

Програма розвитку публічно-приватного партнерства (ПРПЗ)



Діагностичний огляд законодавства про державно-приватне партнерство



20 жовтня 2011 р.

Цей огляд став можливим завдяки шляхетній підтримці народу Сполучених Штатів Америки через Агентство США з міжнародного розвитку.

Погляди автора, виражені в цій публікації, не обов'язково відображають точку зору Агентства США з міжнародного розвитку або Уряду США.

ВСТУП

Цей звіт за результатами діагностичного огляду ("**Діагностичний огляд**" або "**Звіт**") підготовлений фахівцями київського офісу та офісів в інших країнах юридичної фірми "Гід Луарет Нуель" (далі разом іменуються "**Юридичний радник**"), відповідно до договору з Агентством США з міжнародного розвитку та Академією освітнього розвитку (далі іменується "**АОР**") стосовно Програми "Державно-приватне партнерство в Україні" (далі іменується "**РЗДР**").

Цей Звіт є першим кроком у всеохоплюючому процесі, розпочатому в межах РЗДР для сприяння встановленню справедливих та конкурентних засад державно-приватного партнерства в Україні (далі - "**ДПП**"), що заохочуватиме приватних інвесторів інвестувати в проекти ДПП. Зокрема, цей Звіт буде одним із документів, на основі якого буде підготовлено стратегію ДПП в Україні.

У відповідності із договором про надання послуг Юридичним радником від 5 липня 2011 року (далі - "**Договір**"), Звіт повинен мати форму "*належним чином організованого діагностичного огляду та оцінки¹ існуючої законодавчої та регуляторної основи ДПП в Україні*", який буде здійснений "*виходячи із передової світової практики*". При цьому Звіт "*має бути всебічним (широкомасштабним) оглядом; він не має бути детальним аналізом всіх положень. Метою підготовки звіту є звернути увагу до тих сфер, що потребують законодавчих змін або покращень, а також надати пояснення того, чому саме такі зміни є необхідними або рекомендованими, та, зрештою, описати ті зміни, що їх необхідно здійснити для усунення недоліків (або інших змін, які можна розглядати з цією метою).*"

Для надання високоякісних та практичних рекомендацій Юридичний Радник використав міжнародний досвід, одержаний в рамках консультування міжнародних інвесторів, урядів та міжнародних фінансових установ щодо проектів ДПП як у країнах, що розвиваються, так й в розвинутих країнах. Ми також використали знання та досвід, одержані в ході огляду та аналізу поточного законодавства в сфері концесій та ДПП у 27 країнах, в яких веде свою діяльність ЄБРР, у тому числі й в Україні.

Київський офіс Юридичного радника здійснив великий внесок у Діагностичний огляд шляхом надання консультацій спеціальних із застосуванням спеціальних знань українського законодавства та регуляторної основи, а також ґрунтуючись на великому досвіді консультування міжнародних інвесторів у різноманітних проектах в Україні.

В останні декілька років Україна продемонструвала зацікавленість у впровадженні законодавчих змін, що сприятимуть ДПП, зокрема, згідно Програми економічних реформ на 2010-2014 роки, затверджену Президентом України, якою підкреслено необхідність прийняття Закону України "Про Державно-приватне партнерство". Після численних дебатів у Верховній Раді України Закон України "Про державно-приватне партнерство" був прийнятий 1 липня 2010 року і набрав чинності з 31 жовтня 2010 року (далі - "**Закон про ДПП**")².

Закон про ДПП є частиною української системи ДПП, що включає низку інших важливих законів (наприклад, Закон "Про концесії"³ або Закон "Про концесії на будівництво та

¹ У цьому відношенні Звіт може розглядатися як доповнення до детального звіту, підготовленого юридичною фірмою "Пруденс" під керівництвом Міжнародної фінансової корпорації (МФК).

² Закон України "Про державно-приватне партнерство" від 01.07.2010р. № 2404-VI.

³ Закон України "Про концесії" від 16.07.1999 № 997-XIV.

експлуатацію автомобільних доріг⁴), постанови та накази (див. **Додаток 4** стосовно переліку законодавства України в сфері ДПП, яке ми проаналізували в цьому Звіті). Ці тексти необхідно аналізувати у поєднанні з положеннями різноманітних інших законодавчих актів України, таких, як Господарський кодекс України, Цивільний кодекс України, що також є частиною законодавства про ДПП в Україні; саме тому ДПП є досить складною сферою для розуміння іноземними інвесторами. Як це обговорювалось під час початкової зустрічі в Києві, організованої в межах РЗДР між зацікавленими сторонами з 11 по 13 липня 2011 року, багато хто із них іноземних інвесторів вважає, що така складність законодавства є однією за причин того, що в Україні досі не було впроваджено жодного проекту ДПП за новим Законом про ДПП, незважаючи на велику зацікавленість з боку приватного сектора. Перед тим, як ми розпочнемо діагностичний огляд законодавства про ДПП в Україні (**Розділ 3**), ми стисло представимо концепцію ДПП у розумінні міжнародної практики (**Розділ 2**) та більш детальний опис правил і рекомендацій, які вважаються передовою практикою у цій сфері; в **Розділі 1** ми викладемо наші рекомендації відповідно до ступеня їх важливості.

Фінальна версія цього Звіту служитиме основної для обговорення в рамках засідання робочої групи в Україні, яке відбудеться за участі зацікавлених осіб 20 жовтня 2011 року.

Звіт не торкається економічних аспектів імплементації ДПП проектів в Україні. Незважаючи на те, що ми розуміємо важливість економічної складової при прийнятті рішення стосовно ініціювання будь-якого проекту ДПП, це питання повинно бути предметом окремого аналізу.

У ході підготовки цього Звіту ми не торкалися питань, пов'язаних із підготовкою державного партнера до імплементації проектів ДПП, а також захисту інтересів державного партнера при укладанні договорів про ДПП. Ці питання знаходяться поза обсягом завдань, які були покладені на Юридичного Радника і повинні висвітлюватись в окремому звіті, предметом якого мають стати також й соціальні та інституціональні аспекти впровадження проектів ДПП.

⁴ Закон України "Про концесію на будівництво та реконструкцію автомобільних доріг" від 03.04.2003 № 662-IV.

ЗМІСТ

1.1	ПЕРШОЧЕРГОВІ РЕКОМЕНДАЦІЇ (НЕОБХІДНІ ДЛЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ПІЛОТНИХ ПРОЕКТІВ)	7
1.2	ДРУГОЧЕРГОВІ РЕКОМЕНДАЦІЇ (НЕОБХІДНІ ДЛЯ ЗБІЛЬШЕННЯ ПРИВАБЛИВОСТІ ДПП)	8
1.3	ТРЕТЬОЧЕРГОВІ РЕКОМЕНДАЦІЇ (НЕОБХІДНІСТЬ ПОКРАЩИТИ ДОВГОСТРОКОВУ ЕФЕКТИВНІСТЬ ДПП)	9
2.1	ВИЗНАЧЕННЯ ДПП, ДАНЕ ЄВРОПЕЙСЬКОЮ КОМІСІЄЮ	10
2.2	ВИЗНАЧЕННЯ "ІНФРАСТРУКТУРНИХ ПРОЕКТІВ, ЯКІ ФІНАНСУЮТЬСЯ ПРИВАТНИМ КОШТОМ", ПРИЙНЯТЕ UNCITRAL	12
3.1	ПОПЕРЕДНІЙ КОМЕНТАР ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДПП В УКРАЇНІ	14
3.1.1	Загальні правові основи ДПП.....	16
3.1.2	Інституціональні основи проектів ДПП	16
3.1.3	Рекомендації.....	18
3.2	ВИЗНАЧЕННЯ ТА СФЕРИ ВПРОВАДЖЕННЯ ЗАКОНУ ПРО ДПП	18
3.2.1	Законодавче визначення ДПП.....	18
3.2.2	Сфери впровадження ДПП.....	19
3.2.3	Повноваження органів на укладення договорів ДПП	19
3.2.4	Повноваження органів влади щодо делегування функцій та відповідальності компаніям ДПП	21
3.2.5	Визначення приватного партнера.....	21
3.2.6	Рекомендація.....	22
3.3	ВИБІР ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА	22
3.3.1	Загальна інформація.....	22
3.3.2	Рекомендації.....	24
3.4	ДОГОВІР ПРО ДПП	24
3.4.1	Визначення.....	24
3.4.2	Особливості певних видів проектів.....	24
3.4.3	Дозволи та ліцензії у зв'язку із проектами ДПП.....	26
3.4.4	Обмеження щодо положень, які дозволено включати до договору про ДПП	27
3.4.5	Типовий договір та істотні умови	27
3.4.6	Свобода компанії ДПП у взаємодії з третіми сторонами	28
3.4.7	Здатність органу державної влади нехтувати певними умовами договору ДПП	28
3.4.8	Права сторін у разі розірвання договору ДПП	29
3.4.9	Рекомендації.....	30
3.5	ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ І ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ	31
3.5.1	Можливість передачі в заставу державного і комунального майна	31
3.5.2	Право входження/заміну (step-in)	33
3.5.3	Питання підтримки.....	34

3.5.4	Рекомендації:.....	37
3.6	ВИЗНАЧЕННЯ ПОРЯДКУ РОЗВ'ЯЗАННЯ СПОРІВ ТА ПРАВА, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ	38
3.6.1	Розв'язання спорів.....	38
3.6.2	Право, що підлягає застосуванню	40
3.6.3	Рекомендації.....	41
3.7	ІНШІ ПИТАННЯ	41
3.7.1	Користування та володіння земельною ділянкою та майном у ДПП	41
3.7.1.1	Майно	41
3.7.1.2	Особливості оренди та концесії об'єктів водопостачання, тепlopостачання та водовідведення	42
3.7.1.3	Особливості концесії автодоріг	42
3.7.1.4	Амортизаційні відрахування.....	43
3.7.1.5	Земельна ділянка	43
3.7.1.6	Можливість передачі прав на державне майно підприємствам у секторі ДПП	44
3.7.1.7	Рекомендації:.....	44
3.7.2	Провадження у справах про банкрутство.....	44
3.7.3	Питання трудового права.....	45
3.7.3.1	Працевлаштування українських громадян	45
3.7.3.2	Дозволи на працевлаштування іноземних громадян	46
3.7.3.3	Рекомендації:.....	47
3.7.4	Тарифи	47
3.7.4.1	Визначення.....	47
3.7.4.2	Особливості концесій доріг	48
3.7.4.3	Особливості тепло-, водопостачання, та водовідведення.....	49
3.7.4.4	Повноваження компанії дпп щодо застосовування санкцій до боржників	51
3.7.4.5	Рекомендації:.....	52
3.7.5	Податки.....	52
3.7.5.1	Загальний огляд.....	52

ДОДАТКИ

ДОДАТОК 1.....	54
ДОДАТОК 2.....	67
ДОДАТОК 3.....	68
ДОДАТОК 4.....	72

1. КОРОТКИЙ ВИКЛАД РЕКОМЕНДАЦІЙ

Нижченаведені рекомендації є результатом всеохоплюючого огляду законодавства про ДПП в Україні, і подані в порядку їх важливості.

1.1 Першочергові рекомендації (необхідні для імплементації пілотних проектів)

- *Передбачити можливість справедливої компенсації у разі дострокового припинення договору ДПП з метою (i) відшкодування обґрунтованих збитків приватного партнера (виходячи із підстав для припинення) та (ii) уникнення ситуацій безпідставного збагачення будь-якої сторони після такого припинення.*
- *Внести зміни до Бюджетного кодексу України, які передбачатимуть, що державна або місцева підтримка надаватиметься приватному партнеру незалежно від того, чи були передбачені відповідні кошти на неї у Державному чи місцевому бюджеті.*
- *Внести зміни до Бюджетного кодексу України, які передбачатимуть, що органи влади компенсуватимуть різницю між затвердженими та економічно-обґрунтованими тарифами без необхідності затвердження витрат, пов'язаних із такою компенсацією, голосуванням у відповідних радах.*
- *Дозволити державному партнеру надавати пільги приватному партнеру, якщо збільшення тарифів є проблемним з огляду на політичні або економічні чинники, та внести відповідні зміни до Бюджетного кодексу України.*
- *Внести зміни до Бюджетного кодексу України та пов'язані законодавчі акти задля того, щоб передбачити зобов'язання відшкодувати за рахунок Державного бюджету різницю між затвердженими та економічно-обґрунтованими тарифами незалежно від того, який орган влади затвердив ці тарифи.*
- *Внести зміни до статті 14 Закону про ДПП з метою врегулювання входження/заміни (step-in) приватного партнера у разі невиконання ним його зобов'язань без необхідності проведення нового конкурсу.*
- *Передбачити в Законі про ДПП та пов'язаних законах, що всі спори, які виникають із будь-якого договору ДПП, укладеного із нерезидентом України або підприємством з іноземними інвестиціями, можуть підлягати вирішенню міжнародним арбітражним судом, розташованим поза межами України або в Україні (в залежності від домовленості сторін), незважаючи на обмеження, встановлені іншими законодавчими актами (окрім "виключної" юрисдикції судів України).*
- *Роз'яснити, що спорами "щодо нерухомого майна", які входять до виключної компетенції судів України, є лише ті спори, які стосуються майнових прав на нерухомість.*
- *Внести зміни до Закону про ДПП та пов'язані законодавчі акти шляхом зазначення такого: якщо тарифи не включають інвестиційну складову або належним чином не скореговані державним партнером до економічно-обґрунтованого рівня, то сторонам дозволяється внести відповідні зміни до інвестиційної програми. До того, як така домовленість буде досягнута, приватний партнер матиме право призупинити виконання інвестиційної програми без будь-яких штрафних санкцій.*
- *Доповнити законодавство про тарифи та вказати, що у разі, якщо приватний партнер відповідає за обслуговування мереж до точки з'єднання з кінцевим*

споживачем (внутрішньо-домова інфраструктура), тарифи повинні встановлюватись з урахуванням таких витрат, а також процентів, сплачених приватним партнером за кредитами, пов'язаними із проектом ДПП.

- *Внести зміни до Бюджетного кодексу України та передбачити механізм надання гарантій органами місцевого самоврядування приватним компаніям ДПП щодо виконання відповідних фінансових зобов'язань за договором ДПП.*
- *Роз'яснити види державної та муніципальної місцевої підтримки, які що можуть надаватись органами державної влади або місцевого самоврядування, а також передбачити відповідні механізми імплементації такої підтримки в Бюджетному кодексі України;*
- *Передбачити прискорену процедуру оформлення прав користування земельними ділянками та будинками, переданими приватному партнеру у ДПП, незважаючи на їх форму власності (державну або комунальну).*

1.2 Другочергові рекомендації (необхідні для збільшення привабливості ДПП)

- *Затвердити нову державну програму та стратегію розвитку ДПП, якою б на урядовому рівні підкреслювалася відданість концепції ДПП, передбачалися запропоновані законодавчі зміни та, в ідеальному варіанті, містилися переліки пілотних проектів ДПП.*
- *Розглянути можливість спрощення нормативно-правової бази ДПП шляхом скасування Закону про концесії та галузевих законів з тим, щоб єдиний Закон про ДПП застосовувався до усіх проектів ДПП, або внести зміни до законодавства, які б передбачали, що у разі, якщо Закон про ДПП надає конкретні права та привілеї, які не передбачені іншими законодавчими актами, то положення Закону про ДПП в цій частині повинні мати пріоритет перед іншими правилами і положеннями інших законодавчих актів.*
- *Чітко визначити повноваження органів влади, які залучаються до проектів ДПП на усіх стадіях, як на центральному, так і на місцевому рівнях: від ініціювання проекту ДПП до його впровадження та моніторингу; а також органів, які можуть укласти договір ДПП в якості його сторони.*
- *Запровадити уніфіковану процедуру відбору приватного партнера для усіх договорів ДПП, незалежно від законодавства, яким він регулюється (критерії вибору будуть залежати від конкретного проекту).*
- *Внести зміни до Закону про ДПП, які б передбачали істотні умови договору ДПП. Закон повинен чітко визначити, що незалежно від вимог інших законів договір ДПП має містити лише ті істотні умови, що передбачені Законом про ДПП та основні умови, передбачені конкурсною документацією. При цьому слід уникати санкцій визнання недійсним договору про ДПП у разі відсутності в ньому певних умов, передбачених законодавством про ДПП.*
- *Уточнити умови надання дозволів на працевлаштування іноземців.*
- *Дозволити можливість встановлювати довгострокові тарифи без можливості їх зміни з боку державного партнера для того, щоб приватний партнер мав змогу запровадити енерго- та ресурсозберігаюче обладнання.*
- *Передбачити прискорену процедуру перегляду тарифів.*

- *Передбачити можливість участі іноземних материнських компаній у конкурсах на визначення приватного партнера за тієї умови, що після того, як відповідну материнську компанію буде оголошено переможцем, то ця компанія для реалізації проекту ДПП здійснить заснування української компанії.*
- *Уточнити або внести зміни до ліцензійних умов, які обмежуватимуть право приватного партнера одержувати ліцензію лише на підставі документу, який підтверджує право користування або право власності на відповідні мережі: дозволити одержання ліцензій на основі будь-якого договору ДПП, який передбачає право експлуатувати відповідну інфраструктуру.*
- *Передбачити можливість відшкодування концесійних платежів, здійснених приватним партнером, за рахунок збільшення тарифів.*

1.3 Третьочергові рекомендації (необхідність покращити довгострокову ефективність ДПП)

- *Передбачити можливість для приватного партнера (українського дочірнього підприємства) зазначати минулі проекти та досвід материнської компанії або консорціуму під час підготовки конкурсної заявки та опису відповідного досвіду.*
- *Усунути вимогу про те, що органи місцевого самоврядування повинні одержувати схвалення ДПП від органів державної влади, оскільки це суперечить принципам місцевого самоврядування. Але, якщо за відповідним договором буде необхідна державна підтримка, то відповідний орган державної влади повинен бути залучений на усіх етапах.*
- *Уточнити положення законодавства, яке регулює видачу ліцензій в Україні задля надання права отримувати відповідні ліцензії представництвам іноземних компаній, що виступають приватними партнерами у ДПП.*
- *Внести зміни до статті 5 Закону "Про приватизацію державного майна" для того, щоб дозволити оренду для цілей ДПП об'єктів інженерної інфраструктури, які перебувають у державній і комунальній власності, окрім "стратегічних" об'єктів, а також уточнити саме поняття "стратегічного значення".*
- *Внести зміни до законодавства, що регулює видачу ліцензій, дозволивши процедуру прискореної видачі ліцензій, в т.ч. для реалізації проектів ДПП.*

2. КОНЦЕПЦІЯ ДПП

Одним із ключових питань, піднятих зацікавленими сторонами на зустрічах в Києві, є те, що поняття "ДПП" в Україні необхідно уточнити. Концепція ДПП здається розмитою щодо того, що саме вона включає, оскільки дехто включає до ДПП приватизацію та державні закупівлі товарів та послуг. Таким чином, у цьому Звіт із самого його початку ми окреслимо чіткі межі концепції ДПП виходячи із міжнародної практики.

Спочатку необхідно відмітити, що певного спрощеного визначення концепції ДПП не існує, оскільки сам термін "Державно-приватне партнерство" є досить широким і може включати будь-які види партнерства між приватним сектором і державним сектором.

Міжнародна передова практика постійно уточнює концепцію ДПП завдяки зусиллям міжнародних інституцій, таких як Європейська комісія або Комісія ООН з міжнародного торгового права (далі - "UNCITRAL"). Такі визначення визнаються багатьма міжнародними гравцями у сфері ДПП (спонсорами, банками, установами з питань розвитку) як стандартні визначення ДПП, а тому цим буде визначенням й буде приділено увагу в цьому Розділі.

2.1 Визначення ДПП, дане Європейською комісією

"Зелена книга" Європейської комісії щодо ДПП (далі - "Зелена книга ЄС щодо ДПП"), опублікована в 2004 році⁵ визначає ДПП як різноманітні "форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення **фінансування, будівництва, реконструкції, управління та обслуговування інфраструктури чи надання послуг**."⁶

Зелена книга ЄС щодо ДПП налічує чотири елементи, які, зазвичай, характеризують ДПП⁷:

- (i) Відносно **довга тривалість відносин**, які передбачають співпрацю між державним партнером і приватним партнером з різноманітних аспектів запланованого проекту;
- (ii) **Метод фінансування проекту**, частково за рахунок приватного сектору, а частково за рахунок комплексних домовленостей між різноманітними суб'єктами. Незважаючи на це, в деяких випадках можливо залучення державних коштів, причому у великих розмірах;
- (iii) **Важлива роль організації-експлуатанта**, яка приймає участь на різноманітних стадіях проекту (проекування, завершення, впровадження, фінансування). Державний партнер переважним чином концентрується на визначення цілей, яких необхідно досягти стосовно публічного інтересу, якості наданих послуг та політики ціноутворення, а відповідає також за моніторинг за дотриманням цих цілей; та
- (iv) **Розподіл ризиків між державним партнером та приватним партнером**, до якого переходять ризики, які зазвичай бере на себе державний партнер. Але ДПП не означає, що приватний партнер обов'язково бере на себе усі ризики або навіть левову частку ризиків, пов'язаних із проектом. Конкретний розподіл ризиків визначається в кожному окремому випадку відповідно до здатності сторін контролювати та впоратись із ризиком.

Відповідно до Зеленої книги ЄС щодо ДПП, *власне* ДПП не регулюються законодавством ЄС, а регулюються загальними принципами Договору ЄС та/або правилами ЄС щодо державних контрактів та концесій.

⁵ "Зелена книга" Європейської комісії щодо Державно-приватного партнерства та Закон Співдружності про державні контракти і концесії, COM (2004) 327 final, 30.4.2004

⁶ Зелена книга ЄС щодо ДПП, стор. 3.

⁷ те саме джерело.

В своєму Повідомленні про державно-приватне партнерство та законодавство Співтовариств про державні закупівлі і концесії, оприлюдненому в 2005 році⁸, Європейська комісія підтвердила, що не існує потреби у спеціальному законодавстві щодо ДПП на рівні ЄС, оскільки вона вважає, що ДПП повинно регулюватись законодавством ЄС щодо державних контрактів або щодо концесій таким чином:

- (i) Відповідно до загальних принципів Договору ЄС, **контракти про державну закупівлі робіт, товарів чи послуг** регулюються Директивою 2004/18/ЄС⁹ та Директивою 2004/17/ЄС¹⁰; та
- (ii) що стосується **концесій**, то Зелена книга ЄС щодо ДПП зазначає, що "до правил, які регулюють надання концесій на надання послуг застосовуються, в силу посилання, принципи, зазначені в статтях 43 та 49 Договору, зокрема, принципи прозорості, рівного ставлення, пропорційності та взаємного визнання".¹¹ Іншими словами, не існує спеціального законодавства ЄС щодо концесій, навіть якщо Європейська комісія вже розглядає, починаючи з 2005 року, нові правила для роз'яснення порядку визначення переможця відповідних концесійних конкурсів.¹²

Для того, щоб визначити який правовий режим (режим закупівель за державні кошти або режим концесії), "ключовим критерієм" відповідно до позиції Європейської комісії є те, "чи передаються ризики, що випливають із експлуатації об'єкту концесії, до концесіонера разом із правом на експлуатацію, чи ні".¹³ Якщо бути стислим, то якщо експлуатаційний ризик покладається на приватного партнера, то відповідний договір між державним і приватним партнерами є концесією і до нього має застосовуватися відповідне законодавство. Якщо ж експлуатаційний ризик покладається на державного партнера, то відповідний договір є договором про закупівлю товарів, робіт чи послуг за державні кошти.

Так, наприклад, партнерські контракти за законодавством Франції¹⁴ вважаються відповідно до стандартів ЄС державними закупівлями, а оскільки у Франції вже існує так званий законодавчий режим "державних підрядів" - такий підхід може викликати непорозуміння. Це також демонструє те, що у дійсності співіснують декілька законодавчих та регуляторних визначень різних інститутів, що додає складності та іноді порушує непохитність законодавчих основ ДПП в країнах ЄС.

Вищезазначене демонструє, що практика ДПП в ЄС є занадто складною, оскільки вона передбачає взаємозв'язок директив ЄС з питань державних закупівель і Римського Договору у поєднанні з політикою у сфері концесій та ДПП, як передбачено у згаданій вище Зеленій книзі ЄС. З цієї причини та навіть якщо ми вважаємо, що важливо пам'ятати про визначення концепції ДПП, прийняте в ЄС, з огляду на майбутнє потенційне членство в ЄС, ми також вважаємо, що визначення ДПП, прийняте в ЄС, є досить специфічним для того,

⁸ Повідомлення Комісії Європейських співтовариств Європейському парламенту, Раді, Європейському економічному та соціальному комітету та Комітету регіонів про державно-приватні партнерства та законодавство Співтовариств щодо державних закупівель та концесій, Брюссель, 15.11.2005, COM(2005) 569 final.

