

## ВУЗЛОВІ ОСОБЛИВОСТІ КОНЦЕСІЙНИХ ДОГОВОРІВ У СФЕРІ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Вінницький національний технічний університет

### *Анотація*

*У статті проаналізовано концесію як найбільш розповсюджену форму реалізації ДПП. Визначено особливості концесійного договору відповідно до нового Закону України «Про концесію», а саме: новий порядок визначення концесіонера, зокрема через концесійний конкурс та конкурентний діалог як різновид концесійного конкурсу; новий порядок укладення концесійного договору; істотні умови та сторони концесійного договору; відповідальність концесіонера.*

**Ключові слова:** державно-приватне партнерство, концесія, концесійний проект, концесійний договір, концесійні відносини, концесіодавець, концесіонер.

### *Summary*

*The article analyzes concession as the most widespread form of PPP implementation. The specifics of the concession agreement in accordance with the new Law of Ukraine "On Concession" are defined, namely: the new procedure for determining the concessionaire, in particular through the concession tender and competitive dialogue as a type of concession tender; a new procedure for concluding a concession agreement; the essential conditions and parties to the concession agreement; the responsibility of the concessionaire.*

**Keywords:** public-private partnership, concession, concession project, concession agreement, concession relations, concessionaire.

### **Вступ**

Одним із інструментів, що дозволить залучити в державний сектор економіки додаткові інвестиційні ресурси та сприятиме розвитку партнерських відносин держави та бізнесу, є державно-приватне партнерство, яке в сьгоднішніх умовах розвитку економіки України є досить актуальною формою співробітництва між державними та приватними партнерами, нагальною вимогою сьогодення.

При цьому, досвід багатьох країн з різними економічними системами, рівнем розвитку ринкових відносин свідчить про те, що одним з найбільш ефективних шляхів покращення кількісних і якісних характеристик діяльності об'єктів державної та комунальної власності є залучення до фінансування і управління цими об'єктами приватного капіталу на умовах державно-приватного партнерства (далі – ДПП). Разом з цим, концесія є найбільш поширеною у світі формою здійснення державно-приватного партнерства.

### **Результати дослідження**

Світовий досвід показує, що державно-приватне партнерство є ефективним методом залучення приватного капіталу у стратегічні сфери економіки, розвиток, модернізація та впровадження інноваційних технологій в які відбувається переважно завдяки державним внескам.

Зокрема, згідно зі статистичними даними European PPP Expertise Centre (Market Update: Review of the European PPP Market in 2018), [1] в Європі у 2018 році у проекти ДПП було залучено понад 14,6 млрд євро. «ТОП-5» секторів економіки з найбільшою часткою реалізованих проектів ДПП у Європі – це інфраструктура, телекомунікаційний сектор, освіта, екологія та охорона здоров'я. Беззаперечним лідером у вартісному вираженні реалізованих проектів ДПП на європейських ринках є сфера

інфраструктури, а в кількісному – сфера освіти. При цьому, як вбачається з міжнародної практики, найбільш розповсюдженою формою реалізації проєктів ДПП є концесія. Зокрема, лише в країнах Європейського Союзу на умовах концесії було побудовано та експлуатується понад 50 тис. км доріг.

Фундаментом будь-якого концесійного проєкту ДПП є концесійний договір. Однак перш ніж розглянути юридичні тонкощі договорів концесії як найбільш розповсюдженої форми ДПП, варто звернути увагу на системні проблеми нормативно-правової бази, що обумовлюють актуальний стан розвитку національного ринку ДПП.

За статистичними даними Міністерства економічного розвитку та торгівлі, станом на липень 2019 р. в Україні на засадах ДПП було укладено 186 договорів, з яких у процесі активної реалізації перебувають лише 52 договори (з них 35 договорів концесії, 15 договорів про спільну діяльність та 2 договори інших видів). При цьому 134 договори взагалі не реалізуються (у 4 договорів закінчився термін дії, 17 договорів були розірвані, 113 договорів не виконуються без зазначення причини) [2].

Водночас, як стверджувалось у Проєктному офісі з розвитку ДПП SP3ILNO при Міністерстві інфраструктури України, наразі центральні та місцеві органи виконавчої влади визначили понад 300 об'єктів у різних сферах економіки, щодо яких у майбутньому планується реалізовувати проєкти із застосуванням механізму ДПП.

Як вбачається із зазначеного вище, економіка України дійсно потребує залучення приватних фінансових ресурсів, що забезпечать її поступове зміцнення. Однак національний ринок ДПП наразі розбудовується дуже повільно, а потенційні приватні партнери не поспішають інвестувати свої кошти в економіку України за допомогою механізмів ДПП.

