правової моделі, слід звернути увагу на неузгодженість деяких норм та низку інших недоліків, які породжують правові та фінансові ризики для обох сторін концесійного договору. Зокрема, вказані положення Законопроекту:

* не узгоджені з поняттям «об’єкт концесії» (абз. 13 ст. 1), оскільки «об’єкти концесії» – це «об'єкти права державної чи комунальної власності», які «надаються концесіонеру або створюються концесіонером в процесі виконання концесійного договору», що в свою чергу виключає можливість виникнення на них права приватної власності;
* не враховують положення містобудівного законодавства в частині застосування поняття «збудовані», оскільки згідно Закону України №3038-17 від 17.02.2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» (ч. 3 ст. 10) та ДБН А.2.2-3-2014 «Склад та зміст проектної документації на будівництво» (п. 3.2) під «будівництвом» мається на увазі як нове будівництво, так і реконструкція, реставрація та капітальний ремонт об’єктів будівництва. Відповідно, не зрозуміло про які саме об’єкти йде мова – нові, що не передавались концесіонеру та були збудовані ним самостійно (greenfieldproject) чи збудовані концесіонером в результаті реконструкції шляхом демонтажу існуючих та створення нових, тощо. Вказана невизначеність призводить також до неузгодженості ч. 3 ст. 28 з ч. 1 цієї ж статті, оскільки в ч. 1 передбачено, що «реконструкція концесіонером існуючого об’єкту концесії» не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт до концесіонера та не припиняє права державної чи комунальної власності на ці об'єкти». Відповідно, доля майна, яке входить до складу цілісного майнового комплексу, переданого в концесію, фактично залишається незрозумілою;
* містять виключно декларативні норми стосовно зміни права власності у разі припинення договору концесії, при цьому не встановлюють обов’язок концесіонера передати «збудоване» майно, а також механізм такої передачі;
* не враховують загальні правила «права власності», в результаті чого створюють передумови для втрати державою права власності не лише на “збудовані” концесіонером об’єкти, а й на ті, що були передані концесіонеру у складі об’єкту концесії. Так, набуваючи право власності на «збудований об’єкт» (як вже зазначалося мова може йти і про нові об’єкти, і про збудовані взамін існуючим в ході реконструкції), концесіонер отримує всі права, притаманні власнику, зокрема: володіти, користуватись та розпоряджатись майном (ст. 317 Цивільного кодексу України). Відповідно, «збудовані концесіонером об’єкти» можуть стати предметом застави та перейти у власність третіх осіб, в разі звернення стягнення на вказане майно (ст. 576 Цивільного кодексу України, Закон України №2654-12 від 02.10.1992 р.«Про заставу», Закон України №898-15 від 05.06.2003 р. «Про іпотеку»). Крім того, таке майно може слугувати для формування статутного капіталу іншого господарського товариства (ст. 86 Господарського кодексу України, ст. 13 Закону України №1576-12 від 19.09.1991 р. «Про господарські товариства»), що теж призведе до переходу права власності на вказані об’єкти третім особам (ст. 85 Господарського кодексу України). Відповідно, «тимчасова власність» концесіонера може призвести до того, що концесіонеру нічого буде повертати державі у разі припинення договору концесії. Поряд з цим, у разі розірвання концесійного договору у зв'язку з порушенням зобов’язань концесієдавцем, концесієдавець має відшкодувати концесіонеру внесені ним інвестиції в частині, що не була відшкодована протягом дії такого договору (ч. 5 ст. 25), що також свідчить про необхідність доопрацювання запропонованого механізму.

1. **Передача майнових прав, що випливають з договору концесії, на користь третіх осіб (ч. 5 ст. 28 Законопроекту)**

Чинне концесійне законодавство не містить механізму забезпечення кредитних зобов’язань за рахунок передачі майнових прав на об’єкт концесії (реалізувати такий предмет застави за стандартною процедурою, регламентованою діючим законодавством України неможливо).

Запропонований Законопроект також не вирішує вказаної проблеми, залишаючись по суті на тому ж рівні, що й існуюча редакція Закону України № 997-14 від 16.07.1999 р. «Про концесії», - виключно декларує можливість передачі таких прав третій особі, залишаючись «мертвою» нормою.

З огляду на це в Законопроекті необхідно передбачити механізм звернення стягнення на предмет застави, в тому числі шляхом викладення у Перехідних положеннях Законопроекту (які наразі відсутні) змін до діючого законодавства (в т.ч. Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів»).

1. **Земельні питання (ст. ст. 29-31 Законопроекту)**

Питання передачі прав на земельну ділянку концесіонеру було і залишається одним із основних, що стримує реалізацію більшості концесійних проектів. Міністерство інфраструктури України або будь-який інший центральний орган виконавчої влади, що є потенційним концесієдавцем, не уповноважений здійснювати розпорядження земельними ділянками, що виключає можливість передачі в концесію об’єктів разом із землею. Такими повноваженнями наділені сільські, селищні, міські ради / обласні державні адміністрації, які, де-юре, не залучені до концесійного процесу. Отже відсутність нормативної узгодженості щодо вчасного отримання концесіонером прав на землю спричиняє значні ризики для успішної реалізації концесійного проекту.

