

Дуб Анастасія Володимирівна,

студентка 4 курсу спеціальності «Право» Університету державної фіскальної служби України, 37240, м. Заводське, Полтавська область, пров. Польової, 6, тел.: (050) 666-76-35, e-mail: nastenadub99@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7236-1185>.

КОНЦЕСІЯ ЯК ФОРМА ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Анотація: В даній статті йдеться мова про те, що незмінним лідером у вираженні реалізованих проєктів державно-приватного партнерства на європейських ринках є сфера інфраструктури. З практики в країнах ми можемо бачити найбільш розповсюджену форму реалізації проєктів державно-приватного партнерства – концесію. Викладено матеріал, стосовно фундаменту будь-якого проєкту, а саме стосовно договору концесії як форми державно-приватного партнерства.

Відмічено, що концесія — це форма здійснення державно-приватного партнерства, що передбачає надання концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг у порядку та на умовах, визначених концесійним договором, а також передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, що охоплює ризик попиту або ризик пропозиції.

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

Також йдеться про розвиток та зародження концесійних відносин в Україні, та порівняння концесійного законодавства нашої держави з іншими країнами світу. Детально охарактеризовуються та розширюється поняття учасників концесійних відносин на інше коло осіб. Зазначений в цій статті Закон «Про концесію» містить норми, які потребують великої уваги з боку бізнесу, який захоче використовувати цю форму державно-приватного партнерства.

Ключові слова: концесія, державно-приватне партнерство, процес активної реалізації, спеціальний режим господарювання, концесіонер, концесієдавець, концесійний договір, концесійні відносини, конкурентний діалог, ліцензування.

Dub Anastasiia Volodumirivna,

the student of 4th year University of the State Fiscal Service of Ukraine, Zavodske, Poltava region, street Pol'ova, 6, tel.: (050) 666-76-35, e-mail: nastenadub99@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7236-1185>.

CONCLUSION AS A FORM OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Abstract: This article states that the constant leader in the implementation of implemented public-private partnership projects in European markets is the infrastructure sector. From practice in the countries we can see the most widespread form of realization of projects of public-private partnership – the concession. The material is presented in relation to the foundation of any project, namely in relation to the concession agreement as a form of public-private partnership.

It is noted that kontseciya – tse fopma zdiycnennya depzhavno-ppyvathnoho paptneptva chto pepedbachaye nadannya kontseciyedavtsem kontsecionepey ppava nA ctvopennya ta / abo bydivnytstvo (nove bydivnytstvo, pekonctpyktsiyu, pectavpatsiyu, kapitalnyy pemont ta texnichne pepeocnaschennya) ta / abo yppavlinnya (kopyctyvannya, ekplyatatsiyu, texnichne obclyhovyvannya) ob'yektom kontseciyi, ta / abo nadannya cypilno znachyschyx pocylyh y ta popyadky nA ymovax, vyznachenyx kontseciynym dohovopom, a takozh pepedbachaye pepedachy kontsecionepey pepevazhnoyi chactyny opepatsiynoho pyzyky chto oxoplyuye pyzyk popyty abo pyzyk ppopozytsiyi.

It is substantiated that the lower the standard of living in one or another country, the more private investors are in demand, who are ready to invest funds and forces in modernization. At the same time, the poorer the country, the fewer projects can be implemented in it without state support.

It is also about the development and emergence of concession relations in Ukraine, and the comparison of concession legislation of our country with other countries. The notion of participants in concession relations to another group of persons is described in detail and expanded. The Law on Concessions mentioned in this article contains norms that require great attention on the part of business, which will require the use of this form of public-private partnership.

Key words: concession, public-private partnership, process of active realization, special mode of management, concessionaire, concessionaire, concession agreement, concession relations, competitive dialogue, licensing.

Постановка проблеми. Верховна Рада України 3 жовтня 2019 року ухвалила Закон України «Про концесію», який має удосконалити правове регулювання концесійної діяльності та гармонізувати законодавство про концесії із законодавством про державно-приватне партнерство (ДПП), та який передбачає умови залучення приватного капіталу до управління держмайнtimer. За даними Міністерства економічного розвитку та торгівлі, станом на 2019 рік в Україні на засадах ДПП було укладено 186 договорів, з яких у процесі активної реалізації перебувають лише 52 договори. При цьому 134 договори взагалі не реалізуються.