Серед ключових причин «гальмування» розвитку ДПП, насамперед, варто відзначити недосконалість нормативно-правової бази, що регулює правовідносини у цій сфері. Зокрема, ключовим нормативно-правовим актом є Закон України «Про державно-приватне партнерство» [3].

Також варто зазначити прийнятий у жовтні 2019 року новий Закон України «Про концесію» [4], який має удосконалити правове регулювання концесійної діяльності та гармонізувати законодавство про концесії із законодавством про державно-приватне партнерство, та який передбачає умови залучення приватного капіталу до управління держмайном.

До моменту прийняття нового Закону питання концесії регулювалися чотирма різними Законами, що суперечать один одному. Метою та завданням нового Закону є те, що застосування механізму концесії дозволить державі залучити значні приватні інвестиції для модернізації і підвищення ефективності використання інфраструктурних об'єктів (морські та річкові порти, дороги, аеропорти).

Також новий Закон «Про концесію» вирішує одну з основних проблем, яку заважали реалізувати проєкти ДПП – неоднозначність і неузгодженість процедур щодо початку такої взаємодії. Так, Закон про ДПП, визнаючи концесію однією з форм ДПП, визначав свою процедуру ініціювання партнерства, проведення конкурсу з відбору приватного партнера та вирішення інших організаційних питань. Втім, Закон «Про концесії» 1999 року встановлював іншу процедуру ініціювання концесії та відбору концесіонера. Тобто для інвестора ці процеси були закладними, не до кінця зрозумілими, не мали чітко прописаних правил – ну хто захоче з такого починати справу?

Новий же Закон «Про концесію» встановлює чіткі процедури: ініціювання та прийняття рішення щодо здійснення ДПП, у тому числі концесії; процедуру проведення концесійного конкурсу; вибору концесіонера (приватного партнера).

Тепер їх можна обирати за конкурсом або конкурентним діалогом, процедура проведення яких відповідає кращій міжнародній практиці (зокрема, «Типовим законодавчим положенням щодо проєктів у сфері інфраструктури, які фінансуються з приватних джерел», ЮНСІТРАЛ). А у випадку укладання концесії з орендарем державного майна – за результатами прямих переговорів з ним. Учасниками концесійних відносин тепер можуть бути не тільки концесіодавець, концесіонер та претендент, як передбачало попереднє законодавство. До цього кола тепер також можуть входити користувачі (ті, хто користується об'єктом концесії), кредитори (фінансові установи, міжнародні фінансові організації, які надали або мають намір надати боргове фінансування чи видали гарантію концесіонеру для виконання ним зобов'язань за концесійним договором), незалежні експерти та радники.

Щодо договірних форм, які можуть бути застосовані у сфері ДПП, то у ст. 5 Закону про ДПП вказується, що основними договірними формами, в яких можуть бути реалізовані проєкти ДПП, є

концесія, управління майном, спільна діяльність та інші договори (за умови, що такі договори відповідають сутності (ознакам) ДПП).

До того ж, якщо жодна з передбачених ч. 5 Закону про ДПП договірних форм не відображає сутності певного проекту ДПП, сторони не обмежені у можливості реалізувати такий проект на підставі змішаного договору, який міститиме елементи різних договорів та умови якого визначатимуться відповідно до норм цивільного законодавства.

Отже, чинне законодавство не обмежує державного та приватного партнера у виборі договірної форми, в якій буде реалізований кожен окремих проект. Натомість, спираючись на принципи здійснення ДПП, правова форма, обрана для реалізації проекту, повинна не тільки забезпечити фінансову привабливість та безпеку для інвестора та держави, але й сприяти досягненню позитивної мети – вдосконалювати стратегічну сферу економіки, в якій реалізується цей проект.

Акцентуємо увагу на ключових особливостях концесійних договорів у сфері ДПП. Як вище вже було зазначено, станом на липень 2019 р. 35 із 52 договорів у сфері ДПП, що перебувають у процесі реалізації в Україні, є договорами концесії. Також вказана договірною формою переважає серед укладених у сфері ДПП договорів, які з тих чи інших причин не реалізуються. За даними Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, концесійні договори як форма здійснення ДПП становлять близько 80% від загальної кількості договорів у зазначеній сфері. Переважно на концесійних засадах проекти ДПП реалізуються у сфері житлово-комунальних послуг (збір, очищення та розподілення води, оброблення відходів тощо).

Загальне тлумачення поняття концесійного договору та його істотних умов міститься в Законі України «Про концесію». У ст. 1 цього Закону визначено, що договором концесії є зареєстрований у встановленому порядку договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесіодавець) надає на платній та строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та/або здійснювати його управління (експлуатацію) з метою задоволення громадських потреб.

Варто зауважити, що поняття концесійного договору, відповідно до норм законодавчих актів, що регулюють зазначені правовідносини в окремих сферах господарської діяльності (будівництво та експлуатація автомобільних доріг, концесія об'єктів ПЕК, тепло- та водопостачання), за своєю суттю є аналогічним.