Законопроект вказані проблеми не вирішує, натомість з’явилось ряд нових понять і процедур, що є неробочими та неадаптованими до української моделі функціонування земельних відносин, а саме:

* Законопроект на наділяє консесієдавця повноваженнями, які б дозволили йому вирішувати питання земельних ділянок, в результаті чого він є «заручником ситуації» та залежить від своєчасності прийняття рішень іншими органами, йому не підконтрольними та підлеглими;
* Законопроект містить норму, якою передбачено розірвання концесійного договору у разі не забезпечення концесієдавцем концесіонера правами на земельні ділянки: дана норма не є прогресивною та не запроваджує механізму вирішення питання по суті; концесіонер, уклавши концесійний договір, зацікавлений у реалізації концесійного проекту, а не в розірванні договору. Законопроект має створити механізм вирішення питання, який наразі відсутній;
* Законопроектом пропонується наступний порядок оформлення прав на земельні ділянки: якщо відповідно до умов концесійного конкурсу концесіонер виступатиме замовником будівництва – передбачається відмова державного підприємства, установи, організації, що є землекористувачем земельної ділянки, від права користування земельною ділянкою (ч. 2 ст. 29, ч. 2 ст. 31) та обов’язок розпорядника земельної ділянки передати її у користування концесіонеру. Така передача здійснюється на підставі звернення концесієдавця. При цьому забезпечення розробки та затвердження необхідної документації із землеустрою є обов’язком концесієдавця. Фінансування вказаних робіт здійснюється за рахунок коштів державного, місцевого бюджетів або коштів підприємств, установ, організацій, що належать до сфери управління концесієдавця, інших не заборонених джерел. Зазначені витрати відшкодовуються концесіонером (абз. 2-5 ч. 1 ст. 31 Законопроекту). Щодо даної норми:
* Законопроект не конкретизує, які саме підприємства зобов’язані відмовитись від належних їм земельних ділянок і на підставі якого правового акту.
* Законопроект не визначає порядок дій у випадках, коли в концесію передається окреме майно або структурний підрозділ підприємства, а все підприємство розміщене на одній земельній ділянці. Невирішеність даного питання призведе до затягнення передачі концесіонеру прав на земельну ділянку на тривалі строки.
* звернення концесієдавця до розпорядника земельними ділянками суперечить земельному законодавству, оскільки відповідне клопотання має подати особа, зацікавлена в одержанні в користування земельної ділянки (ст. 123 Земельного кодексу України).

Цілком очевидно, що ці питання повинні вирішуватись не після укладення концесійного договору, а на етапі підготовки до конкурсу, а запропонована схема не вирішує проблему, а ще більш її поглиблює.

* Якщо відповідно до умов концесійного конкурсу концесіонер не виступатиме замовником будівництва – передбачено обов’язок державного підприємства, установи, організації, що є землекористувачем та, відповідно, замовником будівництва, укласти із концесіонером “договір про делегування функцій замовника будівництва” (ч. 2 ст. 29 Законопроекту): дану норму необхідно деталізувати.
* Законопроект також передбачає новий порядок розробки та затвердження детального плану територій (ст. 30 Законопроекту), в результаті якого розпорядники земельних ділянок фактично втрачають повноваження в цій частині, що в свою чергу суперечить основним засадам земельного та містобудівного законодавства та свідчить про наділення, зокрема, відповідних центральних органів виконавчої влади неприманними їм функціями.

Таким чином, запропоновані законопроектом зміни в аспекті земельних питань є неузгодженими між собою та діючим законодавством України та передбачають необхідність змін в земельне та містобудівне законодавство, що також не враховано в Законопроекті.

1. **Щодо припинення діяльності підприємств, майно яких надано в концесію, та правонаступництва (ст. 32 Законопроекту)**

Згідно ст. 32 Законопроекту передбачається, що підприємства, установи та організації можуть бути ліквідовані у випадку передачі всього їх майна у концесію. В такому разі право господарського відання та оперативного управління підприємств, установ, організацій на об’єкт концесії припиняється з моменту передачі їх концесіонеру.

Аналіз змісту вказаної норми, а також змісту законопроекту в цілому, свідчить про те, що розробники Законопроекту не закладали ідею правонаступництва при передачі в концесію цілісного майнового комплексу державного підприємства, що, на наш погляд, може призвести до правового колапсу під час реалізації проекту.

Передача всього майна в концесію з подальшою ліквідацією державного підприємства залишає відкритими ряд питань, пов’язаних, зокрема, із невиконаними зобов’язаннями підприємства, із соціальними гарантіями працівників і т.д.