⁹ Директива 2004/18/ЄС Європейського парламенту та Ради від 31 березня 2004 року щодо координації порядку визначення переможців конкурсів на закупівлю товарів, робіт та послуг за державні кошти.

¹⁰ Директива 2004/17/ЄС Європейського парламенту та Ради від 31 березня 2004 року щодо координації порядку визначення переможця конкурсів у сфері водопостачання, електроенергії, транспортних та поштових послуг.

¹¹ Зелена книга ЄС щодо ДПП (стор. 11). Європейська комісія після цього уточнює правила, застосовувані до концесій, відповідно до Договору: "визначення правил, застосовуваних до визначення приватного партнера, адекватне рекламування наміру надати об'єкт у концесію та правила, якими регулюється процес обрання для того, щоб здійснювати моніторинг неупередженості впродовж всього процесу, заохочення справжньої конкуренції між операторами з потенційним інтересом та/або які можуть гарантувати завершення відповідних завдань, дотримання принципу рівноправності всіх учасників впродовж всього процесу, обрання на підставі об'єктивних та недискримінаційних критеріїв".

¹² COM(2005) 569 final, (стор. 4)

¹³ Пояснення Комісії щодо Концесій за Законодавством Співтовариств, (2000/С 121/02) від 29.04.2000. (стор. 3).

¹⁴ Запроваджено наказом № 2004-559 від 17.06.2004.

щоб його було легко перенести в Україну, а отже існує необхідність подивитися на інше визначення, наприклад, прийняті UNCITRAL.

2.2 Визначення "Інфраструктурних проектів, які фінансуються приватним коштом", прийняте UNCITRAL

У своєму звіті *Типові законодавчі положення щодо інфраструктурних проектів, які фінансуються приватним коштом ("Звіт UNCITRAL")*, UNCITRAL приділяє особливу увагу "інфраструктурним проектам, які передбачають зобов'язання з боку окремих інвесторів здійснити фізичні будівельні та ремонтні роботи або роботи з розширення в обмін на право стягувати плату з населення або з органу влади за користування інфраструктурою та за послуги, що вона генерує."¹⁵

Під "інфраструктурою" UNCITRAL розуміє те, що він називає "публічні інфраструктурні об'єкти", які роз'яснюються як "фізичні об'єкти, за допомогою яких надаються послуги, необхідні населенню", що, стисло, означає "публічні послуги" у країнах континентальної Європи.

Визначення UNCITRAL включає різноманітні форми контрактів, які відомі міжнародним гравцям ДПП, такі як концесії¹⁶, ліцензії, лізинг ("*affermage*"), Будуй-експлуатуй-передай (BOT)¹⁷, Будуй-передай-експлуатуй (BTO)¹⁸, Будуй-орендуй-експлуатуй-передай (BROT)¹⁹, Будуй-володій-експлуатуй-передай (BOOT)²⁰, Будуй-володій-експлуатуй (BOO)²¹, тощо.

Оскільки державні закупівлі не передбачають надання публічних послуг, зазвичай, вони не включаються до визначення ДПП, а їх режим підпадає під спеціальне законодавство про державні закупівлі.

Приватизація, тобто продаж акцій або активів державних компаній, не є формою ДПП, оскільки фактично вона означає зміну форми власності на відповідне майно, а не партнерство стосовно використання такого майна.

Окрім цього, UNCITRAL прямо виключає проекти щодо розвідування природних копалин, такі як роботи з видобутку корисних копалин, розвідування нафти та газу, навіть якщо вони ведуться відповідно до ліцензії або концесії, що надані державою.²² Таке виключення пояснюється тим, що роботи видобування корисних копалин та розвідування нафти і газу не передбачають надання публічних послуг населенню, як визначено вище. До того ж, такі

¹⁵ Типові законодавчі положення щодо інфраструктурних проектів, які фінансуються приватним коштом UNCITRAL, 2003, стор. 3.

¹⁶ Концесія, зазвичай, полягає у наданні публічної послуги організацією, що не є органом влади, і яка зазвичай потребує надання дозволу відповідним органом державної влади.

¹⁷ Інфраструктурний проект є проект за принципом "Будуй-Експлуатуй-Поверни", коли орган державної влади чи місцевого самоврядування обирає концесіонера для фінансування та будівництва інфраструктурного об'єкту або системи та надає йому право експлуатувати його в комерційних цілях впродовж визначеного періоду часу, після закінчення якого об'єкт повертається відповідному органу влади.

¹⁸ Цей вислів іноді використовується для підкреслення того, що інфраструктурний об'єкт стає власністю органу влади безпосередньо після його завершення, а концесіонеру надається право експлуатувати об'єкт впродовж визначеного періоду часу.

¹⁹ Існують різновиди проектів "Будуй-Експлуатуй-Передай" та "Будуй-Передай-Експлуатуй", коли на додаток до зобов'язань та інших умов, зазвичай притаманних проектам BOT, концесіонер орендує фізичні активи, на яких розташований об'єкт, впродовж строку чинності договору.

²⁰ Існують проекти, в яких концесіонер займається фінансуванням, будівництвом, експлуатацією та обслуговуванням певного інфраструктурного об'єкту в обмін на право отримувати плату від його споживачів. За такої домовленості приватний партнер володіє об'єктом та відповідним майном до їх передачі органу влади.

²¹ Цей термін стосується проектів, в яких концесіонер користується об'єктом на постійній основі і не несе обов'язку щодо його поверненню органу влади.

²² Див. вище.

проекти, зазвичай, регулюються спеціальним законодавством із спеціальними правилами щодо конкурсів, етапів розвідування, умов контракту, виручки, тарифів тощо.

Наш досвід засвідчує, що визначення "інфраструктурних проектів, які фінансуються приватним коштом" UNCITRAL все більше стає міжнародним стандартом визначення ДПП і широко використовується урядами для їх нормативної бази ДПП. А отже, визначення UNCITRAL можна вважати "стандартним" визначення ДПП і наші рекомендації в цьому Розділі будуть ґрунтуватися саме на цьому визначенні.

3. КОМЕНТАР ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ ЩОДО ДПП ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

Метою цього розділу є надання нашого коментарю та рекомендацій щодо існуючих законодавчих основ ДПП в Україні. Наш коментар ґрунтуватиметься на передовій міжнародній практиці, а також на нашому досвіді в минулих проектах в Україні. Виклад матеріалу у цьому розділі буде структурований виходячи із основних сфер, обраних ЄБРР (які більш детально описано в **Додатку 1**).

3.1 ПОПЕРЕДНІЙ КОМЕНТАР ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДПП В УКРАЇНІ

У звіті ЄБРР щодо ДПП, оприлюдненому в липні 2008 року, ми дійшли до висновку, що нормативно-правова база ДПП в Україні "в середньому відповідала" передовим стандартам у сфері ДПП. Зокрема, ми відзначили:

"В Україні ще не були знайдені сфери, які потребують змін для покращення регулювання та просування ДПП.

Закон України "Про концесії" був прийнятий в 1999 році. Господарський кодекс України 2003 року також містить положення про концесії (Глава 40).

Численні зміни до Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження переліку об'єктів державної власності, які можуть бути передані в концесію" були прийняті з 2006 року. Останні зміни були прийняті 15 березня 2006 року. Закони України стосовно особливостей застосування концесійних контрактів по відношенню до об'єктів державного або комунального майна, які використовуються для реалізації діяльності з централізованого постачання води та тепла, про концесії на будівництво і експлуатацію автомобільних доріг, про особливості передачі у концесію об'єктів теплопостачання, що знаходяться в комунальній власності, про особливості передачі у концесію об'єктів водопостачання та водовідведення, які знаходяться в комунальній власності були подані до Верховної Ради України та прийняті або відхилені в 2007 році. На цей час розгляд проектів законів відкладено через розпуск Верховної Ради.

Закон в його існуючому вигляді чітко визначає сфери свого застосування. Було рекомендовано розробити новий Закон або, в якості підзаконних актів, чіткіше та більше детально визначити конкурсні процедури (з принципами прозорості, недискримінації, пропорційності та ефективності, чітким регулюванням порядку попереднього вибору та розгляду процедур). Ідентифікація та співпраця між різноманітними державними установами могли б бути також поліпшені.

Положення, що регулюють договір про ДПП надають більш-менш чіткі орієнтири щодо основних питань, які необхідно охопити, і вони залишаються досить гнучкими, щоб сторони могли вільно обговорювати його умови (існування типового договору ДПП, використання якого не є обов'язковим).

Закон повинен приділяти більше уваги врахуванню вимог кредиторів щодо забезпечення положення про вступ нового партнера у проект (що зараз не регулюється). Ми відзначаємо можливість одержання державної підтримки для концесіонера "щодо неприбуткових або малоприбуткових об'єктів".

Таким чином, Закон являє собою досить солідну юридичну базу для розвитку ДПП в інфраструктурних об'єктах та комунальних послугах, але це не виключає необхідність певних покращень."

Після публікації звіту ЄБРР щодо ДПП в 2008 році, українська нормативна-правова база щодо ДПП зазнала значну кількість змін:

- (i) Прийняття Закону "Про державно-приватне партнерство" № 2404-VI 1 липня 2010 року, який вступ в силу 31 жовтня 2010 року ("**Закон про ДПП**").
- (ii) Прийняття Закону України "Про національну комісію регулювання ринку комунальних послуг в Україні", № 2592-VI від 10 жовтня 2010 року;
- (iii) Прийняття закону України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності" № 2624-VI від 21 жовтня 2010 року ("**Закон про Оренду та Концесію Інфраструктури**");
- (iv) Прийняття Постанови Кабінету Міністрів України " Про затвердження Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства " № 81 від 9 лютого 2011 року ("**Постанова 81**").
- (v) Прийняття Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Методики виявлення ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними " № 232 від 16 лютого 2011 року ("**Постанова 232**").
- (vi) Прийняття Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства" № 279 від 17 березня 2011 року ("**Постанова 279**");
- (vii) Прийняття Постанови Кабінету Міністрів України "Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства" № 384 від 11 квітня 2011 року ("**Постанова 384**");

На державному рівні Урядом не було зроблено заяв або запропоновано інших стратегій щодо державної підтримки ДПП. Міжнародний досвід підказує, що просте існування законів про ДПП не дає поштовху для стрімкого розвитку ДПП проектів, якщо це не підкріплюється прямою державною підтримкою. Досвід підказує, що потужна державна підтримка у сфері ДПП є значним фактором у залученні іноземних інвесторів.

Не існує загальних правил розробки стратегії ДПП в окремій країні, отже Україна повинна прийняти реалістичну і послідовну стратегію ДПП, виходячи з конкретної ситуації та власних потреб. Було б ідеально, якби публічно заявлена Україною підтримка участі приватного сектору в ДПП проектах відповідала трьом цілям:

- Переконати приватних спонсорів, інвесторів та кредиторів, що Уряд зацікавлений у проектах ДПП ;
- Розповсюдити інформацію про залучення приватного сектору в інфраструктурні проекти та домогтися підтримки цього з боку населення; та
- Забезпечити підтримку зацікавлених сторін в Україні для участі приватного сектору у тих сферах, що традиційно вважались державними.

Окрім цього, важливо повідомити приватним інвесторам та їхнім кредиторам не лише про те, що Уряд України зацікавлений в участі приватного сектору в інфраструктурних проектах в рамках загальної стратегії, але і те, що Уряд має значні причини для підтримки проектів ДПП і не буде припиняти таку підтримку, затримувати проекти або відмовлятися від своїх зобов'язань. При цьому будь-які причини фінансового чи технічного характеру повинні бути чітко роз'яснені.

3.1.1 Загальні правові основи ДПП

У відповідності із його статтею 5, Закон про ДПП є основним законодавчим актом, який застосовується до всіх форм ДПП, включаючи концесійні договори, договори про спільну діяльність, договори про розподіл продукції та інші договори (зокрема, договори про оренду та управління майном). При цьому кожен із цих типів видів договорів регулюється окремим законом.

Замість законами закріплення свого пріоритету Закон про ДПП відсилає до інших законів, правил і постанов. Таким чином, обираючи конкретну форму ДПП для втілення проекту, партнери повинні будуть проаналізувати численні законодавчі акти, які часто суперечать один одному, про що ми більш детально поговоримо далі.

Ще більшу плутанину створює той факт, що на місцевому рівні проекти ДПП регулюються численними актами різноманітних місцевих органів влади. В результаті, ми вважаємо, що кількість законів, які стосуються ДПП, та суперечності між ними роблять імплементацію проектів ДПП в Україні важким завданням.

Цей звіт опише найбільш загальні суперечності та протиріччя, а також можливі шляхи їх подолання. Такі значні протиріччя включають:

- (i) Можливість сторін встановлювати тарифи та коригувати їх за договорами про ДПП, що існує разом із правом відповідного органу влади затверджувати тарифи на рівні, нижчому за економічно-обґрунтований;
- (ii) Зобов'язання регулятора тарифів відшкодувати різницю між затвердженими тарифами та їх економічно-обґрунтованим рівнем, що існує поруч з відсутністю механізму виплат таких компенсацій з державного бюджету; та
- (iii) Зобов'язання включити державну підтримку до річного державного чи місцевого бюджету, що існує поруч із можливістю відповідної ради відмовитись від включення витрат на таку підтримку під час голосування за проект бюджету.

Окрім цього, Закон про ДПП також встановлює багато правил, які не можуть бути реалізовані, оскільки вони непередбачені іншими законодавчими актами (наприклад, створення незареєстрованих сервітутів від імені державного партнера).

3.1.2 Інституціональні основи проектів ДПП

Українське законодавство не передбачає єдиного органу, відповідального за підтримку ДПП проектів. Навпаки, декілька органів влади на центральному та місцевому рівнях уповноважені контролювати, надавати дозволи та слідкувати за виконання ДПП проектів, як показано нижче.

- (a) Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України (ДНАІНП)²³

Основним завданням ДНАІНП є підготовка державної політики для залучення іноземних інвестицій, а також підготовка і впровадження так званих "Національних проектів", які, звичайно, можуть включати певні форми ДПП. ДНАІНП також відповідає за підготовку змін і проектів нормативних актів для вдосконалення законодавства в галузі ДПП.

²³ Указ Президента України від 12 травня 2011 року "Про державне агентство інвестицій та управління національними проектами України".

Ми вважаємо, що ДНАІНП повинно зосередитись на іноземних інвестиціях, внесених відповідно до програми Національних проектів, і повинно слідкувати за їх виконанням. Воно також повинно бути відповідальним за технічні питання, пов'язані із такими інвестиціями (такі як, одержання відповідних дозволів і схвалень) через "регіональні інвестиційні центри". Функція регіональних інвестиційних центрів полягає у впровадженні принципу "єдиного вікна" для виконання всіх публічно-правових формальностей, пов'язаних із інвестиційними проектами, включаючи, особливо, ДПП.

Разом із тим, під час нашої зустрічі з представником ДНАІНП, він повідомив, що частковий збіг їхніх функцій та функцій Міністерства економічного розвитку та торгівлі ("МЕРТ") значно ускладнює ідентифікацію відповідального органу влади. Між тим, очікується, що після завершення адміністративної реформи остаточний розподіл компетенції в сфері ДПП між різними органами влади буде більш чітким.

(b) Роль МЕРТ

МЕРТ відіграє роль спеціального уповноваженого органу у сфері ДПП у Україні.²⁴ Сфера його відповідальності включає, зокрема, підготовку та імплементацію програм розвитку ДПП, а також зміну існуючих програм. Окрім цього, МЕРТ сприяє впровадженню ДПП на центральному та місцевому рівнях. Воно має широкі повноваження щодо проектів ДПП, в які залучена держава, включаючи, але не обмежуючись аналізом ефективності проектів, наглядом за проектами, ініціація поданням судових позовів проти приватного партнера, участю у процедурах позасудового врегулювання суперечок між партнерами тощо.

В той же час, його повноваження стосовно контролю над проектами ДПП, які впроваджуються органами місцевого самоврядування, є обмеженими і акти МЕРТ в частині цих проектів мають скоріше рекомендаційний характер.

(c) Інші органи державної влади

Відповідно до законодавства України, інші міністерства та Фонд державного майна можуть контролювати впровадження проектів ДПП шляхом (i) контролю над державним партнером, якщо він підпорядкований такому органу влади, (ii) схвалення конкурсної документації та (iii) видачі різноманітних ліцензій і дозволів. В якості ілюстрації, Міністерство інфраструктури України відповідає за затвердження документації для проектів ДПП, пов'язаних із автомобільними дорогами. Окрім цього, Міністерство фінансів України відповідає за перевірку статусу проекту та визнання необхідності надання державної підтримки.

Коли приватний партнер отримує державну підтримку існує спеціальна процедура для контролю за наступними витратами державних коштів з боку органів державної влади.

На місцевому рівні органи місцевого самоврядування відповідають за підготовку юридичних документів для підтримки приватного партнера, а отже можуть передбачити й право контролю його діяльності.

(d) Національна комісія з регулювання ринку комунальних послуг²⁵

Законом України "Про національну комісію з регулювання ринку комунальних послуг України" було передбачено формування Національної комісії з регулювання ринку комунальних послуг ("**Комісія**") для впровадження державної політики у сфері комунальних

²⁴ Указ Президента України "Про Міністерство економічного розвитку та торгівлі країни" № 634/2011 від 31 травня 2011 року.

²⁵ Указ Президента України від 08.07.2011.

послуг (централізованого водо- і тепlopостачання). На початковому етапі, відповідно до зазначеного законодавчого акту функції нового органу влади виконувалися Національною комісією з регулювання електроенергії ("НКРЕ"). Однак 8 липня 2011 року Президент України видав указ про створення Комісії, а пізніше затвердив її персональний склад; у вересні 2011 року Комісія прийняла регламент своєї діяльності. Втім, всі нормативні акти, прийняті раніше НКРЕ зберігають свою чинність і визнаються Комісією.

Комісія відповідає за видачу ліцензій постачальникам, дистриб'юторам і виробникам комунальних послуг, транспортувальникам і дистриб'юторам води, тепла, послуг з водовідведення, а також за встановлення тарифів для підприємств, яким надається ліцензія. Вона також уповноважена розробляти ліцензійні умови, контролювати їх виконання та накладати штрафи, у разі потреби.

Для виконання вищезазначених функцій Комісія видає рішення і постанови. Такі постанови і рішення є обов'язковими для природних монополій та комерційних установ, які ведуть діяльність на ринку комунальних послуг. Комісія може мати власні регіональні відділення.

3.1.3 Рекомендації

- *Затвердити нову державну програму та стратегію розвитку ДПП, якою б на урядовому рівні підкреслювалася зацікавленість у проектах ДПП, передбачалися запропоновані законодавчі зміни та, в ідеальному варіанті, містилися переліки пілотних проектів ДПП.*
- *Розглянути можливість спрощення нормативно-правової бази ДПП шляхом скасування Закону про концесії та галузевих законів з тим, щоб єдиний Закон про ДПП застосовувався до усіх проектів ДПП, або внести зміни до законодавства, які б передбачали, що у разі, якщо Закон про ДПП надає конкретні права та привілеї, які не передбачені іншими законодавчими актами, то положення Закону про ДПП в цій частині повинні мати пріоритет перед іншими правилами і положеннями інших законодавчих актів.*
- *Чітко визначити повноваження органів влади, які залучаються до проектів ДПП на усіх стадіях, як на центральному, так і на місцевому рівнях: від ініціювання проекту ДПП до його впровадження та моніторингу; а також органів, які можуть укласти договір ДПП в якості його сторони.*
- *Усунути вимогу про те, що органи місцевого самоврядування повинні одержувати схвалення ДПП від органів державної влади, оскільки це суперечить принципам місцевого самоврядування. Але, якщо за відповідним договором буде необхідна державна підтримка, то відповідний орган державної влади повинен бути залучений на усіх етапах реалізації проекту ДПП.*

3.2 ВИЗНАЧЕННЯ ТА СФЕРИ ВПРОВАДЖЕННЯ ЗАКОНУ ПРО ДПП

3.2.1 Законодавче визначення ДПП

Закон про ДПП визначає ДПП як "співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, або фізичними особами - підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами".

Вищенаведене визначення є занадто широким. Зважаючи на те, що не існує вичерпного переліку договорів ДПП, будь-які договірні відносини між органами державної влади та приватними інвесторами можуть вважатися ДПП, включаючи відносини з приводу державних закупівель.

Закон про ДПП чітко не розрізняє ДПП та державні закупівлі, незважаючи на згадку про розподіл ризиків. Таке нечітке визначення ДПП призводить до неправильного розуміння цілей та природи проектів і призводить до відсутності підтримки серед населення та політиків.

3.2.2 Сфери впровадження ДПП

Закон про ДПП містить невичерпний перелік сфер, де можуть втілюватись проекти ДПП. Відповідно, ДПП може втілюватись у будь-якій сфері діяльності. Єдиними виключеннями є ведення господарської діяльності у сферах, в яких відповідно до закону діяльність можуть здійснювати виключно державні та комунальні підприємства та установи (наприклад, національна безпека, оборонні підприємства тощо). До об'єктів права державної власності, виключених зі сфери ДПП, відносяться об'єкти, стосовно яких прийнято рішення про приватизацію.

3.2.3 Повноваження органів на укладення договорів ДПП

В залежності від форми власності на відповідне майно (державна або комунальна), рішення стосовно проектів ДПП приймається різними органами. Стосовно об'єктів державної власності такі рішення приймаються КМУ або уповноваженим ним органом, а рішення стосовно об'єктів комунальної власності приймаються органами місцевого самоврядування (тобто, міськими/селищними радами²⁶), Радою міністрів АРК або органом, уповноважений Радою міністрів АРК (щодо власності АРК). Такі рішення приймаються на засіданнях, відповідно, КМУ або відповідної ради.²⁷ Окрім цього, рішення про ДПП повинно визначити уповноваженого представника для проекту ДПП. Разом із тим, саме відповідний орган влади повинен одержати наступні дозволи/погодження для того, щоб розпочати проект ДПП, провести конкурс на визначення приватного партнера та укласти сам договір про ДПП.

(а) Затвердження конкурсної документації

В залежності від роду діяльності, яка є предметом концесії або ДПП, тендерна документація розглядається різними органами влади. Наприклад, Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України є тим органом влади, який уповноважений на затвердження конкурсних умов щодо концесій або оренди інфраструктури, пов'язаної із постачанням водо- і теплопостачанням та водовідведенням. Міністерство інфраструктури України є органом влади, що уповноважений затверджувати тендерну конкурсну документацію стосовно концесій автомобільних доріг.²⁸ При цьому відповідно до Закону про концесію автомобільних доріг,²⁹ порядок проведення конкурсу затверджується КМУ; такий порядок ще не був затверджений; існує ризик затримок при розгляді і затвердженні конкурсної документації.

(б) Визначення переможця

Рішення стосовно проекту ДПП приймається КМУ, його уповноваженим представником, органом місцевого самоуправління самоврядування, включаючи Раду міністрів АРК, або

²⁶ Закон України "Про місцеве самоврядування" №. 280 від 21 травня 1996 року

²⁷ Стаття 10 Закону ДПП та стаття 6 Закону "Про концесії"

²⁸ Стаття 3 Закону про концесію автомобільних доріг

²⁹ Стаття 3 Закону про концесію автомобільних доріг

його уповноваженим представником за результатами конкурсу на визначення приватного партнера у ДПП.

(с) Дозволи на укладання договору ДПП

Перед укладання договору ДПП державний партнер повинен надіслати проект договору ДПП до МЕРТ на затвердження. Договір може бути укладений або представником КМУ або представником органу місцевого самоврядування.

Законодавство не передбачає будь-якого співвідношення між схваленнями від різних міністерств, більш того, схвалення одного міністерства не гарантує схвалення іншим.

В той же самий час повноваження міністерств (органів державної влади) впливати на проекти ДПП, ініційовані органами місцевого самоврядування, є розмитими. Зокрема, стаття 71 Закону України "Про місцеве самоврядування" передбачає, що органи державної влади можуть втручатися у сферу відповідальності органів місцевого самоврядування, лише якщо це передбачено законом. Відповідно до частини 4 статті 6 Закону України "Про оренду і концесію інфраструктури" державний партнер повинен погодити конкурсні умови з Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України. При цьому співпраця між органами влади ґрунтується на координації, а не на субординації. В принципі, органи місцевого самоврядування можуть прийняти рішення, яке не відповідає рекомендації міністерства, але в результаті йому може бути відмовлено у державній підтримці під час реалізації ДПП.

У той же час вимога Положення № 384, яка накладає на органи місцевого самоврядування саме обов'язок одержувати попередній дозвіл від МЕРТ при укладанні договору ДПП суперечить Закону України "Про місцеве самоврядування".