Українське законодавство передбачає широкий перелік видів господарської діяльності, в яких допускається здійснення ДПП на засадах концесії. Фактично, концесійні договори можуть укладатися в будь-якій сфері економіки (за винятком тих видів підприємницької діяльності, які згідно з чинним законодавством можуть здійснюватися виключно державними підприємствами та об'єднаннями).

Водночас об'єктом ДПП, що здійснюється на умовах концесії може бути майно підприємств, які є цілісними майновими комплексами або системою цілісних майнових комплексів, яке використовується для забезпечення завершеного циклу виробництва продукції (робіт, послуг); об'єкти незавершеного будівництва та законсервовані об'єкти, які можуть бути добудовані з метою їх використання для надання послуг, які задовольняють громадські потреби; об'єкти, спеціально збудовані відповідно до умов концесійного договору для задоволення громадських потреб.

Хоча чинний Закон про концесії не містить чіткої видової класифікації концесійних договорів, виходячи з наведеного переліку об'єктів, які можуть бути передані у концесію в межах ДПП, загальноприйнятим є такий розподіл: brown-field – концесія на експлуатацію та/або реконструкцію наявних об'єктів; green-field – концесія на будівництво нових об'єктів.

Важливо відзначити, що характерною особливістю договорів концесії як форми ДПП є їх строковість. Згідно зі ст. 3 Закону про концесії, такі договори укладаються на строк, який не може бути меншим ніж 5 років та перевищувати 50 років.

До особливостей договорів концесії варто віднести порядок формування концесійних платежів. Зокрема, аналіз положень ст. 24-29 Закону про концесію дає підстави стверджувати, що у разі укладення договору концесії у сфері ДПП державний партнер має право самостійно обрати спосіб розрахунку концесійного платежу, враховуючи сферу господарської діяльності, в якій об'єкт державної або комунальної власності наданий у концесію.

Зокрема, концесіодавець може диференціювати концесійний платіж та встановити його в одному з таких видів або навіть поєднати кілька видів концесійних платежів:

- як частка (у відсотках) отриманого концесіонером чистого доходу від провадження концесійної діяльності;

- як частка (у відсотках) вартості наданого об'єкта концесії, визначеної за результатами його ринкової оцінки;
- як фіксований платіж, що може залежати від обсягів товарів, робіт чи послуг, які надаються концесіонером;
- в іншій формі, що відповідає законодавству України.

Новий Закон «Про концесію» містить низку інших правил, які захищають учасників ДПП і позитивно вплинуть на розвиток цієї сфери. Серед них:

1. Додаткові гарантії для концесіонерів та кредиторів (зокрема, право заміни концесіонера на іншого концесіонера).
2. Спрощення процедур виділення земельних ділянок для проектів ДПП у формі концесії.
3. Процедура трансформації оренди в концесію у разі відповідного звернення з боку орендаря.
4. Можливість передачі вирішення спорів, які виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, міжнародному комерційному або інвестиційному арбітражу.
5. Чітке виключення дії законодавства про публічні закупівлі на відносини, що виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору. Це означає, що передбачені концесійним договором витрати концесіодавця (публічного партнера) здійснюватимуться не через механізм публічних закупівель, а відповідно до умов концесійного договору.

Новий Закон «Про концесію» розроблено на базі та відповідно до права ЄС. В ньому враховано кращий міжнародний досвід реалізації концесійних проектів. Він гармонізує українське законодавство про концесії із законодавством про ДПП та вносить відповідні зміни до низки законодавчих актів з метою приведення їх у відповідність до положень закону та усунення бар'єрів для реалізації концесійних проектів.

Новий Закон «Про концесію» має і певні прогалини, які, сподіваємось, з часом будуть усунені. Зокрема, викликає подив виключення фізичних осіб-підприємців з кола можливих концесіонерів. Закон передбачає, що концесіонером може бути лише юридична особа – резидент України.

Крім того, концесійні проекти зовсім не дешеві й дуже ризиковані для приватного бізнесу. Основний принцип їх реалізації полягає в тому, що спочатку приватний партнер створює (модернізує) інфраструктурний об'єкт за свої й залучені ним кошти. І тільки коли цей об'єкт починають використовувати для надання суспільно значущих послуг, концесіонер починає одержувати відшкодування за внесені ним інвестиції, включаючи прибуток. Підкреслимо, якщо це новостворюваний об'єкт, то до завершення будівництва й здачі об'єкта в експлуатацію приватний партнер (концесіонер) узагалі нічого не одержує ні від держави, ні від майбутніх споживачів його послуг. При цьому для концесійних проектів ризик попиту на послуги, надавані за договором концесії, переважно лежить на концесіонерові. У країнах з низьким платоспроможним попитом населення, до яких належить і Україна, цей ризик дуже високий. Для таких країн, щоб заманити інвестора в інфраструктуру, потрібно думати про зниження ризику попиту на послуги, надавані в рамках проекту ДПП, до прийняттого для бізнесу рівня. Тільки в цьому разі він буде готовий взяти участь у довгострокових інфраструктурних проектах.