В той же час, вказані питання можливо врегулювати при застосуванні процедури правонаступництва.

Так, правонаступництво – перехід майна, прав та обов’язків до правонаступників юридичної особи (ст. 104 Цивільного кодексу України), при цьому це підстава для заміни кредитора в зобов’язанні (п. 2 ч. 1 ст. 512 Цивільного кодексу України), сторони в судових процесах (ст. 25 Господарського кодексу України, ст. 55 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 37 Цивільного процесуального кодексу України), сторони у виконавчому провадженні (ст. 15 Закону України №1404-19 від 02.06.2016 р. «Про виконавче провадження») тощо.

Можливість застосування вказаної опції є вкрай важливою та дозволить забезпечити безперебійне функціонування підприємства, майно якого планується передати в концесію. При цьому така опція повинна бути передбачена на рівні вказаного законопроекту, оскільки за загальним правилом правонаступництво відбувається лише в результаті реорганізації, тобто злиття, приєднання, поділу, перетворення (ст. 104 Цивільного кодексу України). Окремі випадки та умови правонаступництва передбачаються спеціальними законами. Наприклад, Закон України №2269-12 від 10.04.1992 р. «Про оренду державного та комунального майна» передбачає, що орендар стає правонаступником прав та обов'язків підприємства відповідно до договору оренди (абз. 1 ст. 15). Діючий Закон України «Про концесії» хоч і не передбачає загального правонаступництва, дозволяє встановити порядок передачі концесіонеру прав та обов'язків підприємства, цілісний майновий комплекс якого надається у концесію, умовами концесійного конкурсу (абз. 5 ч.5 ст. 3 Закону України «Про концесії»).

Крім того, з метою належної реалізації концесійного проекту, доцільно на рівні законопроекту врегулювати питання щодо оборотних матеріальних активів, кредиторської та дебіторської заборгованості, грошових коштів та цінних паперів підприємства, що ліквідується, та їх передачі концесіонеру на особливих умовах (викуп, кредит тощо).

1. **Концесійний платіж (ст. 33 Законопроекту)**

Однією з проблем чинного концесійного законодавства вважалося недостатнє регулювання відносин, пов’язаних з правилами формування концесійних платежів. Запропонований Законопроект вказану проблему принципово не вирішує та породжує низку додаткових:

* не визначає підходів до розрахунку та порядку сплати концесійних платежів для різних видів концесії (концесія на створення об’єкту концесії, концесія на управління, концесія на надання суспільно значимих послуг);
* не встановлює алгоритму дій для ситуацій, коли склад об’єкту концесії зменшується (списання) чи збільшується (передача з боку держави нових об’єктів);
* практично не регулює особливості сплати концесійних платежів у разі створення нових об’єктів (фактично це питання виноситься на рівень формування умов договору);
* не містить жодних вказівок щодо механізму формування одноразової фіксованої плати, що створює умови для формування корупційних ризиків;
* не передбачає право державного підприємства – балансоутримувача державного майна, що передається в концесію, на отримання концесійного платежу концесіонера (або його частини), оскільки за запропонованою редакцією 100% концесійного платежу підлягає сплаті до державного або місцевого бюджету (в той час як, наприклад, у випадку з орендою 30% розміру орендної плати сплачується на користь балансоутримувача об'єкта оренди). Це робить оренду більш привабливим і вигідним правовим інструментом в очах керівництва державних підприємств, в порівнянні з концесією. І якщо цей принцип не буде змінений, то можна припустити потенційну протидію керівників державних підприємств проти концесійного сценарію розвитку державної інфраструктури, зокрема, проти описаної трансформації орендних договорів в концесійні, що також передбачено положеннями Законопроекту;
* створює багато невизначеностей щодо платежів концесієдавця на користь концесіонера (плата за готовність (доступність) об’єкта концесії та інший платіж, передбачений концесійним договором): відсутні будь-які механізми до порядку формування плати за готовність (доступність) об’єкта концесії і взагалі не дає відповіді на питання, яким може бути «інший платіж, передбачений концесійним договором», які критерії до такого платежу, що в цілому створює передумови для корупції щодо відповідних платежів.

Виходячи з вище наведеного, вважаємо, що вказані положення Законопроекту потребують детального глибинного доопрацювання. Водночас, експерти компаній-членів Палати готові долучитися до робочої групи для напрацювання консолідованих рішень.

З будь-яких питань, що можуть виникнути у Вас у зв'язку із викладеним вище, просимо відповідальну особу з Вашого офісу зв'язуватися з нами за телефоном 490 5800 (контактна особа - Богдан Іванюк, менеджер з питань стратегічного розвитку) або електронною поштою за адресою[bivaniuk@chamber.ua](mailto:bivaniuk@chamber.ua).

**З повагою,**

**Президент Андрій Гундер**