(d) Подальша реєстрація

Укладені договори ДПП підлягають реєстрації:

- (i) договір ДПП повинен бути зареєстрований у МЕРТ ³⁰;
- (ii) договори концесії державного майна повинні реєструватись у Фонді державного майна ³¹ шляхом отримання повідомлення про укладання договору від державного партнера;
- (iii) договори концесії комунального майна повинні реєструватись у відповідному органі місцевого самоврядування, який повідомляє Фонд державного майна про реєстрацію;
- (iv) договори оренди та концесії інфраструктури водо- та тепlopостачання, а також водовідведення, реєструються в Міністерстві регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України. Потім це Міністерство надсилає копію зареєстрованого договору до Фонду державного майна.

Постанова № 384 передбачає загальні правила і не передбачає будь-яких виключень стосовно реєстрації концесійних договорів та договорів оренди інфраструктури водо- та тепlopостачання, а також водовідведення. Постанова № 384 не застосовується до ДПП в частині визначення умов конкурсу, якщо інша процедура передбачена законодавством. Між тим, деякі конкурсні процедури та правила процедур встановлюються наказами, постановами та іншими підзаконними нормативними актами, що призводить до певної невизначеності стосовно того, якою саме процедурою слід керуватися.

³⁰ Постанова № 384

³¹ Стаття 10 Закону про Оренду та Концесію Інфраструктури

3.2.4 Повноваження органів влади щодо делегування функцій та відповідальності компаніям ДПП

Стаття 4 Закону про ДПП передбачає, що за договором ДПП державний партнер може делегувати функції відносно: будівництва, проектування, ремонту, модернізації, розробки, експлуатації, дослідження а також інші функції, необхідні для виконання договору ДПП.

Українське законодавство не передбачає будь-яких обмежень щодо комунальних послуг, які можуть постачатися приватними компаніями (якщо ДПП може бути втілено у конкретній сфері). До прийняття Закону про Оренду і Концесію Інфраструктури українське законодавство не дозволяло приватному партнеру (орендарю) експлуатувати інфраструктуру водо- та тепlopостачання, а також водовідведення, відповідно до договору оренди. Він міг отримати таке право виключно після укладення окремо договору про надання послуг (договору про експлуатацію). Наприклад, така концепція була використана в проєкті в м. Одеса, коли були укладені договори про оренду інфраструктури та експлуатаційні договори (на надання послуг). Але після прийняття Закону про Оренду та Концесію Інфраструктури договір оренди автоматично передбачає право експлуатувати інфраструктуру для цілей надання комунальних послуг. Втім, право експлуатації не дозволяє надавати послуги споживачам та виставляти за це рахунки. На практиці, після ліквідації усунення комунального або державного постачальника відповідних послуг, компанія, утворена для реалізації ДПП не є правонаступником відповідних постачальників, а це викликає питання про укладання нових договорів зі споживачами.

Окрім цього, якщо відповідно до договору ДПП (i) приватному партнеру необхідно експлуатувати та/або управляти електричними мережами, трубопроводами та іншими лініями передач; та (ii) а відповідне право встановлено сервітутом на ім'я державного партнера, то приватний партнер може скористатися таким сервітутом³² від імені державного партнера. Але стаття 401 Цивільного кодексу України говорить, що сервітут (i) є особистим майновим правом, яке не може бути відчужено; або (ii) прив'язується до земельної ділянки і може бути відчужений лише разом із земельною ділянкою (правом користування земельною ділянкою). Окрім цього, стаття 101 Земельного кодексу України передбачає, що сервітут не може бути переданий будь-якій третій стороні. Таким чином, це положення Закону про ДПП є виключно декларативним, і на практиці приватний партнер буде зобов'язаний пройти всі процедури щодо оформлення сервітут на своє ім'я.

3.2.5 Визначення приватного партнера

Закон про ДПП не містить будь-яких обмежень стосовно фізичних та юридичних осіб, які можуть бути приватним партнером (товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерні товариства, тощо). Окрім цього, декілька юридичних осіб можуть разом виступати приватним партнером. Закон про ДПП прямо передбачає, що іноземні та українські компанії мають рівні права щодо участі в ДПП.

Між тим, з практичної точки зору іноземним приватним партнерам рекомендується створювати юридичні особи в Україні з таких причин:

- (i) будь-які послуги, що надаються в Україні за контрактом, дійсним більше 6 місяців впродовж будь-якого 12 місячного періоду³³ може створювати постійне представництво іноземної компанії³⁴, а отже всі прибутки, одержані в Україні підлягають оподаткуванню в Україні;

³² Стаття 8 Закону про ДПП

³³ Якщо не передбачено іншим чином

³⁴ Що серед іншого означає зобов'язання зареєструватись у податковій інспекції в якості платника податків в Україні

- (ii) лише українські юридичні особи або представництва можуть одержати ліцензії в силу спеціальних вимог щодо документів, які подаються для отримання ліцензій, виданих під час реєстрації юридичної особи або представництва в Україні; та
- (iii) певні законодавчі акти прямо вимагають, щоб діяльність велася виключно юридичною особою.³⁵

Окрім цього, рекомендується створювати юридичну особу, а не представництво іноземної компанії в Україні. На практиці, представництву дуже складно одержати ліцензію і просто неможливо це зробити для юридичної особи, створеної за межами України.

З практичної точки зору, українське дочірнє підприємство приватного партнера повинно бути створено до початку участі в тендері або проекті, оскільки переможець тендеру є особою, що укладає договір. На відміну від передової практики, законодавство України у сфері ДПП не надає право материнській компанії або консорціуму брати участь у тендері за тієї умови, що у разі перемоги вони створять дочірнє підприємство в Україні, яке і підпише договір. Окрім цього, існує ризик, що такий договір може бути оскаржений на тій підставі, що компанія, яка укладає договір ДПП, не була обрана на конкурентній основі.

3.2.6 Рекомендація

- ***Передбачити можливість для материнських компаній або консорціумів (приватного партнера) брати участь за тієї умови, що після того, як його буде оголошено переможцем, то материнська компанія заснує українську компанією для впровадження проекту.***

3.3 ВИБІР ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА

3.3.1 Загальна інформація

Для проектів ДПП встановлена спеціальна процедура проведення конкурсів.³⁶ Відповідно до Закону про ДПП приватний партнер повинен обиратись на конкурентній основі, якщо інше не передбачено законодавством. Проведення конкурсу є обов'язковим незалежно від того, хто ініціював проект (державний або приватний партнер).

Проведення конкурсу не вимагається для договорів оренди та концесійних договорів щодо інфраструктури тепло- та водопостачання, якщо проект відбувається в межах одного села. Такі ж самі правила застосовуються, якщо підприємство створюється колишніми працівниками комунального підприємства. Таке підприємство має переважне право укласти договір оренди. Ми рекомендуємо виключити такі винятки.

Постанова № 384 та Закон про ДПП передбачають, що встановлені процедури відбору приватного партнера не застосовується до проектів ДПП, для яких законом встановлена особлива процедура. Основні етапи такої особливої процедури передбачені в Законі про концесії (яким встановлюються загальні правила проведення конкурсів стосовно всіх концесійних договорів) та Законі про оренду та концесію інфраструктури (правила проведення конкурсів, що застосовуються виключно до оренди та концесії інфраструктури тепло- та водопостачання і водовідведення). В той же час, конкурси на концесію автомобільних доріг регулюються постановами КМУ. Окремі конкурсні правила встановлені

³⁵ Закон України "Про питну воду" передбачає, що постачання води та водовідведення можуть здійснюватися виключно юридичними особами

³⁶ Пункт 1 Постанови КМУ "Про деякі питання стосовно ДПП"

для проектів ДПП в паливно-енергетичній сфері Наказом Міністерство енергетики та вугільної промисловості України.³⁷ Існує ризик, що результати конкурсу, проведеного відповідно до інших правил, будуть оскаржені з формальних причин, оскільки ці правила не передбачені Законом про ДПП, що означає, що необхідно застосовувати Положення № 384.

В принципі різноманітні закони, постанови та накази щодо концесій передбачають одні і ж самі етапи конкурсу, але існують певні відмінності щодо того як оголошується переможець, який орган влади затверджує конкурсну документацію тощо. Конкурсні умови для проектів, які передбачають оренду або концесію у сфері тепло- та водопостачання і водовідведення, повинні затверджуватись Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, а для інших ДПП проектів - МЕРТ.

Відповідно до Постанови № 384, конкурс повинен включати такі етапи:

- (i) Прийняття рішення про початок проекту ДПП;
- (ii) інформування потенційних учасників про конкурс. Відповідна інформація повинна бути розмішена на веб-сторінці державного партнера та Міністерства економіки або іншого відповідального органу³⁸, а також у місцевих друкованих виданнях і газетах "Голос України" та "Урядовий кур'єр". Це необхідно зробити принаймні за один (1) місяць до подачі конкурсних заявок учасниками³⁹. Оголошення повинно містити інформацію про конкурс (тип договору, об'єкт ДПП, строки для подачі пропозицій тощо);
- (iii) одночасно державний партнер повинен сформувати конкурсну комісію. Комісія відповідає за визначення переможця;
- (iv) після того, як інформація про конкурс буде доступна в друкованих ЗМІ, учасники матимуть змогу подавати свої заявки. Звертаємо Вашу увагу на те, що у законодавстві визначено вичерпний перелік документів, які необхідно подати учаснику. Якщо учасник представлений декількома компаніями, то вони подають одну заявку;
- (v) конкурсна комісія робить попередній вибір переліку учасників, яким буде дозволено взяти участь в конкурсі, виходячи з того, чи відповідають вони конкурсним вимогам, а потім інформує державного партнера, який передає цю інформацію учаснику, який пройшов відбір. На цьому етапі учасники можуть одержати інформацію про об'єкт ДПП і подати свої пропозиції;
- (vi) конкурсна комісія аналізує пропозиції, визначає переможця та складає протокол про результати конкурсу. Передбачений перелік критеріїв, які комісія має приймати до уваги;
- (vii) протокол проведеного конкурсу затверджується державним партнером (впродовж 1 дня);
- (viii) затверджений протокол надсилається державним партнером до МЕРТ;
- (ix) інформація про конкурс оприлюднюється на веб-сторінці державного партнера та через ЗМІ;
- (x) після цього МЕРТ затверджує проект договору ДПП (на протязі 30 днів); та
- (xi) державний партнер підписує договір з приватним партнером.

³⁷ Наказ Міністерство енергетики та вугільної промисловості України "Про затвердження Порядку розгляду інвестиційних проектів розвитку об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності, в умовах оренди чи концесії"

³⁸ Зокрема, органу, відповідального за сферу ЖКГ.

³⁹ Стаття 18 Постанови Кабінету Міністрів України "Про деякі питання щодо ДПП"

Постанова № 384 містить деталізовані вимоги щодо того, яку тендерну документацію необхідно готувати для проведення тендера, а також детальний опис критеріїв для визначення переможця тендера, в той час, як інші закони (включаючи Закон про концесії та Закон про оренду і концесію інфраструктури, тощо) містять лише загальний опис процедури та критеріїв. Між тим, органи влади можуть використовувати ці правила як основу для будь-якого проекту щодо концесії або оренди. Більшість інших конкурсних процедур вказує, що переможцем необхідно обирати учасника, який надав економічно вигіднішу пропозицію, в той час, як Постанова № 384 містить більш конкретні вимоги щодо порядку прийняття рішення. Однак на противагу передовій міжнародній практиці, українське законодавство не надає можливості приватному партнеру зазначати і не зобов'язує конкурсна комісія приймає до уваги минулі проекти та досвід материнської компанії під час подачі заявок для підтвердження якості та досвіду.

Постанова № 384 передбачає зобов'язання тендерного конкурсної комісії оприлюднити інформацію щодо прийнятих та відхилених пропозицій. Така інформація повинна містити обґрунтування таких рішень.

3.3.2 Рекомендації

- *Запровадити уніфіковану процедуру вибору приватного партнера для усіх договорів ДПП, незалежно від законодавства, яким він регулюється (критерії вибору будуть залежати від конкретного проекту).*
- *Передбачити можливість для приватного партнера (українського дочірнього підприємства) зазначати минулі проекти та досвід материнської компанії чи консорціуму під час тендерної заявки для підтвердження якості заявки та досвіду.*

3.4 ДОГОВІР ПРО ДПП

3.4.1 Визначення

Закон про ДПП містить невичерпний перелік видів договорів про ДПП, які можуть включати, зокрема: концесію, лізинг (оренду), спільну діяльність, угоди про розподіл продукції тощо. На практиці для цілей ДПП в Україні використовуються договори про управління та експлуатацію, договори про управління майном, а також договори про оренду та експлуатацію (використовуються як еквівалент Реконструюй-Володій-Експлуатуй або Побудуй-Володій-Експлуатуй, Побудуй-Володій-Передай).

Насправді, українське законодавство не дозволяє використовувати такі види ДПП, якщо приватний партнер одержує у власність інфраструктуру. Відповідно до Закону про ДПП, інфраструктура, передана приватному партнеру, та власність, побудована в рамках проекту, залишається у власності державного партнера.

Остаточне рішення щодо виду договору ДПП приймається державним партнером, виходячи із доцільності. Основні звичайні види співпраці між державним та приватним партнерами описані нижче.

3.4.2 Особливості певних видів проектів

(а) Технічна допомога

Як правило, всі договори про технічну допомогу, укладені з державним партнером органом чи органом місцевого самоврядування, підпадають під конкурсну процедуру закупки за

державні кошти, якщо їхня вартість дорівнює або перевищує:⁴⁰ 300 000 гривень (для робіт) та 100 000 гривень (для послуг).⁴¹

Відповідний конкурс проводиться на підставі положень Закону України "Про здійснення державних закупівель".⁴² Технічна допомога широко вживається у проектах щодо вивозу та оброки сміття по всій Україні.

(b) Договір про експлуатацію та обслуговування

За договором про експлуатацію та обслуговування державний партнер надає інфраструктуру приватному партнеру в рамках так званого "довірчого управління".⁴³ Останній буде володіти, експлуатувати та розпоряджатися інфраструктурою виключно в інтересах та на благо центрального, місцевого органу влади.⁴⁴ Українське законодавство передбачає лише загальне регулювання цього виду ДПП та залишає простір для вирішення багатьох питань за угодою сторін. Відповідно до цього виду ДПП, для певних угод може бути необхідним отримання попереднього дозволу державного партнера.

Умови розподілу ризиків в договорі про експлуатацію та обслуговування закону законодавчо не врегульовані. Таким чином, рекомендується включати детальні положення щодо розподілу ризиків в самому договорі. Незважаючи на обмежені ризики експлуатуючих та обслуговуючих компаній, Цивільний кодекс України накладає досить широку відповідальність на приватного партнера. Відповідно до статті 1043 Цивільного кодексу України, приватний партнер зобов'язаний компенсувати збитки, викликані неефективним управлінням. Окрім цього, він несе субсидіарну відповідальність за борги, пов'язані із управлінням майном. Таким чином, договір повинен прямо передбачати і описувати обставини, коли така відповідальність буде повністю виключена або дуже обмежена.

(c) Оренда

Оренда розуміється як договір, відповідно до якого приватний партнер забезпечує надання певних публічних послуг, експлуатуючи інфраструктуру та сплачуючи фіксовану плату органу влади за її використання. Різниця між виручкою, одержаною від споживачів, та платежами органам влади є прибутком приватного партнера. В українській практиці оператори несуть експлуатаційний ризик, а також інвестиційні зобов'язання щодо капітального ремонту та реконструкції/будівництва. Зокрема, такі зобов'язання відповідного приватного оператора були передбачені обов'язковими умовами імплементації схожого проекту з розвитку інфраструктури в м. Одеса.⁴⁵

Основна проблема стосується можливості та законності укладання договору оренди щодо певних видів інфраструктури за законодавством України.

Українське законодавство передбачає певні обмеження щодо об'єктів, які можуть бути передані в оренду. Закон України "Про оренду державного та комунального майна" №

⁴⁰ Закон України "Про здійснення державних закупівель" від 1 червня 2010 року.

⁴¹ Органи влади зобов'язані оприлюднювати інформацію про тендер у міжнародних ЗМІ, тільки якщо роботи або послуги коштують 500 000 євро (для робіт) або 300 000 євро (для послуг).

⁴² Стаття 6 Закону про ДПП.

⁴³ Відповідно до української концепції "довірчого управління" довірена особа одержує право володіти та використовувати майно для досягнення цілей, встановлених власником майна. Право власності на майно не може бути передано до довіреної особи відповідно до контракту про управління майном.

⁴⁴ Цей вид договору був укладений між Київською міською радою та Київводоканалом для управління і експлуатації відповідної інфраструктури у м. Києві.

⁴⁵ В Одеському проекті Інфоксводоканал прийняв зобов'язання інвестувати певну суму та виконати капітальний ремонт інфраструктури. Сторони підписали графік платежів до Договору про співпрацю.

2269-XI від 20 квітня 1992 року та Закон країни "Про приватизацію державного та комунального майна" № 2163-III від 4 березня 1992 року забороняють передавати в оренду:

- (i) Інфраструктуру, яка включає так звані "об'єкти, що забезпечують соціальну безпеку та функціонування держави в цілому".⁴⁶ Між тим, українське законодавство не містить визначення "об'єктів, що забезпечують соціальну безпеку та функціонування держави в цілому". Таким чином, існує ризик, що будь-який договір оренди стосовно будь-якої інфраструктури (окрім водопостачання, теплопостачання та водовідведення) може бути визначений недійсним.
- (ii) об'єкти, які не підлягають приватизації. Перелік таких об'єктів передбачений Законом України "Про перелік об'єктів права державної власності, які не підлягають приватизації". Більше того, загальний перелік такого майна визначений статтею 5 Закону України "Про приватизацію державного майна".

Зважаючи на суперечності українського законодавства, існують випадки, коли об'єкт включений до переліку державного майна, що не підлягає приватизації, вже не є державним майном. В такому випадку можливе укладання договору оренди, але існує ризик оскарження такого договору на формальних підставах.

Звертаємо Вашу увагу на те, що на теперішній час договори оренди не можуть укладатись стосовно морських портів, комунального транспорту та в деяких інших сферах, що можуть становити потенційний інтерес для інвесторів.

Але в той же самий час законодавство України не містить будь-яких обмежень щодо управління або передачі в концесію таких об'єктів.⁴⁷

Законодавство України не передбачає спеціальних правил для проектів "Будуй-Експлуатуй-Передай". На практиці, такі види проектів впроваджуються відповідно до загальних правил щодо концесії або оренди.

3.4.3 Дозволи та ліцензії у зв'язку із проектами ДПП

Українське законодавство не вимагає від приватного партнера одержувати будь-які спеціальні ліцензії для укладання договору ДПП. З іншого боку, підписання договору ДПП не дозволяє приватному партнеру розпочати експлуатацію інфраструктури, якщо така діяльність потребує ліцензії та/або спеціального дозволу. Ліцензії та дозволи, видані державній або комунальній компанії, не можуть передаватись. ДПП компанія повинна одержати ліцензії на своє ім'я.

Перелік необхідних ліцензій та дозволів залежить від обсягу діяльності приватного партнера, а також від сфери, в якій впроваджується ДПП. Загалом, ліцензії, що їх може одержати приватний партнер, можна поділити на два основні категорії:

- (i) Ліцензії, які можуть бути видані приватному партнеру без договору ДПП (наприклад, ліцензія на будівельні роботи може бути видана компанії, яка відповідає ліцензійним умовам). На практиці, компанії, котрі бажають укласти договір ДПП вже мають необхідні ліцензії на будівельні роботи.
- (ii) Ліцензії, які можуть бути видані приватному партнеру після укладання договору ДПП. У таких сферах, як тепло- та водопостачання, водовідведення, приватний партнер повинен

⁴⁶ Стаття 5 Закону України "Про приватизацію державного майна"

⁴⁷ Іноземна компанія не може управляти водною інфраструктурою відповідно до Закону України "Про питну воду та постачання питної води", а також Ліцензійних умов

одержати ліцензію, що дає право займатися певним видом діяльності, впродовж 3 (трьох) місяців після укладання договору ДПП. Звертаємо Вашу увагу на те, що не існує спрощеної системи видачі ліцензії для компанії ДПП. Наприклад, проект відповідного договору із підприємством "Луганськвода" передбачав покладення на приватного партнера зобов'язань одержання ліцензій після укладання договору. Окрім цього, звертаємо Вашу увагу на те, що така ліцензія має бути видана до початку, власне, діяльності (експлуатації інфраструктури).

Закон про концесії передбачає, що приватний партнер несе одноособову відповідальність за одержання всіх дозволів і ліцензій, пов'язаних із його сферою відповідальності. Між тим, згідно статті 5 Закону про концесію автомобільних доріг, держаний партнер зобов'язаний *"надавати підтримку концесіонеру в отримання всіх необхідних дозволів, ліцензій"*. На практиці рекомендовано включати до відповідних договорів положення, які деталізують форму такої допомоги.

3.4.4 Обмеження щодо положень, які дозволено включати до договору про ДПП

Українське законодавство не містить переліку положень, які не можуть включатися до договору ДПП. Замість цього воно містить перелік так званих "істотні умов", без яких договір є недійсним. Наприклад, стаття 10 Закону про концесії встановлює істотні умови для концесійних договорів, а інші умови можуть встановлюватися: (i) умовами конкурсу; (ii) угодою сторін; та (iii) положеннями, передбаченими іншими законодавчими актами (Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, тощо). Ризик недійсності (визнання неукладеним) договору у разі відсутності істотних умов має негативний вплив на інновацію та гнучкість ДПП, і його необхідно усунути. *Для забезпечення інтересів приватного партнера та зменшення ризику визнання договору неукладеним необхідно визначати основні умови, що повинні міститися у самому Договорі про ДПП або у конкурсній документації.*

3.4.5 Типовий договір та істотні умови

Станом на сьогодні законодавство України передбачає такі типові договори:

- (i) типовий договір концесії; та
- (ii) типовий договір концесії автомобільних доріг.

На практиці, органи місцевого самоврядування також мають типові договори концесії/оренди.

Типові договори не є обов'язковими і можуть використовуватись сторонами в якості рекомендації.

Відповідно до українського законодавства будь-який договір вважається укладеним, якщо він містить всі істотні умови, встановлені законодавством. Істотні умови визначаються різними законодавчими актами. На практиці, через ризик визнання договору неукладеним, договір повинен містити всі істотні умови, встановлені відповідними законодавчими актами.

Окрім цього, додаткові основні умови можуть міститися у конкурсній документації, зокрема, у проекті договору про ДПП, але на практиці органи влади відмовляються обговорювати основні умови через те, що вони не можуть бути змінені в світлі відповідних істотних умов, закріплених законодавством.

3.4.6 Свобода компанії ДПП у взаємодії з третіми сторонами

(а) Загальні положення про субпідряд

Відповідно до Закону про концесію приватний партнер може залучати за окремими договорами третіх сторін до виконання певних спеціальних робіт на об'єкті концесії, залишаючись при цьому зобов'язаною стороною перед державним партнером за результат концесії.⁴⁸

На практиці приватні партнери наполягають на включенні таких цього права до договору про ДПП.⁴⁹

(b) Положення про делегування

Законодавство України допускає можливість делегування права приватного партнера щодо управління (експлуатації) інфраструктури, одержаної в концесію або оренду, якщо: (i) договір передбачає надання партнеру саме ексклюзивних прав експлуатації та (ii) державний партнер заздалегідь погоджується на таку передачу.

Так, стаття 15-3 Закону про оренду та концесію інфраструктури передбачає:

"У разі якщо концесійним договором передбачено виключне право концесіонера на створення (будівництво) та/або управління (експлуатацію) об'єктом централізованого тепло-, водопостачання і водовідведення, це право не може бути передано третім особам концесіодавцем без згоди концесіонера або концесіонером без згоди концесіодавця"

Таке ж право передбачено для орендаря. Це положення може бути розтлумачено як право концесіонера/орендаря делегувати експлуатацію об'єкта тепlopостачання третій стороні. У той же час цей же Закон про оренду та концесію інфраструктури забороняє передавати "майнові права" за договором концесії.⁵⁰

З практичної точки зору тут виникає питання одержання відповідних ліцензій. Ліцензійні умови на тепло-⁵¹, водопостачання і водовідведення, вимагає від ДПП компанії надати будь-який документ, який підтверджує право власності або право користування інфраструктурою. Але, в силу формалістичного підходу з боку ліцензійних органів, під такими документами часто розуміють договори концесії або договори оренди інфраструктури. Відповідно, приватний партнер, який отримує право експлуатувати інфраструктуру на інших, ніж договір концесії або оренди, підставах, несе ризик неотримання ліцензії.