Зменшити ризики приватного інвестора, а в багатьох випадках – зробити планований до реалізації проект окупним, дозволяє надання проектам ДПП державної підтримки, що позитивно зарекомендувало себе на ринках, які розвиваються. Наш Закон про державно-приватне партнерство передбачає цілий ряд форм такої підтримки. Із прийняттям нового Закону про концесії частина з них може бути застосована й для концесійних договорів. Це дасть можливість залучити бізнес до реалізації проектів, про участь у яких він раніше й не замислювався.

Зауважимо, що державна підтримка надається лише в тому разі, якщо проект надзвичайно потрібний для суспільства, його реалізація приведе до значного поліпшення якості життя населення на території, але при цьому цей проект ніколи не зможе стати окупним у разі реалізації його на комерційних умовах. Водночас у держави (місцевої влади) коштів на реалізацію такого проекту немає, і невідомо, чи зможуть вони з'явитися в недалекому майбутньому (приклад – багатостраждальний міст у Запоріжжі, який безуспішно будують протягом 15 років).

Причини збитковості проекту для приватного партнера можуть бути різні. Наприклад, неможливість гарантувати тариф на надавані ним у рамках договору послуги на рівні, який дозволив би досягнути окупності (у випадках, коли тарифи встановлюються регуляторами). Або ж неможливість зробити послуги, які надаватимуться приватним партнером у рамках договору

ДПП/концесії, платними (наприклад, запровадити плату за проїзд дорогою або мостом у депресивних регіонах). І в багатьох інших випадках, скажімо, при створенні соціальної інфраструктури.

Окрім того, важливо зазначити, що, як правило, державна підтримка проєкту ДПП надається вже після введення в експлуатацію нового (реконструйованого) об'єкта. Тобто коли об'єкт уже буде побудований, і надаваними з його допомогою послугами почнуть користуватися споживачі. Більш того, у багатьох випадках джерелом для надання державної підтримки слугують надходження до бюджету (державного і/або місцевого), які прямо або опосередковано виникають унаслідок реалізації інфраструктурного проєкту, якому надається така підтримка.

Міжнародний досвід свідчить: що чим нижчий рівень життя в тій або іншій країні, то більш затребувані в ній приватні інвестори, які готові вкладати кошти й сили в модернізацію інфраструктури. Водночас, що бідніша країна, то менше проєктів може бути реалізовано в ній без державної підтримки.

Якщо ми зосередимося на реалізації тільки надприбуткових інфраструктурних проєктів, що не потребують ніякої участі держави, а навпаки, передбачають високі концесійні платежі, то вирішити найгостріші проблеми в країні не вдасться ніколи. Адже в найгіршому стані у нас перебувають ті об'єкти, платити за створення (реконструкцію) яких їх користувачі не в змозі.

### **Висновки**

Таким чином, розглядаючи ДПП як інструмент відбудови національної економіки, зазначимо наявність достатньої кількості аргументів, які підтверджують високу ефективність таких проєктів. До того ж позитивний світовий досвід щодо впровадження механізмів ДПП (у тому числі у формі концесії) не залишає жодних сумнівів у доцільності реалізації таких проєктів в Україні.

До вузлових особливостей концесійних договорів відповідно до нового Закону України «Про концесію» варто віднести: новий порядок визначення концесіонера, зокрема через концесійний конкурс та конкурентний діалог як різновид концесійного конкурсу; визначення нового порядку укладення концесійного договору; визначення істотних умов та сторін концесійного договору; визначення відповідальності та зміни концесіонера; виписано правовий режим об'єктів концесії.

Визначення правових основ концесії в Україні та створення реальних можливостей впровадження цієї найбільш розповсюдженої форми ДПП уможливить суттєво залучити кошти приватного капіталу у стратегічні сфери економіки. З огляду на це, є певний сумнів, що концесія не буде латентною формою тіньової приватизації державного фонду та віра, що стане справжнім революційним проривом у співпраці державного та приватного секторів.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ**

1. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.eib.org/epcc/>.
2. Максимчук К. Що стоїть на заваді концесіонерам? / Юридична газета online – № 37 (691). Електронний ресурс. Режим доступу: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/derzhavnoprivatne-partnerstvo/shcho-stoyit-na-zavadi-koncesioneram.html> 10 вересня 2019.
3. Закон України «Про державно-приватне партнерство» / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 40, ст.524.
4. Закон України «Про концесію» / Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 48, ст.325.