3.4.7 Здатність органу державної влади нехтувати певними умовами договору ДПП

Стаття 10 Закону про концесії та статті 20 Закону про ДПП передбачають, що права і обов'язки сторін, визначених договором, укладеним у рамках ДПП, протягом строку його дії застосовується законодавство України, чинне на день його укладення, незважаючи на зміни

⁴⁸ Стаття 18 Закону про концесії

⁴⁹ Наприклад, пункт 7.7 Проекту Договору концесії із підприємством "Луганськвода".

⁵⁰ Стаття 15-2 Закону про оренду та концесію інфраструктури. В українському законодавстві не існує точного визначення майнових прав, але на практиці такі права тлумачаться як право володіти, використовувати та розпоряджатися майном (наприклад, передавати в суборенду, суб-концесію). Таким чином, концесіонер не матиме право передати об'єкт тепlopостачання в суборенду або субконцесію Компанії.

⁵¹ Наказ Міністерства з питань житлово-комунального господарства України "Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з постачання теплової енергії" №. 370, від 24 листопада 2009 року та Постанова КМУ "Про внесення змін до переліку документів, які додаються до заяви про видачу ліцензії для окремого виду господарської діяльності" від 4 липня 2011 року.

в цивільному або господарському законодавстві. Іншими словами, права приватного партнера за договором не можуть бути обмежені подальшим законодавством.

Окрім цього, будь-які зміни до договору ДПП можливі лише за згоди сторін, і державний партнер не має жодних привілеїв у цьому відношенні.

З іншого боку, відповідно до статті 20 Закону ДПП, вимоги концесійного контракту повинні бути приведені у відповідність із змінами у ліцензійному, митному, податковому, екологічному законодавстві, законодавстві щодо публічного порядку, правил проведення валютних операцій, та *іншими змінами в будь-якій галузі законодавства "в яких не діють принципи рівності сторін"*. Все ж, таке широке визначення створює для приватного партнера ризик повної залежності від державного партнера (від його можливостей визначати режим правового регулювання). Такі регуляторні ризики можуть своєю чергою обумовлюватися низьким попитом, втратою доходів, валютними коливаннями тощо. Саме тому договір повинен містити положення про розподіл ризиків і відшкодування збитків, завданих змінами законодавства.

3.4.8 Права сторін у разі розірвання договору ДПП

Незважаючи на підстави розірвання договору ДПП або припинення у його чинності, ДПП партнер зобов'язаний повернути об'єкт договору ДПП до державного партнера на умовах, визначених в такому договорі.⁵² Об'єкт водопостачання і водовідведення повинен бути повернутий публічному партнеру впродовж 10 (десяти) днів після розірвання/припинення дії договору. Договір може передбачати штрафні санкції за затримку у поверненні об'єкту. В проекті концесійного договору із підприємством Луганськвода була передбачена штрафна санкція за затримку передачі приватним партнером об'єкту ДПП.⁵³

Розірвання/припинення строку чинності договору оренди або концесії щодо об'єкту тепло-, водопостачання і водовідведення не дозволяє приватному партнеру припинити постачання відповідних послуг до повернення об'єкта державному партнеру.

У разі розірвання/закінчення строку чинності договору, приватний та державний партнери мають такі права:

(а) Права приватного партнера

- (i) після розірвання/припинення строку чинності договору оренди відокремити окремі об'єкти, побудовані за його рахунок, якщо це прямо дозволено договором та якщо їх вартість не була відшкодована через амортизаційні відрахування;
- (ii) Приватний партнер може вимагати компенсацію за дострокове припинення. Він може одержати старе обладнання, якщо було встановлено нове обладнання (наприклад, у разі передачі в концесію об'єктів тепло-, водопостачання і водовідведення);
- (iii) Приватний партнер може вимагати компенсацію за удосконалення поліпшення майна, здійснені за згодою орендодавця (наприклад, поліпшення об'єктів тепло-, водопостачання і водовідведення, якщо це передбачено договором);
- (iv) Приватний партнер може вимагати компенсацію за вартість будівництва нових об'єктів, якщо це не було відшкодовано відшкодування за рахунок амортизаційних відрахувань та якщо таке право було передбачено в договорі оренди;

⁵² Стаття 7 Закону про ДПП.

⁵³ Стаття 32.1 Проекту Договору концесії із підприємством Луганськвода.

"У разі поліпшення майна, отриманого в концесію, яке здійснено за рахунок коштів концесіонера, чи створення концесіонером майна на виконання умов концесійного договору концесіодавець зобов'язаний відшкодувати концесіонеру витрати, зроблені у зв'язку із зазначеними поліпшеннями, або вартість створеного майна в частині, що не була компенсована концесіонером у результаті концесійної діяльності відповідно до умов концесійного договору".

Українське законодавство не передбачає будь-яких інших компенсацій за збитки, зазначені в результаті розірвання.

Важливо підкреслити, що незважаючи на підставі розірвання договору ДПП, таке розірвання не повинно призвести до несправедливого збагачення будь-якої сторони. Таким чином, навіть якщо розірвання сталося через порушення з боку приватного партнера, це не повинно дати право органу влади забрати будь-які активи, не сплачуючи за них приватному партнеру. Законодавство повинно дозволяти знайти справедливе вирішення такої ситуації. Це є ключовим питанням для "придатності" для міжнародних банків і фінансових інститутів.

Таким же самим чином, якщо розірвання сталося через порушення з боку державного партнера, то приватний партнер повинен мати право на компенсацію, яка відшкодує втрати, такі як непогашений борг, інвестиції та втрачені прибутки. Такі елементи повинні бути включені до суми компенсації, що виплачується у разі розірвання договору в суспільних інтересах, хоча, можливо, і не у повній мірі.

(b) Права державного партнера:

- (i) Державний партнер має право на повернення об'єкту ДПП;
- (ii) Державний партнер може вимагати відшкодування понесених втрат, якщо приватний партнер спричинив погіршення стану об'єкту концесії. Відшкодування не повинно сплачуватись, якщо приватний партнер доведе, що погіршення стану об'єкту або його втрата сталися не з його вини.
- (iii) Державний партнер може вимагати відстрочення / призупинення дії договору ДПП на строк, що не перевищує 3 (три) місяці, щоб забезпечити постачання необхідних послуг⁵⁴ (лише у разі лізингу об'єктів тепло-, водопостачання і водовідведення);
- (iv) Державний партнер може вимагати сплату штрафних санкцій, якщо це передбачено договором.

Звертаємо Вашу увагу на те, що сторони можуть передбачити додаткові права і зобов'язання за договором. Але, під час переговорів державний партнер, зазвичай бажає уникнути додаткових фінансових зобов'язань і, таким чином, не бажає додавати положення про відшкодування до договору.

3.4.9 Рекомендації

- **внести зміни до ліцензійних умов для того, щоб дозволити прискорену процедуру ліцензування, включаючи компанії ДПП.**
- **уточнити або внести з зміни до ліцензійних умов, які обмежують право приватного партнера одержувати ліцензію лише на підставі документу, який підтверджує права користування або право власності на відповідні мережі:**

⁵⁴ Статті 17 та 18 Закону про оренду та концесію інфраструктури.

дозволити одержання ліцензій на основі будь-якого договору ДПП, який передбачає прав експлуатувати відповідну інфраструктуру.

- *внести зміни до статті 5 Закону "Про приватизацію державного майна" для того, щоб дозволити лізинг державної інфраструктури, окрім "стратегічних" об'єктів для цілей ДПП, і уточнити поняття "стратегічне значення."*
- *передбачити можливість справедливої компенсації у разі дострокового припинення договору ДПП з метою (i) відшкодування обґрунтованих збитків приватного партнера (виходячи із підстав для припинення) та (ii) уникнення ситуацій несправедливого збагачення будь-якої сторони після такого припинення.*
- *внести зміни до Закону про ДПП, які б передбачали істотні умови договору ДПП. Закон повинен чітко визначити, що незалежно від вимог інших законів договір ДПП має містити лише ті істотні умови, що передбачені Законом про ДПП та основні умови, передбачені конкурсною документацією. При цьому слід уникати санкцій визнання недійсним договору про ДПП у разі відсутності в ньому певних умов, передбачених законодавством про ДПП роз'яснити чи може представництво приватного партнера ДПП подавати заявки на одержання ліцензій.*

3.5 ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ І ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ

3.5.1 Можливість передачі в заставу державного і комунального майна

За загальним правилом майно у проектах ДПП може потрапляти у одну з наступних категорій: (i) майно, яке не може бути приватизоване (майно, передане приватному партнеру для використання у ДПП або майно, яке повинно бути створене/придбане і пізніше передане державному партнеру в рамках ДПП) та (ii) майно приватного партнера (наприклад, майно приватного партнера створене вздовж полос відведення тощо). Українське законодавство не обмежує передачу у заставу майна приватного партнера, а також майна публічного партнера за умови, що таке майно не передано приватному партнеру для цілей використання у ДПП та може бути приватизоване.

Проте державне та комунальне майно, що використовується в ДПП не може бути передане у приватну власність протягом усього строку дії проекту.⁵⁵ Це означає, що публічному партнеру, так само, як й приватному партнеру заборонено відчужувати майно третім сторонам, створене чи передане по проекту ДПП, навіть з метою виконання своїх зобов'язань перед кредиторами.

Що ж до державного та комунального майна, яке не використовується у ДПП, то воно може бути предметом застави, хоча при цьому слід враховувати наступні загальні обмеження стосовно реалізації відповідних прав:

- (i) застава нерухомого державного чи комунального майна вимагає попереднього погодження органом, у чиєму підпорядкуванні перебуває розпорядник цього майна;⁵⁶ аналогічне правило діє й щодо застави рухомого майна, за виключенням майна, що перебуває у повному господарському віданні державних підприємств;⁵⁷

⁵⁵ Див., серед інших, статті 3 та 7 Закону.

⁵⁶ Стаття 14 Закону України "Про іпотеку".

⁵⁷ Стаття 11 Закону України "Про заставу".

- (ii) державне майно, яке не підлягає приватизації, не підлягає й передачі в іпотеку чи заставу; проте, державні підприємства, які не підлягають приватизації, все ж вправі передавати у заставу власні товарно-матеріальні цінності.⁵⁸
- (iii) заборонено передавати в заставу об'єкти культурного надбання, зареєстровані у Державному реєстрі національного культурного надбання;
- (iv) продаж заставленого нерухомого майна повинен здійснюватися у відповідності із спеціальними приписами Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств" та Закону України "Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва" (тобто, як правило, на конкурсних засадах).

Окрім того, не може бути передане у заставу право оренди земель, що перебувають у комунальній чи державній власності.

Зрештою, права на заставлене майно є дійсними у відносинах із третіми особами лише у випадку належної їх реєстрації у відповідних державних реєстрах - така реєстрація є передумовою визнання пріоритетних прав перед іншими кредиторами у випадку звернення стягнення на заставлене майно.⁵⁹ Однак, наразі неможливо зареєструвати обтяження стосовно об'єктів незавершеного будівництва та єдиних майнових комплексів підприємств.⁶⁰ Тобто, можливість реєстрації застави стовно таких об'єктів виключена із суто формалістичних причин. З 1 січня 2012 року повинен запрацювати Державний реєстр речових прав на нерухоме майно,⁶¹ що є новим типом реєстру реєстрації як об'єктів незавершеного будівництва, так й єдиних майнових комплексів підприємств.

В принципі, українське законодавство передбачає декілька підстав звернення стягнення на заставлене майно через: судове рішення,⁶² виконавчий лист нотаріуса або за відповідною угодою між сторонами.⁶³

Продаж нерухомого майна в іпотеці, який здійснюється на підставі судового рішення або виконавчого напису нотаріуса, здійснюється на конкурсних засадах, якщо суд не вирішить по-іншому.⁶⁴ У той же час, продаж заставленого рухомого майна потребує проведення публічного конкурсу в обов'язковому порядку лише тоді, коли відповідне майно перебуває на балансі державного підприємства або відкритого акціонерного товариства, всі акції якого належать державі.⁶⁵

⁵⁸ Стаття 4 Закону України "Про заставу"; стаття 14 Закону України "Про іпотеку"; відповідне майно, що не підлягає передачі у заставу, визначене у статті 5 Закону України "Про приватизацію державного майна", Законі України "Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації", Законі України "Про перелік пам'яток культурної спадщини, що не підлягають приватизації".

⁵⁹ Стаття 4 Закону України "Про іпотеку", стаття 15 Закону України "Про заставу", стаття 12 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень". На сьогодні в Україні функціонує два державні реєстри: Державний реєстр обтяжень рухомого майна та Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна. Обидва реєстри координуються Міністерством юстиції України та є доступними для нотаріусів.

⁶⁰ Поняття, близьке за зазначенням терміну *fonds du commerce* у Франції; в Україні однак єдиний майновий комплекс класифікується як нерухоме майно, яке включає нерухоме майно та землю під ним. Більша частина інфраструктурних об'єктів (водопостачання та водовідведення, водоочисні споруди, опалення тощо) зареєстровані як єдині майнові комплекси.

⁶¹ Пункт 2 постанови Кабінету Міністрів України від 22 червня 2011 року № 703.

⁶² Судове рішення є обов'язковим з метою звернення стягнень на майно, що перебуває на балансі державних чи комунальних підприємств, або товариств, у статутному капіталі яких держава володіє часткою понад 50% - якщо йдеться про нерухоме майно - або щонайменше 50% - якщо йдеться про звернення стягнення на рухоме майно.

⁶³ Стаття 33 Закону України "Про іпотеку", стаття 20 Закону України "Про заставу".

⁶⁴ Статті 33, 41 Закону України "Про іпотеку".

⁶⁵ Стаття 21 Закону України "Про заставу".

Зрештою слід враховувати й те, що на сьогодні діє мораторій на примусове виконання судових рішень, винесених стосовно майна державних підприємств, а також господарських товариств, в статутному капіталі яких державна частка становить не менше 25 відсотків. Це специфічне обмеження встановлене у відповідності до Закону України "Про введення мораторію на примусову реалізацію майна".

3.5.2 Право входження/заміну (step-in)

(a) Входження/заміна (step-in) приватного партнера

Українське законодавство в сфері ДПП не встановлює чітких правил стосовно входження/заміни (step-in) приватного партнера у проєкті ДПП. Водночас відповідне право позикодавця, що у міжнародній практиці дістало назву "право на вступ" або "право на заміну", є ключовим у прийнятті рішення про кредитування проєктів ДПП з боку банківських установ. Право позикодавця здійснювати заміну є приватного партнера у проєкті ДПП має бути включене як у Закон про ДПП, так й в договори ДПП.

При цьому слід розуміти, що реалізація цього права не повинна вимагати проведення нового вибору тендеру по визначенню приватного партнера. В принципі, заміна приватного партнера має обумовлюватися лише попередньою згодою публічного партнера. Такий підхід впливає із загальних правил цивільного права, в т.ч. й українського.⁶⁶ Проте заміна приватного партнера також вимагає попереднього отриманням новою особою необхідних ліцензій та дозволів.

Звісно, у разі заміни зберігається ризик того, що така заміна буде оскаржена третіми заінтересованими сторонами з підстав порушення принципів конкуренції при обранні приватного партнера.

(b) Набуття корпоративного контролю над приватним партнером, що неналежно виконує свої обов'язки за ДПП або над проблемною компанією, створеною для реалізації ДПП через відчуження частки у її статутному капіталі

Українське корпоративне законодавство і законодавство в сфері ДПП не перешкоджають реалізації відповідних прав кредитора з набуття корпоративного контролю за умови, що реалізація цих прав не зачіпає частки публічного партнера у статутному капіталі відповідної компанії (оскільки, у протилежному випадку зміна відносин контролю означатиме приватизацію).

При набутті корпоративного контролю шляхом набуття часток у статутному капіталі приватного партнера або частки, якою володіє відповідний приватний партнер у компанії, створеній для реалізації ДПП, повинні враховуватися певні формальні умови.

Зокрема, при відчуженні частки приватного партнера або частки у статутному капіталі компанії ДПП, створеній в організаційно-правовій формі товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ) або приватного акціонерного товариства (ПрАТ) слід враховувати можливої наявності пріоритетного права на придбання такої частки існуючими учасниками/акціонерами.

Українське законодавство закріплює правило, за яким продаж частки у статутному капіталі ТОВ або акції ПрАТ третім особам можливий лише у тому випадку, якщо існуючі учасники/акціонери відмовляться від свого переважного права на їх придбання (і) за тією ж

⁶⁶ Стаття 520 Цивільного кодексу України.

ціною, що пропонується третім особам та (ii) пропорційно своїм наявним часткам.⁶⁷ При цьому на відміну від часток у статутному капіталі ТОВ, у ситуації з акціями ПрАТ встановлений законом порядок реалізації переважного права не може бути змінений у статуті конкретного товариства (тобто, стосовно часток ТОВ порядок реалізації переважного права на їх придбання існуючими учасниками може бути у певних межах змінений у статуті ТОВ, у той час як законодавчий порядок реалізації відповідного права між акціонерами ПрАТ є імперативним).

Варто зауважити, що разом з тим українське корпоративне законодавство не встановлює певних особливих вимог стосовно визнання і реалізації переважного права існуючих учасників/акціонерів у випадку відчуження часток/акцій на безкомпенсаційній основі. Отже, учасники чи акціонери компаній ДПП, можуть вільно визначати у їх статутах саму можливість, а за її наявності - й порядок реалізації відповідного переважного права лише у випадку відчуження часток/акцій на безкомпенсаційній основі.

Окрім того, набуття корпоративного контролю може вимагати одержання попереднього дозволу Антимонопольного комітету України, а саме - при досягненні чи перевищенні сторонами відповідної трансакції встановлених законом фінансових і ринкових показників.

3.5.3 Питання підтримки

Положення № 279 визначає наступні форми державної підтримки, яка може бути надана приватному партнеру, за принципом відкритого переліку:

- (i) державні та місцеві гарантії;
- (ii) часткове фінансування проекту; або
- (iii) інші форми, не заборонені законом.

Рішення про надання державної чи муніципальної підтримки може прийматися у будь-який час впродовж реалізації проекту. Надання такої підтримки може бути ініційоване як публічним, так й приватним партнером на будь-якій стадії реалізації проекту ДПП. У той же час, висновок про доцільність і конкретну форму відповідної підтримки затверджується МЕРТ та погоджується з Міністерством фінансів України. Остаточне рішення про надання державної підтримки приймається Кабінетом міністрів України на підставі підготовленого висновку та проекту самого рішення.

Надання місцевих гарантій здійснюється за рішенням відповідної міської/селищної/сільської ради.

Слід відзначити, що до ухвалення Положення № 279, українське законодавство взагалі не встановлювало будь-якого конкретного порядку одержання державного або комунального фінансування за проектами ДПП і, таким чином, залишалося на зрозумілим, як мало би здійснюватися включення відповідної підтримки у проекти державного чи місцевого бюджетів. Положенням № 279 встановлюється обов'язкове передбачення відповідних коштів підтримки проектів ДПП у проектах відповідних бюджетів,⁶⁸ хоча ця вимога все одно залишилася не відображеною у Бюджетному кодексі України. Більше того, відповідні видатки повинні підтримку окремо затвердженні при голосуванні народних депутатів / депутатів місцевих рад при ухваленні бюджетів на кожний рік. Таким чином, ризик

⁶⁷ Стаття 147 Цивільного кодексу України; стаття 7 Закону України "Про акціонерні товариства".

⁶⁸ Положення № 279 передбачає, що при внесенні змін до Закону України "Про Державний бюджет України" на відповідний рік, МЕРТ та Міністерство фінансів мають підготовувати пропозиції стосовно включення відповідних видатків на підтримку проектів ДПП. Більше того, це ж Положення вимагає включення відповідних видатків у проекти бюджетів всіх наступних років.

відсутності політичної підтримки під час прийняття рішень про включення відповідних видатків у державний / місцевий бюджети залишається дуже високим. ю

Як вже стверджувалося, незважаючи на Положення № 279, Бюджетний кодекс України не містить жодних спеціальних приписів стосовно порядку фінансового забезпечення відповідної державної підтримки, окрім як підтримки у формі державних чи комунальних гарантій.

Державна підтримка може бути надана у розмірі, визначеному бюджетом на відповідний рік. Відтак, перед прийняттям рішення про надання державної підтримки публічний партнер повинен знати розмір підтримки, що виплачуватиметься в межах відповідного проекту.

(а) Гарантії повернення кредиту

(i) Державні гарантії

У відповідності до статті 17 Бюджетного кодексу України державні гарантії можуть бути надані лише резидентам України. У той же час Бюджетний кодекс України не визначає поняття "український резидент". У відповідності до українського законодавства всі юридичні особи та представництва іноземних юридичних осіб зареєстровані в Україні є резидентами України. Гарантії надаються за рішенням Кабінету Міністрів України.

(ii) Місцеві гарантії

Місцеві гарантії можуть надаватися за рішенням Верховної Ради Автономної Республіки Крим, відповідної міської ради для забезпечення повного або часткового виконання боргових зобов'язань суб'єктів господарювання - резидентів України, що належать до комунального сектору економіки, розташовані на відповідній території та здійснюють на цій території реалізацію інвестиційних програм (проектів), метою яких є розвиток комунальної інфраструктури або впровадження ресурсозберігаючих технологій. Незважаючи на факт закріплення можливості надання гарантій виконання зобов'язань компаніями, що реалізують відповідні проекти ДПП, Бюджетний кодекс України безпосередньо не визначає механізму надання таких гарантій. Загальний обсяг місцевого боргу та гарантованого Автономною Республікою Крим чи територіальною громадою міста боргу (без урахування гарантійних зобов'язань, що виникають за кредитами (позиками) від міжнародних фінансових організацій) станом на кінець бюджетного періоду не може перевищувати 200 відсотків (для міста Києва - 400 відсотків) середньорічного індикативного прогнозного обсягу надходжень бюджету розвитку (без урахування обсягу місцевих запозичень та капітальних трансфертів (субвенцій) з інших бюджетів), визначеного прогнозом відповідного місцевого бюджету на наступні за плановим два бюджетні періоди. Максимальний обсяг гарантій визначається у відповідному бюджеті. Видані гарантії, а також кредити підлягають реєстрації у спеціальному реєстрі, що ведеться Міністерством фінансів України.

У Києві місцеві гарантії надаються на підставі рішень Київської міської ради; цими ж рішеннями Голова Київської міської ради уповноважується на підписання відповідних гарантійних угод.

Гарантії надаються на визначений строк.

Під час надання суб'єктам господарювання, у віданні яких є майно державної або комунальної власності, кредитів (позик), залучених державою або під державні гарантії, Кабінет міністрів України має право встановлювати розмір і вид майнового забезпечення

від позичальника (щодо комунального майна - за погодженням із відповідною місцевою радою).⁶⁹

У відповідності до Порядку, компанія, що одержує гарантії, зобов'язана сплачувати щорічно 1% розміру наданої гарантії. У контексті проектів ДПП це матиме наслідком збільшення тарифу або збору, що сплачуватиметься споживачами, з метою врахування цього проценту.

Виплати за кредитами, забезпечені державними і місцевими гарантіями, підлягають здійсненню незалежно від того, чи передбачені кошти на здійснення цих виплат у відповідних бюджетах.⁷⁰

(b) Запозичення міських рад з метою реалізації проектів ДПП⁷¹

Українське законодавство містить досить обмежувальні норми стосовно одержання кредитів (позик) міськими радами. Перед одержанням будь-якого кредиту міська рада повинна отримати погодження Міністерства фінансів України. Видатки місцевого бюджету на обслуговування місцевого боргу не можуть перевищувати 10 відсотків видатків загального фонду місцевого бюджету протягом будь-якого бюджетного періоду, коли планується обслуговування місцевого боргу.

(c) Кредити (позики), що надаються місцевими органами або державою

Українське законодавство не надає місцевим чи центральним органам державної влади право надавати кредити чи позики будь-яким юридичним особам. За загальним правилом кредити можуть надаватися для виконання спеціальних програм з підтримки і розвитку тих або інших сфер та через державні банки. Такі кредити мають, як правило, більш низький процент у порівнянні з кредитами приватних фінансових установ.

(d) Субсидії

Закон про ДПП не містить переліку субсидій, які можуть надаватися публічним партнером. Однак Закон про концесії містить наступне:

"Концесіонерам збиткових і низькорентабельних об'єктів концесії, що мають важливе соціальне значення, концесіодавець може надавати пільги щодо концесійних платежів, у тому числі у вигляді розстрочки, відстрочки, повного або часткового звільнення від сплати концесійних платежів на певний строк, а також передбачати в договорі надання дотацій, компенсацій та пільг."

Аналогічний припис міститься у Законі про оренду і концесію об'єктів інфраструктури в частині надання публічному партнеру права зменшувати розмір орендних і концесійних платежів. Види пільг мають бути визначені партнерами у договорі. Після цього публічний партнер повинен підтвердити надані цих пільг шляхом прийняття рішення про врахування відповідних втрат бюджету на відповідний рік. Внаслідок цього створюється ризик для приватного партнера, який полягає у необхідності забезпечення необхідності вимагати щорічного врахування втрат бюджету внаслідок надання відповідних пільг.

⁶⁹ У відповідності до Порядку визначення розміру та виду майнового забезпечення під час надання кредитів (позик), залучених державою або під державні гарантії, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 460 від 13 квітня 2011 року.

⁷⁰ Стаття 17 Бюджетного кодексу України.

⁷¹ Регулюється статтею 74 Бюджетного кодексу України та Порядком здійснення місцевих запозичень, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 р. № 110.

(e) Інші гарантії, експропріація

Українське законодавство не містить жодних положень стосовно гарантій про досягнення певного результату ("*performance guarantee*"), які можуть надаватися публічним партнером. Однак сторони можуть домовитися і включити відповідні гарантії у договір ДПП. У той же час приватний партнер повинен пам'ятати, що для того, щоб забезпечити виконання відповідних гарантій за договором ДПП такі гарантії повинні (i) передбачатися Бюджетним кодексом України та (ii) суми гарантій мають бути враховані у відповідному бюджеті на кожний рік реалізації проекту.

Українське законодавство містить дуже обмежений перелік випадків, коли може здійснюватися примусове вилучення майна державою. У більшості випадків можливість такого вилучення стосується земель і нерухомості.⁷² При цьому визнається, що власник відповідного майна повинен у будь-якому випадку одержувати справедливую компенсацію за вилучене майно.

3.5.4 Рекомендації:

- *внести зміни до Бюджетного кодексу, які передбачають, що органи влади зобов'язані компенсувати різницю між затвердженими тарифами та економічно-обґрунтованими тарифами, без проходження процедури розгляду та прийняття цих витрат шляхом голосування.*
- *внести зміни до Бюджетного кодексу та передбачити механізм надання гарантій органами самоуправління приватним ДПП компаніям щодо виконання їх фінансових зобов'язань органів самоврядування за ДПП договором.*
- *роз'яснити типи державної та муніципальної підтримки, що можуть надаватися органами державної влади або місцевого самоврядування, а також передбачити відповідні механізми імплементації в Бюджетному кодексі;*
- *внести зміни у Закон України "Про заставу" та Закон України "Про іпотеку" з метою, з одного боку, збільшення мінімальної частки держави у статутному капіталі товариств, при досягненні якої задоволення вимог кредиторів за рахунок відповідного заставленого майна товариства здійснюватиметься не інакше як на підставі рішення суду (а не за угодою сторін чи на підставі виконавчого листа нотаріуса), а з іншого - обмеження вимоги наявності рішення суду лише стосовно випадків неналежного виконання зобов'язань публічним партнером у договорі про ДПП.*
- *скасувати мораторій на примусове виконання рішень судів стосовно майна державних підприємств і товариств, у статутному капіталі яких держава володіє часткою у розмірі не менше 25%, якщо такі рішення виносяться з приводу задоволення вимог кредиторів за рахунок заставленого майна у проектах ДПП. Внести зміни до статті 14 Закону про ДПП з метою врегулювання входження/заміни (step-in) нового партнера без проведення нового тендеру у разі невиконання зобов'язання з боку приватного партнера.*

⁷² Див., зокрема, Закон України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" № 1559-VI від 17 листопада 2009 року.

- **запровадити прискорену процедуру одержання погодження на одержання позик (кредитів) публічними партнерами - органами місцевого самоврядування для підготовки проектів ДПП.**

3.6 ВИЗНАЧЕННЯ ПОРЯДКУ РОЗВ'ЯЗАННЯ СПОРІВ ТА ПРАВА, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ

3.6.1 Розв'язання спорів

Можливість застосування міжнародного арбітражу є ключовим питанням реалізації проектів в секторі державно-приватного партнерства. Інвестори, підрядчики та кредитори будуть більш зацікавленими в майбутніх проектах в Україні, якщо вони будуть впевненими в тому, що будь-які спори, які виникають в рамках договорів про ДПП можуть бути вирішені справедливим та ефективним шляхом за допомогою міжнародного арбітражу.

(а) Міжнародний арбітраж

В залежності від виду та сторін договору про ДПП, законодавство України може встановлювати певні обмеження стосовно надання можливостей сторонам звертатися до міжнародного арбітражу з приводу спорів, що виникають на території України або за її межами.

Згідно з Законом України "Про міжнародний комерційний арбітраж", спір може бути вирішено міжнародним арбітражним судом, в тому числі, розміщеному за межами України, у тому випадку, якщо хоча б одна зі сторін договору є іноземною юридичною особою або "юридичною особою з іноземними інвестиціями".⁷³ Для договорів про концесію діє окреме правило, встановлене Законом України "Про концесії", за яким у міжнародних арбітражних судах можуть розглядатися лише ті спори, які виникають з концесійних договорів з нерезидентами, тобто, іноземними особами.

(і) Іноземні юридичні особи та "юридичні особи з іноземними інвестиціями"

З метою отримання ліцензії, приватний партнер зазвичай повинен заснувати компанію в Україні у вигляді юридичної особи або представництво без прав юридичної особи (філіал). Звідси будь-який спір, що виникає з договору між українською дочірньою компанією (приватним партнером) та державним партнером має вирішуватися в державному суді⁷⁴ або, у випадках, передбачених законодавством - третейському суді в Україні. Однак, якщо приватний партнер діє в Україні через засноване ним представництво без прав окремої юридичної особи, то таке представництво вважатиметься таким, що представляє іноземну особу і таким чином ця іноземна особа як приватний партнер може звертатися до міжнародного арбітражного суду з питань врегулювання спорів -з-приводу ДПП, якщо тільки спір по своїй суті не належить до виключної компетенції судів України. Втім, більшість інвесторів не використовують представництва, а заснують в Україні спеціальні створені компанії.

У той же час, якщо іноземний приватний партнер має безпосередню частку у статутному капіталі української компанії, то спори за участю останньої можуть розглядатися у міжнародних арбітражних судах, оскільки така компанія матиме статус "юридичної особи з іноземними інвестиціями". Згідно з Господарським кодексом України, поняття "юридичної

⁷³ Стаття 2 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж"

⁷⁴ Стаття 76 Закону України "Про міжнародне приватне право" передбачає можливість регулювання спорів в судах України зокрема у тій ситуації, коли на об'єкти власності відповідача, на які накладено арешт, знаходяться на території України.

особи з іноземними інвестиціями" означає, що у її статутному капіталі присутня іноземна інвестиція у розмірі не менше 10 %, тобто, що власником відповідної частки є іноземна особа -інвестор.⁷⁵ Проте з метою забезпечення статусу іноземної інвестиції рекомендується пройти процедуру реєстрації іноземних інвестицій. Але в будь-якому разі, при укладанні ДПП договору необхідно буде взяти до уваги певні обмеження.

У законодавстві України не чітко встановлено який вид міжнародного арбітражу можливо застосувати в процесі врегулювання спорів, що виникають між *"юридичною особою з іноземними інвестиціями"* та публічним партнером, зокрема, до якої інституції необхідно звертатися у разі виникнення спору: міжнародного арбітражу за межами України чи на її території. Саме тому, існує ризик того, якщо сторони звернувшись за вирішенням спору до арбітражного суду поза межами України в подальшому не зможуть його виконати на території України. Нагадаємо: для того, щоб рішення арбітражного суду було виконане на території України, воно має бути визнане судом України. В цьому конкретному випадку суд може відмовитись визнавати таке рішення посилаючи на те, що міжнародним арбітражем були порушені правила розгляду справи, зокрема, правила підсудності справ міжнародному арбітражу за межами України.

(ii) Інші обмеження

Закон України "Про міжнародний комерційний арбітраж" встановлює обмеженням щодо розгляду спорів міжнародним арбітражним судом.

Зокрема, стаття 77 цього закону вказує на виключну компетенцію судів України стосовно розгляду наступних питань категорій спорів:

- (i) якщо нерухоме майно, щодо якого виник спір, знаходиться на території України. Дане положення гарантує виключну компетенцію судам України майже з усіх спорів, які виникають з договорів про ДПП так як кожний спір у рамках ДПП так чи інакше пов'язаний із об'єктами нерухомості. Крім того, на сьогоднішній день відсутня будь-яка судова практика в цьому відношенні, тому слід очікувати різні тлумачення даного положення.
- (ii) якщо спір пов'язаний з реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців.
- (iii) якщо у справах про банкрутство боржник був створений відповідно до законодавства України, тощо.

По-третє, статтю 76 даного закону передбачається, що наступні спори можуть розглядатися судом України:

- (i) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи - відповідача;
- (ii) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;
- (iii) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України.

Текст статті 76 дозволяє розглядати велику кількість справ в сфері ДПП у державних судах України.

⁷⁵ Стаття 116 Господарського кодексу України.

З нашого практичного досвіду ми можемо підтвердити той факт, що судова влада в Україні не рідко вдається до розгляду цих спорів відхиляючи факт наявності у відповідному договорі арбітражного застереження. Позиція Вищого господарського суду України полягає в тому, що звернення до арбітражного суду є правом сторін і не може тлумачитися як зобов'язання⁷⁶.

Слід звернути особливу увагу на належне формулювання арбітражного застереження у договорах про ДПП у зв'язку із досить формалістичним підходом судової системи України щодо дійсності таких застережень.

(b) Третейські суди в Україні

Законодавством України у сфері ДПП не забороняє вирішення спорів "поза державними судами", а саме: розв'язання спору в третейському суді. Однак, в залежності від характеру спору, спір може не підлягати розгляду у третейському суді.⁷⁷ Згідно зі статтею 6 Закону України "Про третейські суди" встановлені випадки, коли третейські суди не мають права розглядати відповідний спір. До таких випадків, серед іншого, відносяться спори щодо:

- (i) нерухомого майна, у тому числі земельних ділянок ;
- (ii) закупівель товарів, робіт чи послуг за державні кошти ;
- (iii) спори, у яких одна зі сторін є нерезидентом України, тобто, іноземною особою, що у такому випадку, як вже стверджувалося, зумовлює підсудність справи міжнародному арбітражному суду; тощо.

(c) Виконання рішень міжнародних арбітражних судів

Україна є членом Конвенції про визнання та виконання рішень іноземних арбітражних судів, саме тому рішення прийняті іноземним арбітражним судом мають бути визнані та виконані на території України. Підставами для відмови у визнанні рішень міжнародних арбітражних судів є ті, що встановлені безпосередньо самою Конвенцією, а саме: (i) якщо спір, що був розглянутий міжнародним арбітражним судом підпадає під виключну компетенцію судів в Україні (наприклад, як вже стверджувалося, спори щодо нерухомості, яка знаходиться на території України); або (ii) визнання та приведення у виконання такого рішення суперечитиме публічному порядку в Україні.

На практиці суди України охоче визнають та приймають до виконання рішення міжнародних арбітражних судів якщо сторона, що подає клопотання про визнання рішення, дотримується відповідних формальностей.

3.6.2 **Право, що підлягає застосуванню**

Закон про ДПП не містить жодних приписів, які б регулювали питання матеріального права, яке повинно застосовуватися до договорів про ДПП. За загальним правилом Закон України "Про міжнародне приватне право" надає сторонам у договорах можливість вибору не лише матеріального права України, але й права іншої країни у тому випадку, якщо у відповідних правовідносинах присутній іноземний елемент - наприклад, якщо однією із сторін договору

⁷⁶ Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України "Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій" № 04-5/608 від 31 травня 2002 року.

⁷⁷ Справи у спорах, що містять інформацію, яка належить до категорії "державна таємниця", а також справи у спорах із органами державної влади і місцевого самоврядування підлягають розгляду господарським судом м. Києва згідно статті 16 Господарського процесуального кодексу України.

про ДПП є іноземна компанія. Закон також передбачає правила визначення права, що повинно застосовуватися до відповідних правовідносин за відсутності угоди сторін щодо його вибору, у цьому випадку встановлено деякі обмеження стосовно законодавства, що застосовується, зокрема, право України має застосовуватися до договорів:

- (i) Договорів про нерухоме майно, що знаходиться на території України;
- (ii) Договорів про спільну діяльність або виконання робіт, які провадяться в Україні;
- (iii) Договорів, укладених за результатами конкурсу, що відбувся в Україні. .

В основному, будь-які договори про ДПП укладаються на конкурсній основі та стосуються нерухомості, яка знаходиться на території України. Таким чином, існують випадки, коли партнери не мають можливості обирати інше законодавство, аніж українське, з метою його подальшого застосування для врегулювання договорів. Слід визнати, що у всіх країнах світу державні партнери загалом наполягають на застосуванні національного законодавства. Отже, під час проведення конкурсів ДПП у відповідних документах державні органи влади схиляються до визнання матеріального права України як права, що застосовується та визначати це однією з основних умов для укладання договору про ДПП.

В законодавстві України не визначено жодних обмежень щодо вибору права, яке має застосовуватися до фінансових договорів. Такі договори можуть регулюватися правом інших країн. Цей факт є дуже важливим у зв'язку з тим, що міжнародні фінансові організації будуть й надалі схилитися до обрання права країни, з якої вони походять, для регулювання укладення будь-яких кредитних договорів та іншої фінансової документації (зазвичай, обирається право Англії та Уельсу, а також Сполучених Штатів Америки).

3.6.3 Рекомендації

- *передбачити в Законі про ДПП та пов'язаних законах, що всі спори, які виникають із будь-якого ДПП договору, укладених із нерезидентом України або підприємством з іноземними інвестиціями, можуть бути вирішені міжнародним арбітражем поза межами України або в Україні (в залежності від домовленості сторін), незважаючи на обмеження, встановлені іншими законодавчими актами (окрім "виключної" юрисдикції судів України).*
- *роз'яснити, що спорами, "щодо нерухомого майна", які входять до виключної компетенції судів України, є лише ті спори, які стосуються майнових прав на нерухомість.*
- *дозволити рішення звернення до міжнародного арбітражного суду як засобу врегулювання спорів щодо проектів ДПП, сторонами в яких є резиденти України.*

3.7 ІНШІ ПИТАННЯ

3.7.1 Користування та володіння земельною ділянкою та майном у ДПП

3.7.1.1 Майно

Згідно з договором про ДПП, земельна ділянка та об'єкти нерухомості, розташовані на ній, можуть бути передані у володіння приватному партнеру лише тимчасово - на строк дії договору про ДПП.

Стаття 20 Закону України "Про концесії" передбачає наступні *сценарії* реалізації права власності на майно:

- (i) держава зберігає право власності на майно, передане в концесію або майно, нещодавно набуті/побудовані концесіонером об'єкти;
- (ii) майно, яке придбав концесіонер на виконання умов концесійного договору, належить йому на праві власності.

Приватний партнер не може набувати права власності на передане йому майно, а також на нещодавно побудовані об'єкти нерухомості у договорі про ДПП.⁷⁸ Будь-які види майна (будівлі, споруди, земля), які зазначені в договорі про ДПП неможливо приватизувати до закінчення терміну дії договору.

Об'єкти ДПП мають обліковуватися у балансі як майно у концесії концесії/оренді/управлінні/тощо. Протягом строку дії договору, ці об'єкти є державними/комунальними, але одночасно гарантується їх використання приватним партнерам. Ці об'єкти обов'язково повертаються державі/органам місцевого самоврядування після закінчення терміну дії договору про ДПП.⁷⁹

В залежності від умов тендеру, приватні партнери мають право здійснювати ремонтні роботи, реконструкцію, модернізацію та здійснювати будівельні роботи із залученням майна, переданого їм відповідно до умов договору. Однак, право власності на будь-яке поліпшення, яке неможливо відокремити від об'єкту, а також на щойно створені об'єкти ДПП мають належати державному партнеру.⁸⁰ Ми не підтримуємо думку про те, що вказані правила можуть призвести до проблем у сфері ДПП та на сьогодні потребують певних змін.

3.7.1.2 Особливості оренди та концесії об'єктів водопостачання, тепlopостачання та водовідведення

За загальним правилом будь-які поліпшення, зроблені приватним партнером за рахунок амортизаційних відрахувань належать державі, а їх вартість не підлягає компенсації.

Згідно умов оренди, поліпшення об'єкту приватним партнером за рахунок його власних коштів, що можуть бути відокремлені від цього об'єкту оренди без завдання йому шкоди, можуть залишатися за приватним партнером та вважаються власністю приватного партнера.⁸¹ Відповідно до умов концесії, будь-які поліпшення, зроблені приватним партнером, мають бути передані державному партнеру разом з відповідними об'єктами ДПП.⁸²

Після закінчення терміну дії концесії приватний партнер має право залишити старе обладнання у випадку, якщо згідно умов оренди ним було встановлено нове обладнання при оренди.

3.7.1.3 Особливості концесії автодоріг

Згідно зі статтею 2 Закону про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг, будь-які об'єкти нерухомості, побудовані під час виконання договору концесії або отримані

⁷⁸ Стаття 7 Закону про ДПП.

⁷⁹ Втім, концесіонер має право включити у відповідні тарифи розмір зроблених ним інвестицій у спорудження, обслуговування та розвиток об'єктів державної власності.

⁸⁰ Частина 3 статті 7 Закону про ДПП.

⁸¹ Стаття 778 Цивільного кодексу України, стаття 14 Закону про оренду та концесію інфраструктури

⁸² Стаття 18 Закону про оренду та концесію інфраструктури

в результаті концесій, та розташовані у межах смуги відведення автодоріг⁸³ мають належати державі та повинні передаватися приватному партнеру у володіння та користування на строк дії концесійного договору. Будь-які інші об'єкти нерухомості належать приватному партнеру.

3.7.1.4 Амортизаційні відрахування

Слід пам'ятати, що концесіонер повинен використовувати амортизаційні відрахування у зв'язку із об'єктами оренди виключно на їх розвиток.⁸⁴ В випадку порушення цього правила на приватного партнера накладаються штрафи у розмірі 100% розміру відповідних амортизаційних відрахувань, використаних за нецільовим призначенням, та пеня у розмірі 120% облікової ставки Національного банку України.

3.7.1.5 Земельна ділянка

Держава повинна надавати право користування земельною ділянкою або інші відповідні права приватному партнеру, необхідні для реалізації проекту ДПП. Основною перевагою законодавства ДПП є відповідальність держави за підготовку документації щодо відведення земельних ділянок, а також отримання всіх відповідних дозволів.

Витрати на оформлення документів щодо відведення земельних ділянок має покривати приватний партнер. Однак, приватний партнер є відповідальним за витрати лише у випадку, якщо він є ініціатором проекту ДПП. Оформлення документів щодо відведення земельної ділянки за власний рахунок не надає жодних переваг приватному партнеру в рамках конкурсу. Слід звернути увагу на те, що державні витрати на оформлення права власності на земельну ділянку мають відшкодовуватися приватним партнером - якщо ця умова зазначена у договорі.

Процедура та умови передачі права власності на земельну ділянку мають бути чітко прописані в документації проекту ДПП. Іншою перевагою закону про ДПП є скасування необхідності проведення земельного аукціону з метою отримання права власності на земельну ділянку, необхідного для здійснення проекту ДПП.

Законодавством України не встановлено спрощеної процедури щодо офіційного оформлення права користування земельною ділянкою. Таким чином, приватний партнер повинен оформити відповідне право на земельну ділянку згідно з нормами законодавства та в межах стандартної процедури реєстрації. Слід звернути увагу на те, що в разі відсутності права користування земельною ділянкою, приватний партнер не може використовувати цю земельну ділянку для забудови, що в результаті може значно відстрочити реалізації проекту ДПП.

Власність на землю в Україні поділяється на приватну, державну та комунальну. Розподіл між державними та комунальними земельними ділянками наразі не завершений. Тому, загалом важко ідентифікувати власника земельних ділянок, що призводить до значних затримок під час оформлення документації на земельну ділянку, а також призводить до серйозних негативних наслідків у зв'язку з тим, що оформлення документації на земельну ділянку вважається першим кроком в процесі підготовки проекту ДПП.

Закон про ДПП містить певні декларативні положення, які забезпечують сервітутні права на земельну ділянку приватним партнерам від імені держави. Проте, законодавством не встановлено чітку процедуру реалізації цих прав.

⁸³ Земельна ділянка, призначена для будівництва доріг та об'єктів інженерної інфраструктури, тощо.

⁸⁴ Дані відрахування, таким чином, не вважаються прибутком приватного партнера, стаття 20 Закону України "Про концесії".

Згідно зі статтею 8 Закону про ДПП, приватний партнер має звільнити земельну ділянку після закінчення строку договору про ДПП. Законодавство, яке регулює земельні відносини не передбачає скасування реєстрації права користування земельною ділянкою в земельному кадастрі після закінчення терміну дії відповідного договору оренди чи суперфіцію. На практиці, внесення змін у кадастр можливе лише після здійснення реєстрації нового користувача земельною ділянкою.

Крім цього, більшість комунальних та державних підприємств є користувачами земельних ділянок на постійній основі, що призводить до неможливості передачі права власності на земельну ділянку. Таким чином, необхідно здійснити процедуру відмови від права користування на постійній основі та провести офіційне оформлення оренди земельної ділянки для того, щоб приватний партнер одержав змогу нею користуватися. Така процедура є довготривалою.

3.7.1.6 Можливість передачі прав на державне майно підприємствам у секторі ДПП

Як зазначено вище, законодавство у сфері ДПП не забезпечує можливості передачі права власності на державне майно, задіяне у ДПП. Якщо приватний партнер бажає певним чином закріпити право власності на відповідне майно, то це є можливим лише після закінчення терміну дії договору про ДПП та в результаті приватизації майна за наслідками прийняття рішення про приватизацію⁸⁵ об'єкта ДПП.

Однак, приватний партнер повинен у будь-якому випадку повернути майно, передане йому у користування, у відповідності до умов договору про ДПП.

В залежності від основних засобів, переданих за договором ДПП, обмеження можуть застосовуватися по відношенню до користування приватним партнером певними частинами об'єктів (наприклад, основні засоби, як такі, що належать до стратегічного сектору або основні засоби, віднесені до об'єктів державної таємниці). Наявність даних основних засобів, а також обмежень, що застосовуються мають бути чітко визначені державою в документації щодо проведення тендеру та у відповідному договорі ДПП.

3.7.1.7 Рекомендації:

- ***забезпечити запровадження у земельному кадастрі прискореної процедури оформлення права користування на земельну ділянку, яка передається приватному партнеру, незважаючи на форму власності на відповідну земельну ділянку (державну або комунальну).***

3.7.2 Проведення у справах про банкрутство

За українським законодавством провадження у справах про банкрутство визначається як сукупність процедур, спрямованих на відновлення платоспроможності боржника і лише за неможливості такого відновлення – визнання його банкрутом.⁸⁶ Загальна правила застосовуються до ДПП компаній, що повністю належать приватному сектору.

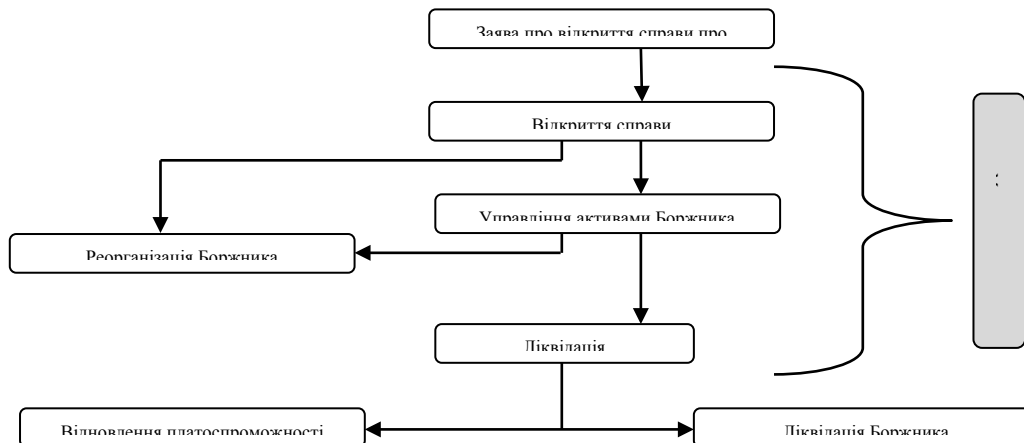
Згідно законодавства України неплатоспроможність розуміється як неспроможність виконати певне грошове зобов'язання в установленій строк. Фактичне порушення боржником своїх грошових зобов'язань впродовж трьох місяців поспіль, якщо такі зобов'язання ним не оспорені, є підставою для звернення кредитора до суду із відповідною

⁸⁵ Статті 5, 6, 11 Закону України "Про приватизацію державного майна".

⁸⁶ Процедури банкрутства регулюються в Україні Законом «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом», а також приписами Господарського кодексу України та деяких інших законодавчих актів.

заявою про порушення справи про банкрутство. Неплатоспроможність боржника є предметом розгляду у господарських судах.

Загальна схема процедур відновлення платоспроможності і банкрутства описана нижче.



Розпорядження майном боржника є першою стадією процедури та здійснюється ліцензованим і незалежним розпорядником майна з метою відновлення платоспроможності боржника. Суд призначає розпорядника для забезпечення ефективного управління майном боржника та задля оцінки його реального фінансового стану.

Ліквідація є останньою стадією процедури, в межах якої здійснюються заходи з припинення боржника та продажу його майна задля задоволення вимог кредиторів. Як результат, боржник може (i) або продовжувати свою господарську діяльність використовуючи майно, що лишилося після задоволення вимог кредиторів, (ii) або бути ліквідованим, якщо такого майна виявилось недостатньо. На практиці процедура ліквідації контролюється тими кредиторами, що мають найбільший розмір вимог до боржника.

Вимоги, що виявилися не задоволеними в результаті ліквідації через недостатність майна вважаються погашеними.

Закон України «Про встановлення мораторію на примусовий продаж майна» захищає державні підприємства, а також господарські товариства, у статутному капіталі яких державна частка складає не менше 25% від продажу їх майна в процесі ліквідації у справах про банкрутство. Відтак ліквідація є практично неможливим сценарієм для таких юридичних осіб. Єдиний вихід для боржників державних підприємств і компаній – це спробувати організувати ефективне розпорядження майном та інші заходи з метою відновлення платоспроможності таких боржників.

3.7.3 Питання трудового права

3.7.3.1 Працевлаштування українських громадян

Протягом певного часу концесіонер був зобов'язаний працевлаштувати щонайменше 90% українських громадян впродовж строку концесії. Таке зобов'язання містилося у статті 11 Закону "Про концесії автомобільних доріг" та було скасовано 15 січня 2009 року. На сьогодні Закон України "Про оренду та концесію об'єктів інфраструктури" вимагає від приватного партнера, щоб більшість залучених ним працівників була з числа українських громадян.

Стаття 10 Закону про концесії визначає питання використання української робочої сили як одну з істотних умов концесійного договору, відтак вимагаючи від приватного партнера працевлаштувати насамперед громадян України. Тим не менше, цим законом не

встановлюється конкретне співвідношення між українськими та іноземними працівниками.⁸⁷ На практиці поширеним є положення,⁸⁸ якими від учасників концесійних конкурсів вимагається передбачати у відповідних тендерних пропозиціях порядок використання місцевої робочої сили.

Слід відзначити, що такі вимоги не є відображенням найкращих міжнародних практик, більш того ці вимоги можуть (i) обмежити можливості приватних операторів щодо забезпечення найкращих працівників та (ii) збільшити вартість послуг та управління проектами ДПП. Ми рекомендуємо послабити імперативність зазначених вище положень для того, щоб дати приватним операторам можливість управління ДПП проектами у найкращий спосіб, особливо, приймаючи до уваги те, що на практиці та з урахуванням потужних економічних чинників значна частина працівників у ДПП проектах все одно буде з числа українських громадян. З метою дотримання різноманітних ліцензійних вимог та дозволів компаній, яка реалізуватиме ДПП, все одно буде змушена наймати кваліфікований український персонал.

Припинення безпосередньої діяльності відповідним комунальним чи державним підприємством не означає, що компанія, яка надаватиме аналогічні послуги в рамках ДПП, буде вважатися їх правонаступником. А отже всі трудові договори, укладені із працівниками таких підприємств, мають бути укладені окремо з компанією ДПП. Більше того, ДПП компанія є вільною у визначенні умов працевлаштування таких працівників, якщо інше не зазначено у конкурсній документації з ДПП проекту.⁸⁹

Корпоративне і трудове законодавство не передбачають жодних обмежень стосовно працевлаштування на керівних посадах та виконання інших трудових функцій іноземними громадянами. Однак, іноземні громадяни не можуть займати посади, що передбачають доступ до державної таємниці. Отже, перед визначенням кількості іноземних працівників та їх посад, рекомендується перевірити з публічним партнером наявність можливих обмежень щодо працевлаштування відповідних осіб.

3.7.3.2 Дозволи на працевлаштування іноземних громадян

Порядок видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства, затверджений Кабінетом Міністрів України 8 квітня 2009 року постановою № 322, визначає, що дозвіл на використання праці іноземця та особи без громадянства (далі - "іноземець"), що надає право роботодавцю тимчасово використовувати працю іноземця на конкретному робочому місці або певній посаді, видається роботодавцю у разі відсутності в країні (регіоні) працівників, спроможних виконувати відповідні роботи, або наявності достатніх обґрунтувань доцільності використання праці іноземця, якщо інше не передбачене міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Формулювання цієї умови про видачу дозволів на працевлаштування є дуже не чітким та може створювати умови для різних тлумачень конкретного обсягу вимог, що можуть створити перешкоди для ефективного та швидкого одержання відповідних дозволів для іноземних фахівців, задіяних у проекті ДПП.

⁸⁷ У той же час, у відповідності до проекту концесійного договору, що використовувався в Луганському проекті приватний партнер був зобов'язаний працевлаштувати 90% українських працівників без зазначення посад, які вони мають займати.

⁸⁸ Див., наприклад, постанову Кабінету Міністрів України № 1521 від 4 жовтня 2000 року «Про затвердження Порядку проведення концесійного конкурсу на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг».

⁸⁹ Див. Постанову Кабінету Міністрів України № 384.

3.7.3.3 Рекомендації:

- конкретизувати умови надання дозволів на працевлаштування іноземних громадян.

3.7.4 Тарифи

3.7.4.1 Визначення

В Україні визначено два органи які уповноважені встановлювати тарифи: органи місцевого самоврядування та Комісія⁹⁰ (залежно від обсягу послуг та території). Українське законодавство встановлює процедуру застосування тарифів, так само як і методологію, що використовується уповноваженими органами при встановленні тарифів. Уповноважені органи не можуть ігнорувати встановлені законодавством вимоги і встановлювати тарифи у будь-який інший спосіб, аніж передбачений договором ДПП.

Тарифи замовника не можуть бути відокремлені від прибутку приватного партнера, оскільки відповідно до Закону України "Про концесії" та Закону України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, тепlopостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності" саме кошти, сплачені за комунальні послуги становить прибуток приватного партнера .

Відповідно до ст. 9 Закону України "Про ціни і ціноутворення" та Закону України "Про місцеве самоврядування", державний орган, відповідальний за встановлення тарифів має віднайти джерела для відшкодування приватному партнеру різницю що виникає у випадку рішення щодо встановлення тарифів на рівні нижче економічно обґрунтованих .

Далі, при затвердженні тарифів на рівні нижчому від економічно обґрунтованого, орган виконавчої влади та/чи місцевого самоврядування передбачає у держаному чи місцевому бюджеті кошти з метою відшкодування різниці між встановленими тарифами та тими тарифами, що вважаються економічно обґрунтованими.

Тому, в цілому, відшкодування за тарифами, встановленими регулятором повинно надходити із державного бюджету, а органи місцевого самоврядування можуть компенсувати згадану суму тільки якщо: (i) така функція була їм делегована; та (ii) вони одержують ідентичне фінансування з державного бюджету. Більше того, приватні партнери можуть одержувати відшкодування тільки в тому випадку, якщо відповідна сума коштів передбачена в бюджеті, що вимагає проведення окремої процедури голосування щодо таких витрат. Дуже часто уповноважені органи не можуть виділити такі кошти через політичні та соціальні причини, і їхня заборгованість щодо приватного партнера є значною.

Однак, нещодавні зміни у статусі Комісії, визначеної як державний колегіальний орган, замість державного колегіального органу виконавчої влади призвели до неможливості одержання компенсації з державного бюджету. Згідно Бюджетного кодексу, тільки компенсація на вимогу державних органів виконавчої влади може бути включеною до бюджету. Тому, незважаючи на повноваження Комісії щодо встановлення тарифів, вона не може вимагати включення до державного бюджету компенсації різниці. Відповідно, є значний ризик що у разі встановлення Комісією тарифів на рівні нижче від економічно обґрунтованого, приватний партнер не матиме засобів звернення за відшкодуванням відповідної різниці з місцевого чи з державного бюджету.

⁹⁰ Національна комісія регулювання ринку комунальних послуг України була створена на підставі Указу Президента України від 8 липня 2011.

Однак, таку проблему можна уникнути у договорі ДПП через "*Fait du Prince*" або через концепцію "зворотні дії уряду", чи через значні зміни доктрини умов, згідно якої було укладено договір.

Українське законодавство передбачає схожу концепцію "*Fait du Prince*" чи "зворотні дії уряду".⁹¹ Згідно цієї концепції, держава чи уповноважені органи зобов'язані відшкодувати будь-які витрати, понесені приватним партнером у зв'язку із їх несприятливим рішенням.⁹² Далі, воно також надає приватному партнеру право звертатись за відшкодуванням збитків, завданих несприятливим рішенням держави, не вчиненням певних дій, та у зв'язку із неналежним виконанням обов'язків згідно договором ДПП та законодавством України.

У іншому випадку, з метою компенсації різниці між встановленим тарифом та економічно обґрунтованими тарифами, приватний партнер може вимагати від держави одержання привілеїв щодо концесій та орендних платежів та/або погоджується на договірні умови щодо грантів, відшкодувань та привілеїв. Коли держава відмовляється запровадити відповідні зміни, приватний партнер може використовувати доктрину "істотної зміни обставин".

Відповідно до ст. 652 Цивільного кодексу України та ст. 17 Закону про ДПП, сторони уповноважені змінювати умови або припиняти договір якщо обставини, на яких він був укладений істотно змінились.

Поняття "істотна зміна обставин" вимагає наступних підстав:

- (i) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;
- (ii) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення;
- (iii) жодна із сторін не несе ризик, спричинений змінами у звичаях ділового обороту;
- (iv) зміна обставин є істотною якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір.
- (v) На практиці, зміни договору на цих умовах є можливими тільки на підставі рішення суду (оскільки суд є єдиним органом уповноваженим визнавати важливість змін). Звертаємо увагу, що немає єдиного підходу до визначення істотних змін обставин, і як правило, вони визначаються у кожному окремому випадку.

3.7.4.2 Особливості концесій доріг

Щодо плати приватному партнеру за умовами концесії доріг, ч. 2 ст. 4 Закону України "Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг" зазначає, що:

"максимальний і мінімальний розмір плати за проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії, порядок розрахунку і надання дотацій, компенсацій, а також порядок розрахунку плати за експлуатаційну готовність автомобільної дороги визначає Кабінет Міністрів України."

Відповідно до постанов КМУ,⁹³ не встановлено мінімального розміру плати за проїзд та не встановлено дотацій чи гарантій мінімальних оплат. Оскільки немає загально визначеної

⁹¹ Під концепцією "*Le fait du Prince*" ми розуміємо концепцію, згідно якої держава зобов'язана відшкодувати витрати приватного партнера, понесені ним в результаті несприятливого рішенням держави.

⁹² Стаття 20-5 Закону про ДПП.

⁹³ Постанова Кабінету міністрів України "Про затвердження Порядку встановлення максимального розміру плати за проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії" № 1299 від 22 серпня 2000р. та Порядок відшкодування за

методології обчислення розміру плати, то Міністерство Інфраструктури України має готувати тимчасову та призначену для специфічного проекту методологію для визначення максимальної оплати за проектом.⁹⁴

3.7.4.3 Особливості тепло-, водопостачання, та водовідведення

Особливості тепло-, водопостачання, та водовідведення в основному полягають у спроможності підприємства у сфері державного-приватного партнерства одержувати оплату безпосередньо від користувачів та застосовувати санкції до боржників.

На практиці використовуються наступні методи проведення розрахунків із споживачами:

(i) Розрахунок безпосередньо із споживачами

Виставлення рахунку безпосередньо споживачам можливе у разі: (i) якщо приватний партнер уклав договір безпосередньо із споживачем, (ii) споживач встановив лічильник, і (iii) компетентний орган місцевого самоврядування визначив приватного партнера виконавцем щодо комунальних послуг. Зазвичай, приватний партнер визнається лише виробником тепло-, водопостачання та водовідведення.

Безпосередні виконавці послуг для будинків, що перебувають у власності міста мають назву "ЖЕК" та "кондомініум" - для приватних будинків. Виробники комунальних послуг відповідальні за надання комунальних послуг будинкам, тоді як виконавці відповідальні за розповсюдження послуг споживачам (мешканцям будинків).

Як правило, виконавці комунальних послуг відповідальні за утримання та розвиток мереж у будинках, що потребує значних інвестицій. На практиці, приватні партнери намагаються уникати таких зобов'язань і, відповідно, статусу виконавця. Таким чином, приватні партнери не можуть виставляти рахунки та одержувати безпосередні платежі від індивідуальних споживачів.⁹⁵ Крім того, той факт, що відшкодування інвестицій на облаштування та утримання мереж всередині будинків не може бути включене до тарифів, є іншим критичним питанням, оскільки відповідальність за такі інвестиції значно збільшує затрати приватного партнера.

Безпосередні розрахунки із споживачами, що є юридичними особами, а також державними і місцевими організаціями. Такі споживачі укладають договір із оператором та встановлюють власний лічильник. У той же час, такий договір рідко використовується для споживачів, у яких немає лічильника (зазвичай - фізичні особи). В такому випадку приватний партнер не може визначити об'єм наданих послуг, і таким чином не може правильно виставити рахунок споживачам, у яких немає лічильника. У таких випадках органи комунального управління та виконавці комунальних послуг відповідальні за виставлення рахунку.

безоплатний проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії, затверджений Постановою КМУ № 1065 від 6 липня 2000р.

⁹⁴ Аналогічні тимчасові та методології використовувались при підрахунку максимальної суми оплати в проекті по концесії Львів-Краковець, однак вони не доступні для ознайомлення.

⁹⁵ Як приклад, ми можемо навести приклад, коли у 2005 р. Київська міська рада прийняла рішення "визначення виконавців житлово-комунальних послуг у житловому фонді комунальної власності територіальної громади м. Києва" № 427/2888, від 24 листопада 2005, яким було призначено Київводоканал та Київенерго⁹⁵ виконавцями комунальних послуг. Обидві компанії оскаржили це рішення у суді і суд визнав його недейсним⁹⁵, ґрунтуючись на тому, що компанії не погодились бути виконавцями комунальних послуг та що статuti обох компаній не встановлюють можливості надання ними таких послуг.

Однак, як повідомляють джерела масової інформації, Київенерго⁹⁶ бере участь у пілотному проєкті в Голосіївському районі м. Києва, де він планує укласти договір із кожним споживачем (власником квартири) для надання тепlopостачання.⁹⁷ За цим пілотним проєктом, Київенерго буде вважатися постачальником комунальних послуг (аналогічно функціям ЖЕКУ) і таким чином зможе виставляти рахунки безпосередньо споживачам. Якщо результати проєкту будуть позитивними, очікується, що Київенерго перебере на себе функції ЖЕКів. Втім, у свою чергу це зумовить питання про відповідальність Київенерго за облаштування та утримання мереж всередині будинків.

(ii) Розрахунок із споживачами через ЖЕК

ЖЕКи чи кондомініуми залишаються найбільш поширеною схемою проведення розрахунків із споживачами. Для цілей Звіту, ми обмежимося описом схеми, що використовується в Києві:

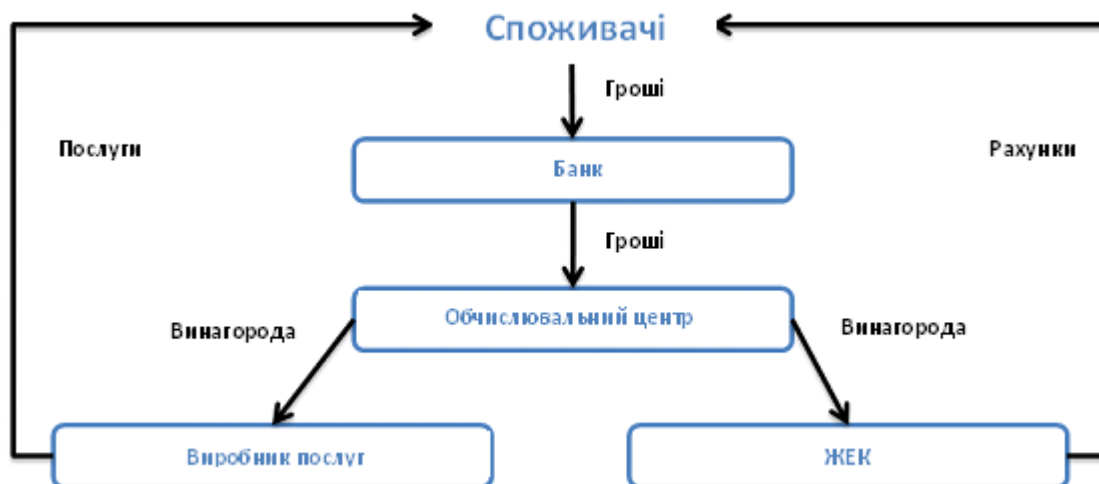
- (i) ЖЕКи чи кондомініуми подають до головного інформаційно-обчислювального центру⁹⁸ інформацію щодо кількості споживачів та обсяг спожитого тепла у кожній квартирі. Як правило, він вираховується на основі корисної площі квартири;
- (ii) Головний інформаційно-обчислювальний центр проводить обчислення та готує рахунки за комунальні послуги і подає рахунки ЖЕКам чи кондомініумам;
- (iii) ЖЕКи чи кондомініуми одержують рахунки та передають їх споживачам;
- (iv) Споживачі - фізичні особи оплачують послуги постачальників комунальних послуг через банк та головний інформаційно-обчислювальний центр;
- (v) Банки перераховують кошти у головний інформаційно-обчислювальний центр; та
- (vi) Головний інформаційно-обчислювальний центр одержує кошти від банків та розподіляє їх між ЖЕКами, кондомініумами та виробниками комунальних ресурсів. Згідно тарифів, затверджених Київською міською радою, тарифи на комунальні послуги, як правило, відразу включають оплату послуг головного інформаційно-обчислювального центру та ЖЕКів, у той же час законність такого рішення є сумнівною, оскільки законодавство прямо не дозволяє включення у суму тарифів витрат на послуги ЖЕКів та кондомініумів.⁹⁹

⁹⁶ Київенерго яка забезпечує столицю України електричною та тепловою енергією, поєднуючи процеси виробництва, транспортування та збуту енергоресурсів. Це приватна компанія, якою частково володіє Київська міська рада, яка обслуговує інфраструктуру на основі договору управління.

⁹⁷ <http://kyivenergo.ua/ua/news/company/9165-2011-04-13>

⁹⁸ <http://www.gioc-kmda.kiev.ua/main/document/31/>. Комунальне підприємство "Головний інформаційно-обчислювальний центр" відповідальне за підготовку рахунків та обчислення комунальних послуг, включаючи водopостачання. Воно одержує кошти від споживачів і далі розподіляє їх між компаніями, що надають різні види комунальних послуг.

⁹⁹ Стаття 2.1 Положення виконавчого органу Київської міської ради (Київської державної адміністрації) No.857, від 31 травня 2011



Згідно цієї схеми, угода укладається з ЖЕКом чи кондомініум умом, які не вважаються споживачами. Вони відповідальні за виставлення рахунків власникам квартир за послуги, що надані виробниками комунальних послуг та за утримання мереж всередині будинків.¹⁰⁰ Ця схема є необхідною коли власники квартир не мають лічильників і сума, що підлягає до сплати, обчислюється на основі площі квартири чи кількості осіб, що в ній проживають. Насправді, тільки ЖЕКи можуть мати доступ та одержувати повну та вичерпну інформацію.

3.7.4.4 Повноваження компанії ДПП щодо застосування санкцій до боржників

Компанія ДПП може застосувати санкції тільки до споживачів, з якими у неї укладений прямий договір (наприклад, юридичні особи та ін.). Договір повинен містити конкретні санкції за несплату послуг чи за прострочення платежів. Закон України "Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій" No. 686-XIV від 20 травня 1999 року встановлює спеціальну відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасні розрахунки за спожиті комунальні послуги.

Пеня повинна встановлюватись у договорі. Мінімальний розмір пені становить один відсоток (1 %) від суми простроченого платежу за кожний день прострочення договорів. Однак, максимальний розмір пені не повинен перевищувати 100 відсотків загальної суми боргу. Крім того, Законом не встановлено особливих процедур для фізичних осіб.

На практиці, виробники комунальних ресурсів можуть витребувати борг та застосувати санкції в примусовому порядку тільки на підставі рішення суду. Суд може зобов'язати задовольнити позов шляхом накладення стягнення на майно споживача. Однак, виконання рішення щодо фізичних осіб викликає труднощі.¹⁰¹

Зверніть увагу, що виробники комунальних ресурсів, як правило, не можуть зупинити надання послуг базуючись на заборгованості споживачів, оскільки:

- (i) Технічний аспект: Представники компаній водопостачання часто скаржаться, що неможливо призупинити водопостачання одному споживачеві у багатоповерховому будинку.

¹⁰⁰ <http://kyivenergo.ua/ua/for-consumers/sp-p/4/10-faq/1170-2003-04-27>

¹⁰¹ На практиці обов'язок знайти відповідне майно покладається на виробника комунальних ресурсів. Складним є процес диференціації майна, що може підлягати виїмці, особливо якщо споживач не має зареєстрованого майна окрім квартири (банківські рахунки, машини та ін.).

- (ii) Правовий аспект: хоча практика і свідчить про виняткові випадки зупинення надання комунальних послуг, заборгованість споживача - фізичної особи до таких випадків не належить.¹⁰²

3.7.4.5 Рекомендації:

- *внести зміни до Бюджетного кодексу, які передбачають, що органи влади зобов'язані компенсувати різницю між затвердженими тарифами та економічно-обґрунтованими тарифами, без проходження процедури розгляду та прийняття цих витрат шляхом голосування.*
- *Дозволити державному партнеру надавати пільги приватному партнеру, якщо збільшення тарифів є проблемним з політичної або економічної точки зору, і внести зміни до Бюджетного кодексу.*
- *внести зміни до Бюджетного кодексу та пов'язані законодавчі акти з тим, щоб передбачити зобов'язання відшкодувати за рахунок Державного бюджету різницю між затвердженими тарифами та економічно-обґрунтованими тарифами, незалежно від того, який орган влади затвердив тарифи.*
- *Внести зміни до Бюджетного кодексу та пов'язані законодавчі акти з тим, щоб передбачити зобов'язання відшкодувати за рахунок Державного бюджету різницю між затвердженими тарифами та економічно-обґрунтованими тарифами, незалежно від того, який орган влади затвердив тарифи. Внести зміни до Закону про ДПП та пов'язані законодавчі акти шляхом зазначення: якщо тарифи не включають інвестиційну складову або належним чином не скореговані державним партнером до економічно-обґрунтованого рівня, то сторонам дозволяється внести відповідні зміни до інвестиційної програми. До того, як така домовленість буде досягнута, приватний партнер матиме право призупинити інвестиційну програму без будь-яких штрафних санкцій.*
- *внесення поправок до законодавства про регулювання тарифів в частині запровадження бази довгострокових тарифів, без можливості їх зміни за рішенням відповідного органу влади, задля надання можливості приватному партнеру встановити та окупити нового енергозберігаючого та ресурсозберігаючого обладнання.*
- *Доповнити законодавство про тарифи та вказати, що у разі приватний партнер відповідає за обслуговування мереж до точки з'єднання з кінцевим споживачем (внутрішньо-димова інфраструктура), тарифи повинні встановлюватись з урахуванням таких витрат, а також процентів, сплачених приватним партнером за кредитами, пов'язаними із проектом ДПП.*
- *Закріпити на законодавчому рівні можливість застосування прискореної процедури встановлення та зміни тарифів.*

3.7.5 Податки

3.7.5.1 Загальний огляд

Крім існуючих податкових пільг в країні, де реалізується ДПП, що є загальними або можуть бути встановлені в особливому порядку для проектів у сфері ДПП, слід також зазначити

¹⁰² Стаття 23 Закону України "Про питну воду".

загальні правила системи оподаткування, які відіграють важливу роль для приватних інвесторів у прийнятті ними рішень стосовно інвестицій. Крім оцінки впливу системи оподаткування на вартість проекту та очікуваний коефіцієнт прибутку, приватних інвесторів цікавлять наступні питання: загальна прозорість місцевої системи оподаткування, чіткість основних принципів та положень, що надаються платникам податків та об'єктивність критеріїв під час підрахунку податків.

Зміст даного звіту не передбачає детальне вивчення системи оподаткування в Україні. Ми обмежимося лише загальними зауваженнями:

- Чинне податкове законодавство не передбачає жодних звільнень від податків або сприятливого податкового режиму, який би застосовувався до приватного партнера у межах ДПП проекту. Воно не містить жодних положень, що передбачають ставки податку, які б змінювалися в залежності від складності проекту, його стадії або видачі певних дозволів/ліцензій, на відміну від, наприклад, Франції¹⁰³.
- Українське законодавство передбачає національний режим оподаткування приватного партнера у проекті ДПП. Відповідно, приватний партнер має сплачувати всі податки та обов'язкові платежі, що застосовуються до його діяльності в Україні. Проте, певні привілеї можуть застосовуватись до оподаткування та митних зборів щодо конкретних галузей промисловості¹⁰⁴ або імпорту окремих видів продукції (наприклад, енергозберігаюче обладнання).

За загальним правилом, ми не рекомендуємо спеціальний режим для податкових привілеїв ДПП.

- Більше того, обладнання, що імпортоване в Україну для виконання договорів концесії обкладається також митними зборами, податком на прибуток (за ставкою 25%), податком на додану вартість (за ставкою 20 %), акцизним збором в залежності від категорії імпортованого обладнання.
- Якщо дивіденди української компанії ДПП розподіляються між її учасниками-нерезидентами, то такі дивіденди підлягають обкладенню за ставкою 15% якщо тільки інше правило не передбачено угодою про уникнення подвійного оподаткування, що укладена між країною реєстрації інвестора та Україною. Наприклад, відповідно до угоди про уникнення подвійного оподаткування між урядами України та Французької республіки, дивіденди, що розподіляються між французькими компаніями оподатковуються (i) за ставкою 5%, якщо французький акціонер є власником щонайменше 20% статутного капіталу в українській компанії, (ii) за ставкою 15% в інших випадках. Нульова ставка (0%) застосовується якщо французький акціонер є власником щонайменше 50% статутного капіталу та вартість загальних інвестицій складає щонайменше 700 000 євро або еквівалент у гривні.

¹⁰³ Наприклад, місцевий податок на обладнання сплачується у Франції, як правило, лише після видачі дозволу на будівництво.

¹⁰⁴ Глава 20 розділу 4 Податкового кодексу України.

Додаток 1.

Загальні принципи, які регулюють міжнародну найкращу практику в законодавстві про ДПП

1. ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД

У відповідності із Договором, даний Розділ ґрунтуватиметься на нашому досвіді, отриманому в ході вивчення ДПП, яке ми провели для Європейського Банку Реконструкції та Розвитку ("ЄБРР") в 2008 році ("Звіт ДПП ЄБРР").¹⁰⁵

Звіт ДПП ЄБРР був спробою застосувати загально визнані стандарти "передової міжнародної практики" щодо регулятивної основи ДПП та полягає в детальному аналізі законів про ДПП в 27 країнах ЄБРР, включаючи Україну, порівнюючи з вибраними основним сферами ("Основні сфери"), такими як:

- (i) загальна політика;
- (ii) основи законодавства про ДПП;
- (iii) визначення та сфера дії Закону про ДПП;
- (iv) вибір приватного партнера;
- (v) договори про ДПП;
- (vi) забезпечення та питання підтримки; та
- (vii) врегулювання спорів та визначення права, яке підлягає застосуванню.

Вибір таких основних сфер та підготовка запитань здійснювалась на підставі міжнародних стандартів, розроблених щодо ДПП та концесій (здебільшого ці стандарти викладені у Типових положеннях ЮНСІТРАЛ щодо законодавства про інфраструктурні проекти, які фінансуються з приватних джерел, 2003¹⁰⁶).

Інші міжнародні стандарти та рекомендації, які використовуються в нашому Звіті ДПП ЄБРР , перелічені нижче:

- (i) Типові положення ЮНСІТРАЛ щодо законодавства про приватні інфраструктурні проекти, які фінансуються з приватних джерел, 2003;
- (ii) Роз'яснення поняття концесій за правом ЄС , 2000;
- (iii) Посібник ЮНІДО з договорів "Будуй-Експлуатуй-Передай", 1996;
- (iv) Посібник Європейської комісії для успішного впровадження ДПП, 2003; та
- (v) Основні Елементи Закону про Договори Концесії ОЕСР, 1999-2000.

¹⁰⁵ ЄБРР працював з Юридичним Радником ЄБРР для складення списку питань з концесії, оцінки законодавства кожної країни, розроблення методології для оцінки закону про концесії, забезпечення можливості засвідчення оцінок фахівцями з кожної 27 країн з якими працює ЄБРР та забезпечення послідовності інформації та оцінок. Проектна команда включала Олексія Зверева (ЄБРР), Бруно де Казає, Джона Крозерса та Мілісу Затело.

¹⁰⁶ Джон Крозерс брав активну роль, як член ЮНСІТРАЛ ради фахівців, у написанні Посібника ЮНСІТРАЛ про Інфраструктурні проекти, що профінансовані з приватних джерел (2000) та Додаток до нього про Типові положення законодавства (2003). Такий посібник та положення зараз використовуються законодавцями в багатьох країнах для розроблення законодавчої бази ДПП та положень договорів.

Для кожної основної сфери ми встановили основну ціль, яка повинна бути досягнута в процесі розвитку ДПП в кожній країні ЄБРР, ґрунтуючись на стандартах та рекомендаціях, наведених вище, а також на нашому значному досвіді у міжнародних проектах ДПП.

Таблиця нижче підсумовує основні елементи методології, яка використовувалась нами в Звітах ДПП для ЄБРР щодо елементів загально визнаних як "найкраща міжнародна практика" для кожної основної сфери:

ОСНОВНА СФЕРА	ЦІЛЬ	ПЕРЕДОВА ПРАКТИКА
Загальна Політика	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Оцінити загальну політику країни та намагання щодо вдосконалення нормативної-правової бази ДПП 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Наявність документів загальної політики ▪ Наявність "структурної одиниці відповідальної за ДПП" (ДПП Структура)
Основи законодавства про ДПП	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Оцінити наявність профільного закону чи низки нормативно-правових актів, які регулюють ДПП та дозволяють отримати легкий доступ до чіткого та стабільного правового середовища для проектів ДПП з метою сприяння структурування проектів ДПП, переговорів та їх завершення 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Наявність профільного закону, який регулює ДПП в конкретних галузях; ▪ Наявність актів органів місцевого самоврядування, які регулюють комунальні ДПП ▪ Наявність самого законодавства ще не є позитивним індикатором. Позитивним індикатором є чіткість юридичного режиму в цілому, який діє щодо окремо узятото сектору/інфраструктури/послуг
Визначення та сфера дії законодавства про ДПП	<ul style="list-style-type: none"> ▪ оцінити наявність чіткого визначення меж та обсягу застосування законодавства про ДПП 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Чіткість обмеження ризиків, які впливають на чинність договору ДПП, незалежно від того, яким чином названо той або інший документ ▪ Точна ідентифікація державних органів, які приймають рішення про впровадження ДПП та укладання договорів ДПП ▪ Належна координація між залученими органами влади та недискримінація національних та іноземних осіб при виконанні ролі приватного партнера/інвестора

ОСНОВНА СФЕРА	ЦІЛЬ	ПЕРЕДОВА ПРАКТИКА
Вибір Приватного Партнера	<ul style="list-style-type: none"> визначити наявність обов'язкового справедливого та прозорого процесу відбору та конкурсних правил, наявність лише обмеженої кількості виключень з таких правил, можливість прямих переговорів, наявність конкурсу при ініціюванні проекту приватним партнером та можливості для оскарження результатів 	<ul style="list-style-type: none"> Посилання на принципи прозорості, відсутність дискримінації, пропорційності та ефективності Оприлюднення інформації щодо проекту та рішення процесу визначення переможця. Наявність положень, які забезпечують чіткі рекомендації, гарантуючи певний рівень об'єктивності та мінімум стандартів, а також достатню гнучкість у діях органів, які в подальшому виступатимуть стороною договору, щодо питань організації процедури попереднього вибору партнера та запитів на конкурсні пропозиції. Елементи, що запобігають довготривалому та не прозорому обговоренню договору ДПП. Процедури оскарження конкурсу його учасниками та третіми заінтересованими сторонами
Договори ДПП	<ul style="list-style-type: none"> Оцінити гнучкість щодо змісту положень договорів ДПП, які дозволять належне розподілення ризиків без необов'язкових або нереальних /неприбуткових /обов'язкових вимог /втручання державного чи місцевого органу, що буде стороною договору (зобов'язання, тарифи, припинення, відшкодування) 	<ul style="list-style-type: none"> Наявність "типового договору ДПП" або типових положень сама по собі не є позитивним індикатором, але може бути таким, якщо використання відповідних типових договорів не є обов'язковим
Забезпечення та Питання підтримки	<ul style="list-style-type: none"> Визначити наявність надійних інструментів забезпечення активів та руху коштів приватного партнера на користь кредиторів 	<ul style="list-style-type: none"> <i>Можливість входження/заміни (step-in) приватного партнера, можливість державної фінансової підтримки або гарантій державного/муніципального органу щодо виконання своїх зобов'язань</i>

ОСНОВНА СФЕРА	ЦІЛЬ	ПЕРЕДОВА ПРАКТИКА
Врегулювання Спорів та Право, що підлягає застосуванню	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Оцінка можливості одержання відповідних компенсацій за порушення згідно застосовуваного права через звернення до міжнародних арбітражних судів та примусового виконання їх рішень 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ратифікація країною відповідних міжнародних конвенцій ▪ Сторони вправі законодавство обрати право, що застосовується у відносинах між ними та обрати певний порядок врегулювання спорів

Як практичне пояснення вищенаведеної методології ЄБРР, ми наводимо даний Звіт в **Додатку 2** як порівняльний законодавчий огляд країн, які нещодавно впровадили сучасні законодавчі основи ДПП і в межах яких ми діяли у ролі Юридичних Радників (наприклад: Єгипет, Кувейт, Албанія), а також дві Європейські країни (Португалія та Греція).

Ми розуміємо, що кожна країна є особливою та має кожна свої особливі питання, які потребують вирішення. Проте, наша мета, визначена у **Додатку 2**, було показати приклад як застосовувати методологію ЄБРР (а також найкращу міжнародну практику) до будь-якого законодавства про ДПП, включаючи законодавство України, незважаючи на готовність національного ринку для цього. Саме тому ми згадали разом з Єгиптом, Албанію та Кувейтом також й відповідну практику Португалії та Греції, які є країнами Європейського Союзу із більш зрілим ринком ДПП.

Розділи, зазначені нижче, містять опис принципів найкращих практик ДПП, що наведені вище у таблиці, а також детальні рекомендації за різними питаннями, що мають бути відображені у основах законодавства про ДПП з метою імплементації найкращих міжнародних практик та стимулювання зацікавленості потенційних приватних партнерів міжнародного масштабу.

2. ПОЛІТИКА ТА ОРГАН ВІДПОВІДАЛЬНИЙ ЗА ДПП

Наявність **чіткої політики, пов'язаної з ДПП** (наприклад відповідної програми уряду), що не стосується приватизації, є загально визнаним елементом найкращої практики ДПП. У зв'язку із реалізацією цієї політики будь-які невідповідності, якщо вони є, між місцевим чи національним законодавством мають бути усунені.

В подальшому, наявність **органу відповідального за ДПП/центральної структури**, що сприяє гармонізації та вивченню ДПП в різних галузях, є позитивним показником. Така структура повинна підпорядковуватися Міністерству фінансів / Міністерству економіки країни (у нашому випадку - Міністерство Економічного Розвитку та Торгівлі, "МЕРТ"), роллю якого має бути контроль за впровадженням програм розвитку ДПП.

3. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ДПП

Здебільшого, вважається хорошою практикою мати **єдиний та загальний закон про концесію / ДПП**, як протилежність до чисельних спеціально-галузевих законодавчих актів.

Включення положень в загальний закон про концесію/закон про ДПП, що передбачають, що галузеве законодавство є додатковим по відношенню до основного закону про ДПП, вважається теж хорошою практикою (приклад: законодавство про ДПП у Македонії та Румунії).

Крім того, на відміну від жорсткого імперативного режиму нормативно-правового регулювання, належний закон про ДПП повинен сприяти **юридичній гнучкості** для забезпечення передової індивідуалізації застосування законодавства, намірів та проектів.

4. ВИЗНАЧЕННЯ ТА МЕЖИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ПРО ДПП

Належний Закон про ДПП повинен включати визначення терміну "ДПП"/ "концесія" з чіткими межами, зокрема по відношенню до:

- (i) галузевого законодавства, яке дозволяє ДПП;
- (ii) муніципального законодавства, яке дозволяє ДПП; та
- (iii) законодавства про закупівлі товарів і послуг за державні кошти.
- (iv) Особлива увага повинна приділятися наступним поняттям та визначенням:
- (v) Визначення державних органів, **уповноважених приймати рішення про ДПП/укладати договори про ДПП ("Орган Влади")**. Орган Влади повинен мати право безпосередньо укладати договір про ДПП;
- (vi) Визначення **приватних осіб, що можуть бути стороною у ДПП**. Не повинно бути дискримінації щодо країни походження. З метою захисту своїх інтересів та ефективного функціонування Проектна Компанія, яка впроваджує проект ДПП, приватні інвестори повинні мати право бути учасниками (засновниками) у створених за законодавством певної країни товариств. В подальшому не повинно бути юридичних обмежень щодо можливості іноземних інвесторів інвестувати в Проектну Компанію за ринковою вартістю та пізніше повернути свої кошти з країни; та
- (vii) Включення **необмеженого переліку секторів** де ДПП може /не може надаватися.

5. ВИБІР ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА

Належний Закон про ДПП повинен забезпечити, щоб і процес відбору, і конкурсні правила були **чесними та прозорими**. Для того, щоб досягти такої цілі, Закон про ДПП загалом повинен включати наступні елементи:

- (i) Вибір приватного партнера у ДПП на конкурсних засадах;
- (ii) Публікація інформації, яка пов'язана з конкурсними процедурами; вимога щодо міжнародної публікації інформації щодо "важливих"/"стратегічних" проектів;
- (iii) Реєстрація та вільний доступ до інформації про ДПП;
- (iv) Наявність обмежень /виняткових обставин, за якими дозволяється впровадження ДПП поза конкурсом (наприклад: нагальна необхідність певних послуг, коротка тривалість надання послуги / невеликий розмір потрібних інвестицій, національна оборона/безпека, наявність лише одного постачальника спроможного надавати послуги, неможливість належного завершення конкурсу);
- (v) Положення, що надають чіткі рекомендації (гарантуючи певний рівень об'єктивності та досягнення мінімуму стандартів) та достатню гнучкість Органу Влади;
- (vi) Положення, що запобігають довгим та не прозорим переговорам стосовно договору про ДПП;

- (vii) Наявність процедур оскарження для учасників та третіх осіб; та
- (viii) Процес відбору, який гарантує, що публічний сектор зрештою отримує від проектних спонсорів найкращу пропозицію "за хороші кошти". Процес відбору повинен також гарантувати, що вибрана пропозиція є "прийнятною" для публічного сектора.

6. ДОГОВІР ПРО ДПП

Належний закон про ДПП повинен дозволяти сторонам укладати договори ДПП, що передбачають **належний** розподіл **ризиків**. Він має надавати сторонам можливість отримання **необхідних дозволів** для здійснення проекту ДПП. З метою досягнення таких цілей, закон про ДПП повинен в цілому задовольняти наступним принципам:

- (i) Не має бути необов'язкових або нереальних вимог, або втручання з боку державного партнера (наприклад: зобов'язань, тарифів, припинення договору, відшкодування);
- (ii) Закон про ДПП повинен визначати ряд важливих положень, які мають міститися у будь-якому договорі ДПП, але не повинні детально регулювати зміст положень, тому що це може позбавити сторін необхідної гнучкості в обговоренні договору задля врахування потреб та особливостей кожного окремого проекту;
- (iii) Приватний партнер повинен отримати всі необхідні адміністративні документи (дозволи, ліцензії) для реалізації проектів ДПП, в ідеалі варіанті - за допомогою Органу Влади та у розумний строк і без надмірних чи зайвих витрат;
- (iv) Повинна існувати ефективна нормативно-правова база, яка б забезпечила відсутність зловживань з боку домінуючої сторони, захист споживачів та отримання справедливих прибутків за ризики, які несуть приватні постачальники послуг та інвестори. Відповідні гарантії і положення можуть бути включені як у самий договір, так й передбачені на рівні галузевого чи загального законодавства; та
- (v) За умови дотримання правил і норм що діють, не повинно бути жодних юридичних обмежень для Проектної Компанії, яка працює по проекту ДПП та надає послуги.

Крім того, особливу увагу необхідно приділити в Законі про ДПП вимогам, пов'язаним з правом власності та землекористуванням. Насправді, Закон про ДПП повинен містити правила які б захищали основні права власності проектів ДПП:

- (i) Наявність чіткої процедури та обмеження можливостей для експропріації;
- (ii) Визнання/захист приватної власності, можливість передачі права власності, належна реєстрація прав власності, чіткий механізм виконання, відсутність обмежень для іноземців; та
- (iii) Можливість реалізації сервітуту з метою надання послуг і для доступу до відповідних об'єктів.

Відповідно, за умови дотримання всіх необхідних норм та правил, **не повинно бути жодних юридичних обмежень щодо здатності Проектної Компанії використовувати землю для проекту ДПП**. Проектна Компанія повинна також мати можливість споруджувати необхідні об'єкти, які будуть використовуватись для надання послуг за договорами ДПП.

7. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА ПИТАННЯ ПІДТРИМКИ

Належний Закон про ДПП повинен передбачати можливість **державної підтримки** проектів ДПП. Він також повинен гарантувати наявність надійних інструментів забезпечення зобов'язань.

Слід також звернути увагу на важливість питання залучення міжнародних приватних інвесторів на ринок ДПП, особливо в країнах, що розвиваються, таких як Україна; ми вирішили докладно зупинитися на таких питаннях в окремому розділі (Розділ 2.3. нижче).

8. ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ ТА ПРАВА, ЯКЕ ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ

Належний Закон про ДПП повинен передбачати можливість для сторін договору ДПП обирати порядок вирішення спорів на свій розсуд, враховуючи своєрідність (особливість) проекту.

Зокрема, Закон про ДПП повинен передбачати можливість для сторін звертатись до міжнародного арбітражу.

Цілком природно, коли закон про ДПП визначає національне законодавство країни, як закон, що регулює відносини між сторонами договору про ДПП; однак свобода вибору права, що застосовується до відповідних відносин, повинна зберігатися відносно договорів, що супроводжують реалізацію проектів ДПП (наприклад: договори на спорудження, а також, особливо, угоди про фінансування та кредитування).

9. ПЕРЕДОВІ ПРАКТИКИ ПОВ'ЯЗАНІ З ПИТАННЯМИ БЕЗПЕКИ ТА ПІДТРИМКИ

9.1 Обґрунтування підтримки збоку Державного Партнера

В даному розділі термін "підтримка" повинен тлумачитись як особливі заходи або рішення уряду (або іншого органу державної влади) про підтримку здійснення проектів ДПП.

Рішення про підтримку здійснення проектів ДПП базується на урядовій оцінці економічної та соціальної значимості проекту, та виправданості такої форми державної підтримки. Насправді, деякі проекти не можуть фінансуватись лише за рахунок приватного сектору по прийнятній вартості, в той час як інші не можуть матеріалізуватись без державної підтримки, оцінюючи загальний інвестиційний клімат в країні.

Як правило для обґрунтування необхідності державної підтримки наводяться наступні аргументи:

- (i) наявність політичних ризиків, які неможна застрахувати;
- (ii) наявність політичного рішення про те, що деякі послуги повинні надаватися за ціною, нижчою за їх ринкову вартість; та
- (iii) теорія презумпція того, що уряд в цілому несе ризики у потенційно менших розмірах, ніж приватні інвестори.

Традиційно, політичні ризики включають ризик конфіскації, політичну нестабільність (війни, тероризм, ін.), ризик конвертації валюти та ризик щодо передачі майна. Однак визначення політичних ризиків повинно також поширюватися на зміни в законодавстві, несприятливі рішення або неможливість підприємств державних партнерів виконати свої зобов'язання за договором ДПП.

Державна фінансова підтримка може бути забезпечена трьома основними шляхами: (i) надання субсидій, (ii) фінансові інвестиції (позики чи внески до статутного капіталу компаній), чи (iii) надання державних гарантій.

При визначенні конкретного виду підтримки з боку влади слід проявляти певну обережність та зокрема:

- (i) не порушувати міжнародні або регіональні зобов'язання країни;
- (ii) обирати найбільш адекватні методи для оцінки бюджетних витрат на підтримку, які мають враховувати поточну вартість майбутніх витрат, втрати прибутку; та
- (iii) забезпечити прозорість (наприклад: своєчасне надання інформації всім учасникам відповідного конкурсу).

10. ВИДИ ПІДТРИМКИ

10.1 Державна позика

Підтримка проектів ДПП може бути виражена шляхом надання безвідсоткової позики або позики з низькою відсотковою ставкою для Проектної Компанії для зменшення фінансових затрат. Такі позики можуть:

- (i) бути субординовані і, тим самим, покращувати фінансові умови проекту, доповнюючи основний кредит наданий через комерційний банк;
- (ii) бути доступними для всіх проектних компаній у даному секторі або обмежені тимчасовою фінансовою допомогою Проектній Компанії якщо виникають певні ризики реалізації проекту; та
- (iii) мати загальну суму, яка обмежена фіксованою сумою або процентом загальних проектних витрат.

Так, наприклад, у Проекті Будівництва Платної Дороги М5 в Угорщині, влада надала консорціуму приватних компаній субординований кредит на перші шість з половиною років комерційної діяльності, який підлягав поверненню після погашення заборгованості у проекті відповідним основним кредиторам у випадку, якщо реальні доходи консорціуму, з будь-якої причини, будуть нижчими за певний прогнозований рівень.

10.2 Кредитні гарантії

Підтримка проекту ДПП зі сторони влади може надаватися у формі державних гарантій органом влади або іншим державним органом для погашення кредитів отриманих Проектною Компанією, яка захищає кредиторів від неплатоспроможності такої компанії (список яких може бути обмежено конкретним випадком). Такі гарантії мають нижчу вартість ніж кредитні гарантії надані комерційним кредитором.

Загалом, кредитні гарантії не реєструються як витрати до моменту коли виникне відповідна проблема. Однак, вони можуть представляти умовне зобов'язання. (наприклад значна заборгованість у випадку бездіяльності Проектної Компанії).

Гарантії можуть бути обмежені:

- (i) в сумі: певною сумою або процентом від загальних витрат проекту; та/або

(ii) тривалістю: визначення обставин за якими гарантії можуть бути розширені (приклад: попереднє вичерпання всіх інших засобів наявних кредиторам за ДПП договором, кредитними угодами та або прямого договору з Органом Влади).

10.3 Дольова участь

Державна підтримка може набувати форм прямої та непрямої дольової участі в Проектній Компанії. Це гарантує державне залучення через впровадження та діяльність проекту. Це також допомагає досягнути більш привабливого коефіцієнту між долею та боргом, виключно поповнюючи долю, яка надається через проектних спонсорів коли інші джерела дольового капіталу такі як інвестиційні фонди не наявні.

Якщо влада вибирає участь в долі, дольова участь та загальна державна гарантія повинна більш чіткіше розмежовуватись.

10.4 Субсидії

Субсидії зазвичай надаються шляхом прямого платежу Проектній компанії. Це може бути або виплата певної загальної суми або сума, що визначається окремо як додаток до прибутків Проектної компанії (наприклад, залізнична концесія Perpignan-Figueras між Францією та Іспанією передбачала виплату державних субсидій, що покривали до 57% вартості будівництва). У такому випадку договір про ДПП повинен містити положення, що передбачають проведення аудиту та надання фінансової звітності. Альтернативою прямим субсидіям є надання Проектній компанії права перехресного субсидювання менш прибуткових видів діяльності за рахунок коштів, одержаних від більш прибуткових видів діяльності.

Тарифні субсидії мають доповнити доходи Проектної компанії у тому випадку, якщо прибутковість проекту виявиться нижчою за певний встановлений мінімальний рівень. Тарифні субсидії розглядаються в цілому як альтернатива повній підприємницькій свободі щодо визначення тарифів, зборів тощо.

У той же час, можуть існувати обмеження стосовно права органу влади надавати субсидії. Такими обмеженнями можуть бути:

- (i) Вимоги законодавства про конкуренцію (наприклад, чимало країн забороняють надання субсидій, якщо тільки вони прямо не передбачені у законодавстві); та
- (ii) Вимоги міжнародних та регіональних угод стосовно економічної інтеграції та лібералізації.

10.5 Суверенні гарантії

Публічна підтримка також може набувати форми суверенних гарантій. Згідно механізму суверенних гарантій держава або підпорядковані їй суб'єкти не надають жодних гарантій ані Проектній компанії, ані позикодавцям. Замість цього, держава та підпорядковані їй суб'єкти гарантують "належну поведінку", а також виконання зобов'язань з боку публічного партнера та/або інших долучених до процесу органів публічної влади. При цьому неспроможність дотриматися цих зобов'язань спричинює відповідні майнові збитки і може мати наслідком, зокрема, збільшення витрат на обслуговування кредиту з боку позикодавця у разі неплатоспроможності.

Існують два типи суверенних гарантій: (а) **гарантії виконання** та (б) **гарантії від недружніх урядових актів**.

- (а) Гарантії виконання

Гарантії виконання - це гарантії, видані урядом держави, у якій здійснюється проект ДПП, стосовно зобов'язань Державного партнера на випадок порушення ним умов договору про ДПП. Ці гарантії є дієвим інструментом, оскільки вони захищають Проектну компанію та позикодавців у випадку неспроможності Державного партнера або іншого органу публічної влади виконати належним чином договір про ДПП.

Гарантії виконання в цілому використовуються у тому випадку, коли публічний партнер є окремою юридичною особою, що не може нести відповідальність як сам уряд країни. У той же час, якщо публічний партнер є суто господарюючим суб'єктом, то й ризик виконання договору про ДПП буде вважатися не політичним ризиком, а господарським.

Центральні уряди можуть надавати гарантії стосовно поведінки інших осіб (наприклад, органів місцевого самоврядування). Додаткові інструменти можуть використовуватися задля підвищення ступеню довіри до держави в світлі її зобов'язань. Ці інструменти включають, насамперед, урядові гарантії виконання умов договору або гарантії багатосторонніх організацій, що в свою чергу підтверджені гарантіями самого уряду. Окрім того, гарантія виконання умов договору може бути видана від імені державної кредитно-фінансової установи тієї країни, в якій має здійснюватися проект ДПП.

Належне законодавство має дозволити урядові здійснювати ефективне керівництво та оцінювати проектні ризики та визначити обсяг прямої та непрямой відповідальності, яку він може на себе прийняти.

Гарантії виконання договору можуть приймати форму, наприклад, гарантій поставки певних товарів, що мають убезпечити Проектну Компанію від несприятливих наслідків, спричинених можливою неспроможністю державних чи комунальних підприємств здійснити постачання товарів, необхідних для експлуатації об'єкту ДПП (наприклад, палива, електроенергії, води). Такі гарантії можуть також забезпечувати покриття сум компенсацій за шкоду, завдану Проектною компанією за зрив відповідних поставок (наприклад, гарантія реалізації, за якою Уряд гарантує оплату товарів чи послуг, поставлених Проектною компанією відповідним державним чи комунальним підприємствам).

Загальні гарантії - це гарантії, які захищають Проектну компанію від будь-яких форм неспроможності Державного партнера виконати свої зобов'язання, радше ніж гарантія виконання певного окремого, конкретно-визначеного зобов'язання. Загальні гарантії не є досить поширеними, але можуть використовуватися там, де зобов'язання Державного партнера згідно договору про ДПП не можуть бути компенсовані його високою кредитоспроможністю (наприклад, у муніципальних концесіях).

(b) Гарантії стосовно недружніх актів уряду

Гарантії стосовно недружніх актів уряду забезпечують те, що Уряд не буде перешкоджати Проектній компанії у здійсненні нею її прав, наданих згідно договору про ДПП, або інших прав, визнаних відповідним національним законодавством.

Гарантії обміну валюти є однією з форм гарантій стосовно недружніх актів уряду. Такі гарантії забезпечують, що:

- (i) Прибутки, одержані у національній валюті можуть бути конвертовані в іноземну валюту;
- (ii) Іноземна валюта, необхідна для виконання всіх іноземних боргових зобов'язань, номінованих у такій валюті, а також виплати дивідендів закордон чи оплати послуг зарубіжних менеджерів, буде доступною у необхідній кількості; та
- (iii) Конвертовані таким чином суми можуть бути переведені у закордон.

Гарантії стосовно експропріації є іншою формою гарантій від недружніх урядових актів. Призначення цих гарантій полягає у тому, щоб забезпечити заборону примусового вилучення майна у Проектної компанії чи її засновників без адекватної компенсації (тобто, йдеться про захист від конфіскації чи націоналізації).

10.6 Податкові та митні переваги

Законодавство про прямі іноземні інвестиції нерідко надає спеціальний податковий режим з метою залучення іноземних інвестицій (наприклад, виключення з-під оподаткування, зменшення ставки податків чи надання податкових пільг). Такі режими повинні застосовуватися обачливо і лише на користь проекту ДПП або з метою приваблення інвесторів.

Податкові та митні пільги можуть набувати наступних форм:

- Звільнення від сплати податку на прибуток на період виконання проекту ("податкові канікули");
- Звільнення від сплати податку на прибуток іноземних фахівців, залучених у проект або позикодавців;
- Звільнення від сплати або зниження ставки податку на нерухомість;
- Звільнення від сплати або зниження митного тарифу на імпорт обладнання, сировини та матеріалів для спорудження, експлуатації та обслуговування проекту;
- Пільги зі сплати податку на роялті;
- Відшкодування сум плачених податків іноземним інвесторам, за умови, що ними приймається рішення про реінвестування отриманих прибутків у реалізацію нових інфраструктурних проектів у країні;
- Зменшення об'єкта оподаткування на суму певних витрат, пов'язаних, наприклад, з оплатою електроенергії, водопостачання чи транспортних витрат; та/або
- Пільги щодо капіталовкладень шляхом встановлення прискорених нормативів знецінення чи амортизації.

10.7 Захист від конкуренції

Підтримка може також надаватися у формі захисту від конкуренції. Такий захист полягає у запевненні, що їх надає уряд Проектній Компанії у тому, що протягом певного часу у визначеній сфері не буде розпочато жодного конкуруючого інфраструктурного проекту певного розміру (наприклад, в сфері транспорту, споживання, тощо). Такий захист покликаний також запевнити Проекту компанію у відсутності конкуренції з боку уряду чи його представників, напряду чи опосередковано. Це може бути особливо важливим у транспортних проектах, якими передбачається збирання відповідної плати на проїзд, зокрема тоді, коли наявність альтернативної дороги може скоротити надходження прибутків від експлуатації основної дороги.

Однак, щодо урядових захисних заходів існують й певні обмеження, такі як:

- (i) Вимоги законодавства про захист конкуренції (зокрема, ризик монополізації на шкоду інтересам національних споживачів); та
- (ii) Зобов'язання держави, прийняті нею згідно міжнародних та регіональних угод.

10.8 Джерела додаткових доходів

Підтримка може також полягати у можливості отримання додаткових доходів. Це дозволяє Проектній компанії диверсифікувати її інвестиції через укладення додаткових концесійних угод про надання додаткових послуг або здійснення іншої діяльності (наприклад, право збирати плату за проїзд існуючим мостом або право утримувати плату за користування будівлею, спорудженою Органом Влади).

Однак, при цьому необхідно запровадити спеціальне законодавство, яке б уповноважувало Проектну компанію на використання, наприклад, земель Органу Влади, або утримання плати за користування будівлею, спорудженою Органом Влади (наприклад, проекту тунелю під Сіднейською затокою передбачав залучення інвесторів через (i) надання їм у концесію існуючого Сіднейського мосту з правом на його експлуатацію та (ii) підвищення плати за проїзд Сіднейським мостом до рівня плати за проїзд тунелем).

11. МОЖЛИВІСТЬ ПЕРЕДАЧІ МАЙНА В ЗАСТАВУ, ОФОРМЛЕННЯ ЗАСТАВИ, ЗАДОВОЛЕННЯ ВИМОГ КРЕДИТОРІВ ЗА РАХУНОК ПРЕДМЕТА ЗАСТАВИ

У контексті не-суверенних трансакцій, кредитори (позикодавці) приділяють увагу перевірці фінансового стану та майна Проектної Компанії з метою забезпечення можливості повернути позичені кошти та одержати суму відсотків за користування цими коштами. При цьому особлива увага приділяється механізму якнайшвидшого задоволення вимог кредиторів за рахунок продажу заставленого майна, а також тому питанню, наскільки простим може бути загальний процес реалізації права на заставлене майно.

Передача майна, оформлення застави та задоволення вимог кредиторів за рахунок предмету застави потребують наявності такої правової системи, яка вільна від юридичних та регуляторних перешкод. При цьому зазначені перешкоди можуть полягати у наступному:

- При передачі майна в заставу: не достатньо конкретний опис предмету застави, відсутність кадастру, не можливість реєстрації іпотеки чи іншого обтяження на рухоме чи нерухоме майно;
- Під час оформлення застави: складнощі із перевіркою існування пріоритетних прав третіх осіб-кредиторів на предмет застави (низька якість відповідних державних реєстрів), незрозуміла та, відповідно, складна і дорога процедура реєстрації, неможливість обтяження державного або комунального майна, наявність різного роду імунітетів; та/або
- Під час задоволення вимог за рахунок заставленого майна: складнощі при набутті у власність або продажі предмету застави.

11.1 Забезпечення виконання зобов'язань за рахунок майна проекту

Забезпечення виконання зобов'язань може набувати форм застави різноманітного майна, пов'язаного із проектом, зокрема:

- (i) Іпотека землі, будівель, іншої нерухомості;
- (ii) Обтяження рухомого майна (в тому числі оборотних активів та надходжень), продукції у переробці чи робіт, нематеріальних активів, іншого індивідуально-визначеного майна та прав;
- (iii) Застава корпоративних прав учасників компанії-позичальника або прав позичальника за основним договором про ДПП; та/або
- (iv) Передача прав і повноважень, які впливають із відповідних адміністративних дозволів.

11.2 Право на "вступ" у проект

Для позикодавців існує ризики того, що проект буде перерваний або припинений до моменту повернення кредиту. Внаслідок цього вони зацікавлені у тому, щоб мати можливість "вдягти капці" позичальника, який не спроможний виконати своїх зобов'язання зі сплати кредиту та, за умови одержання згоди концесієдавця, обрати нового концесіонера для подальшого виконання умов договору про ДПП.

Відтак, позикодавці повинні мати право на входження у безпосередні відносини з Державним партнером та, відповідно, мати можливість передачі договору ДПП з метою реалізації права на "входження" у проект.

Додаток 2.

Програма зустрічей в Києві з зацікавленими сторонами щодо Державно-Приватного Партнерства.

Понеділок 11 липня 2011

9-30 – Пані Данішевська Валентина, Директор **Центру Комерційного Права**

11-00 - Пан Валерій Юзба, Заступник Голови **Ради Підприємців при Уряді України**

13-00 – **LINC Проект**, Експерт з закупівель Семен Сагайдачний

13-30 – **Інститут Муніципального Розвитку**, Пані Альона Бабак, спеціаліст (тарифне регулювання)

16-00 – **Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України**
Учасники: Валерій Карпунцов - Перший заступник голови, Юлія Радченко - Начальник Юридичного відділу, Юрій Кулик - Керівник відповідності Проектів розподілу інвестиційного законодавства

Вівторок, 12 липня 2011

9-30 - Ірина Запатрина - Голова Правління **Українського Центру Сприяння Розвитку Державно-Приватного Партнерства**

11-30 - Пан Мирослав Пітцик, Віце-Президент **Асоціації міст України**.

14-00 - Пан Денис Гайовий, Провідний банкір **ЄБРР**

16-00 – Департамент інвестицій та інноваційної політики, **Міністерство Економічного Розвитку і Торгівлі**, Заступник голови Юрій Гусев, Старший спеціаліст Віктор Мазярчук

Середа, 13 липня 2011

9-30 – **USAID** зустріч. Аналітик, Офіс економічного зростання Лісющенко Дарина Миколаївна, Спеціаліст Управління Проектами Гліб Кривенко, РЗДР Аллен Пайпер (Керівник проекту), Ларри Харн (Заступник керівника проекту)

11-30 – **Інститут Бюджету та Соціально-Економічних Досліджень**, Менеджер Проектів Державно-Приватного Партнерства

13-00 – **Комітет Верховної Ради з питань Промислової та Регуляторної Політики та Підприємництва**. Голова Пані Наталія Королевська, помічники: Олег Бевз; Юрій Орденко

Додаток 3.

Аналіз нещодавно імплементованих реформ законодавства про ДПП на основі методології ЄБРР

ОСНОВНИЙ НАПРЯМ	РЕФОРМИ ДПП (ПРОЕКТИ)			ПРЕЦЕДЕНТИ В ЄС	
	КУВЕЙТ	ЄГИПЕТ	АЛБАНІЯ	ПОРТУГАЛІЯ	ГРЕЦІЯ
Загальна політика	<ul style="list-style-type: none"> Уряд прагне сприяти ДПП транзакціям. Жодного ДПП проекту ще не впроваджено. 	<ul style="list-style-type: none"> Уряд прагне сприяти ДПП. Впровадження <u>декількох</u> пілотних ДПП проектів. 	<ul style="list-style-type: none"> Уряд прагне сприяти ДПП. Впровадження <u>одного</u> ДПП проекту. 	<ul style="list-style-type: none"> Уряд прагне сприяти ДПП. Впровадження <u>декількох</u> ДПП проектів. 	<ul style="list-style-type: none"> Уряд прагне сприяти ДПП. Впровадження <u>декількох</u> ДПП проектів.
Загальна правова база	<ul style="list-style-type: none"> Спеціальний закон підготовлений, але ще не прийнятий (проект 2006 року). 	<ul style="list-style-type: none"> Спеціальний закон підготовлений, але досі обговорюється. 	<ul style="list-style-type: none"> Спеціальний закон підготовлений та прийнятий. 	<ul style="list-style-type: none"> Спеціальний декрет-закон підготовлений та прийнятий (Декрет-закон № 141/2006 від 27 липня 2006 року). 	<ul style="list-style-type: none"> Спеціальний закон підготовлений та прийнятий (Закон № 3389/2005 прийнятий у вересні 2005 року).
Визначення та сфера дії закону про ДПП	<ul style="list-style-type: none"> ДПП визначено (Визначення "Проекту ДПП" у статті 1.2 проекту закону). Сфера дії закону обмежена ("Всі сектори національної економіки мають бути доступні для ДПП окрім тих, що прямо заборонені законом") у статті 1.4 проекту закону). 	<ul style="list-style-type: none"> ДПП визначено (визначення "Партнерського контракту" у статті 2 проекту закону). 	<ul style="list-style-type: none"> ДПП визначено (визначення "концесії" у статті 2 закону). Сфера дії закону обмежена (перелік секторів у статті 4 закону). 	<ul style="list-style-type: none"> ДПП визначено (у статті 2 закону). Перелік секторів <u>відсутній</u> та <u>жоден</u> сектор не виключений. Виключення спеціальних форм договорів (наприклад, договорів концесії для громадських робіт та послуг, договорів управління) та проектів < 25 мільйонів євро інвестиційної вартості або 10 мільйонів євро державних платежів (стаття 2 закону). 	<ul style="list-style-type: none"> Визначення ДПП відсутнє. Будь-які роботи або послуги, що знаходяться в компетенції державних органів можуть стати предметом Договору про ДПП <u>окрім</u> випадків, коли Конституція прямо це забороняє (наприклад, оборона, судочинство, поліцейське патрулювання). Проекти не мають перевищувати 200 000 000 євро (не включаючи ПДВ).
Відбір приватного партнера	<ul style="list-style-type: none"> Задоволення принципу чесної та відкритої процедури відбору та тендерних правил, конкурентних правил щодо пропозицій наданих за власною ініціативою (стаття 2.3 проекту закону та стаття 4.6 проекту 	<ul style="list-style-type: none"> Задоволення принципу чесної та відкритої процедури відбору та тендерних правил, можливості оспорування незаконних рішень (стаття 19 проекту закону) 	<ul style="list-style-type: none"> Задоволення принципу чесної та відкритої процедури відбору та тендерних правил, з обмеженими винятками, що дозволяють прямі переговори (стаття 22 закону), конкурентних 	<ul style="list-style-type: none"> Застосовується <u>Директива 2004/18/ЄС</u>. Застосування загальних принципів ЄС про відкритість, пропорційність, рівне ставлення, 	<ul style="list-style-type: none"> Застосовується <u>Директива 2004/18/ЄС</u>. Застосування загальних принципів ЄС про відкритість, пропорційність, рівне ставлення,

ОСНОВНИЙ НАПРЯМ	РЕФОРМИ ДПП (ПРОЕКТИ)			ПРЕЦЕДЕНТИ В ЄС	
	КУВЕЙТ	ЄГИПЕТ	АЛБАНІЯ	ПОРТУГАЛІЯ	ГРЕЦІЯ
	підзаконного акту) та можливості оспорування незаконних рішень (стаття 5.6 проекту підзаконних актів).	<ul style="list-style-type: none"> Згадування про пропозиції наданих за власною ініціативою у проекті закону <u>відсутнє</u>. 	правил щодо пропозицій наданих за власною ініціативою (стаття 23 закону) та можливості оспорування незаконних рішень.	взаємне визнання, захист навколишнього середовища та свободи конкуренції.	взаємне визнання, захист навколишнього середовища та свободи конкуренції. <ul style="list-style-type: none"> 4 різні процедури прийняття рішень: відкрита, обмежена, договірна та процедура конкурентного діалогу (стаття 8 закону). 2 останні тільки для складних транзакцій.

	РЕФОРМИ ДПП (ПРОЕКТИ)			ПРЕЦЕДЕНТИ В ЄС	
ОСНОВНИЙ НАПРЯМ	КУВЕЙТ	ЄГИПЕТ	АЛБАНІЯ	ПОРТУГАЛІЯ	ГРЕЦІЯ
Договір про ДПП	<ul style="list-style-type: none"> Гнучкий, оскільки модельний договір про ДПП <u>не наведений</u> у проекті закону. 	<ul style="list-style-type: none"> Модельний договір про ДПП <u>не наведений</u> у проекті закону, <u>але</u> орган з питань ДПП вимагає значною мірою використовувати попередні договори про ДПП (наприклад, договір про шкільне ДПП мав бути використаний у проекті очисних споруд), що призводить до недостатньої гнучкості. 	<ul style="list-style-type: none"> Гнучкий, оскільки модельний договір про ДПП <u>не наведений</u> у законі. 	<ul style="list-style-type: none"> Гнучкий, оскільки модельний договір про ДПП <u>не наведений</u> у законі. 	<ul style="list-style-type: none"> Гнучкий, оскільки обов'язковий модельний договір про ДПП не наведений у законі. У законі містяться детальні, але примірні описи положень, що можуть бути включені у договір про ДПП.
Питання безпеки та підтримки	<ul style="list-style-type: none"> Можливість входження/заміни (step-in) приватного партнера. Можливість урядової фінансової підтримки або гарантування Органом Влади належного виконання його обов'язків (стаття 3.4 проекту закону "Договір про ДПП має встановлювати межі, якщо такі є, підтримки Договору про ДПП Державою, державними органами, компаніями державної власності або іншими особами, включаючи дочірні компанії, поручителів, внески у майновій формі і т.д.") 	<ul style="list-style-type: none"> Можливість входження/заміни (step-in) приватного партнера - <u>не зазначені</u>. Можливість урядової фінансової підтримки або гарантування замовником належного виконання його зобов'язань <u>не зазначена</u>. 	<ul style="list-style-type: none"> Можливість входження/заміни (step-in) приватного партнера - <u>не зазначені</u>. Можливість публічної фінансової підтримки або гарантування Органом Влади належного виконання його зобов'язань (стаття 11.3.b закону). 	<ul style="list-style-type: none"> Можливість публічної фінансової підтримки або гарантування Органом Влади належного виконання його зобов'язань <u>не зазначена</u>. 	<ul style="list-style-type: none"> Можливість входження/заміни (step-in) приватного партнера <u>як зазначена</u> як договірні положення. Можливість урядової фінансової підтримки або гарантування Органом Влади належного виконання його зобов'язань <u>не зазначена</u>.
Вирішення спорів та право, що застосовується	<ul style="list-style-type: none"> Сторони <u>не можуть</u> домовитись щодо вибору права, право Кувейту має застосовуватись до Договорів ДПП (стаття 5 проекту закону). Сторони вільні обрати порядок вирішення спорів, тобто суди Кувейту або міжнародний арбітраж (стаття 5 проекту закону). 	<ul style="list-style-type: none"> Сторони <u>не можуть</u> домовитись щодо вибору права, право Єгипту має застосовуватись до Договорів ДПП (стаття 34 проекту закону). Включення арбітражних умов має бути затверджено Урядом (стаття 34 проекту закону). 	<ul style="list-style-type: none"> Сторони не можуть домовитись щодо вибору права, право Албанії має застосовуватись до Договорів ДПП, <u>але</u> "Концесіонер, його акціонери та інші бізнес партнери вільні обрати право, що буде керівним у їх відносинах" (стаття 30 закону). Сторони вільні обрати порядок вирішення спорів, тобто суди Албанії або міжнародний 	<ul style="list-style-type: none"> Сторони <u>не можуть</u> домовитись щодо вибору права, право Португалії має застосовуватись до Договорів ДПП. Можливість міжнародного арбітражу <u>не згадується</u>. Згадується "комітет для ведення переговорів", вповноважений Міністерством 	<ul style="list-style-type: none"> Сторони <u>не можуть</u> домовитись щодо вибору права, право Греції має застосовуватись до Договорів ДПП. Спори мають бути вирішені шляхом арбітражу, Договір про ДПП має містити правила, що регулюють арбітраж. Сторони вільні обрати між місцевим та міжнародним арбітражем, якщо підрядник не з

	РЕФОРМИ ДПП (ПРОЕКТИ)			ПРЕЦЕДЕНТИ В ЄС	
ОСНОВНИЙ НАПРЯМ	КУВЕЙТ	ЄГИПЕТ	АЛБАНІЯ	ПОРТУГАЛІЯ	ГРЕЦІЯ
			арбітраж (стаття 31 закону).	Фінансів вирішувати спори.	Греції.

Додаток 4.

Законодавство про ДПП

Юридичний радник здійснив перегляд наступних законодавчих актів про ДПП, що в Україні є комплексною галуззю, що включає корпоративне, податкове право, охорону навколишнього середовища, охорону праці та інші законодавчі акти:

- i. Закон України "Про оренду державного та комунального майна";
- ii. Закон України "Про приватизацію державного майна";
- iii. Закон України "Про концесії";
- iv. Цивільний кодекс України;
- v. Бюджетний кодекс України;
- vi. Господарський кодекс України;
- vii. Податковий кодекс України;
- viii. Закон України "Про житлово-комунальні послуги";
- ix. Закон України "Про місцеве самоврядування";
- x. Закон України "Про ціни і ціноутворення";
- xi. Закон України "Про Антимонопольний Комітет України";
- xii. Закон України "Про питну воду та питне водопостачання";
- xiii. Закон України "Про природні монополії"
- xiv. Закон України "Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг";
- xv. Закон України "Про здійснення державних закупівель";
- xvi. Закон України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, тепlopостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності";
- xvii. Закон України "Про іпотеку";
- xviii. Закон України " Про заставу";
- xix. Закон України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні";
- xx. Закон України "Про акціонерні товариства";
- xxi. Закон України "Про Державний бюджет на 2011 рік";

- xxii. Постанова Кабінету Міністрів України "Про заходи щодо залучення державою або під державні гарантії іноземних кредитів і надання державних гарантій";
- xxiii. Постанова Кабінету Міністрів України "Про порядок проведення концесійного конкурсу на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг";
- xxiv. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку встановлення максимального розміру плати за проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії";
- xxv. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку відшкодування за безоплатний проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії";
- xxvi. Закон України "Про міжнародне приватне право";
- xxvii. Постанова Кабінету Міністрів України "Про деякі питання пов'язані з Державно-приватним партнерством";
- xxviii. Водний кодекс України;
- xxix. Закон України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності";
- xxx. Закон України "Про відходи";
- xxxi. Наказ Міністерства з питань житлово-комунального господарства України "Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з постачання теплової енергії";
- xxxii. Постанова Кабінету Міністрів України " Про затвердження Переліку документів, які повинні бути представлені разом із заявою про видачу ліцензії для кожного окремого виду господарської діяльності ";
- xxxiii. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку розроблення, затвердження і перегляду лімітів на утворення та розміщення відходів";
- xxxiv. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку погодження та видачі дозволів на спеціальне водокористування";
- xxxv. Закон України "Про охорону атмосферного повітря";
- xxxvi. Закон України "Про охорону праці та здоров'я";
- xxxvii. Закон "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, тепlopостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності."
- xxxviii. Наказ Міністерства палива та енергетики України "Про затвердження Положення про порядок розгляду проектів з розвитку паливно-енергетичного комплексу, які належать державі у відповідності до оренди чи концесії"
- xxxix. Закон України "Про угоди про розподіл продукції";
- xl. Указ Президента України "Про Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами "

xli. Указ Президента України "Про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України"

Контакти:

Джон КРОЗЕРС

тел. +33 (0)1 40 75 29 24

crothers@gide.com

Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I.

26, cours Albert 1er

75008 Paris, **FRANCE**

Для більш детальної інформації:

www.gide.com