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

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

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питань концесійної діяльності в Україні займалися О. Григоров, Р. Джумагельдієва, О. Р. Зельдіна, Л. Ніколаєва, С. Сосна, Є. Сич, О. Романенко, тощо.

Серед іноземних вчених-юристів, які досліджували окремі питання застосування концесії, можна назвати

В. Варнавського, Б. Ландау, Л. Таля, В. Шретера, І. Бернштейна тощо.

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

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

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

Формулювання цілей статті. Метою статті є розкриття сутності та значимості концесії як спеціального режиму господарювання. З урахуванням поставленої мети основними завданнями дослідження є аналіз концесії; визначення її характерних ознак; з'ясування порядку та підстав встановлення умов такого спеціального режиму господарювання, як концесія [1].

Виклад основного матеріалу. У Великобританії концесійне законодавство з'явилося у XVII столітті, у США перші концесії були видані ще у 1691 р. У Франції першим концесій-

ним об'єктом став Південний канал, побудований у XVII столітті. Закон про концесії у сфері громадських послуг (житлово-комунальне господарство, будівництво доріг та їх експлуатація, енергетика тощо) існують ще з часів Наполеона. Зародження та розвиток концесійних відносин в Україні має власну історію й припадає на період перебування нашої держави у складі Російської імперії. Концесія розглядалась у той час як договір на передачу у тимчасову експлуатацію іноземній фірмі чи приватній особі на певних умовах ділянок землі та надр, що належать державі та муніципалітетам. Концесія регулювалась внутрішніми законами держави.

У Росії десятки тисяч кілометрів залізниць в другій половині XIX – на початку XX століття були побудовані на концесійній основі. Концесії у той період отримали розвиток і у сфері міського господарства Росії [2, с.12].

На початку XX століття в Росії концесії використовувалися для вирішення комунальних проблем міст. Таким чином, ще в XIX столітті в Росії, США, країнах Європи концесії допомагали урядам в реалізації великих, дорогих проєктів по будівництву залізничних і автомобільних доріг тощо. Вже тоді концесійні угоди і договори знаходили застосування в діяльності і місцевих органів влади [3, с.33].

Концесія — це форма здійснення державно-приватного партнерства, що передбачає надання концесіодавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг у порядку та на умовах, визначених концесійним договором, а також передбачає

передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, що охоплює ризик попиту або ризик пропозиції.

Для України поняття «концесії» не є новим. Чинний до недавня Закон про концесії був ухвалений ще у далекому 1999 році і його досконалість доволі сумнівна: за 29 років в країні не був реалізований жодний масштабний проєкт на умовах концесії, тоді як в ЄС встигли побудувати понад 50 тис км доріг. В Україні реалізація такої практики була неможлива через недосконалість, застарілість та неузгодженість законодавства у сфері застосування концесії та державно-приватного партнерства (далі – ДПП).

До моменту прийняття нового Закону питання концесії регулювалися чотирма різними Законами, що протирічать один одному. Метою та завданням нового Закону є те, що застосування механізму концесії дозволить державі залучити значні приватні інвестиції для модернізації і підвищення ефективності використання інфраструктурних об'єктів (морські та річкові порти, дороги, аеропорти) [4].

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

Новий же Закон України «Про концесію» встановлює чіткі процедури:

- ініціювання та прийняття рішення щодо здійснення ДПП, у тому числі концесії;
- процедуру проведення концесійного конкурсу;
- вибору концесіонера (приватного партнера).

Тепер їх можна обирати за конкурсом або конкурентним діалогом, процедура проведення яких відповідає кращій міжнародній практиці (зокрема, «Типовим законодавчим положенням щодо проектів у сфері інфраструктури, які фінансуються з приватних джерел», ЮНСІТРАЛ). А у випадку укладання концесії з орендарем державного майна – за результатами прямих переговорів з ним.

А учасниками концесійних відносин тепер можуть бути не тільки концесіодавець, концесіонер та претендент, як передбачало попереднє законодавство. До цього кола тепер також можуть входити користувачі (ті, хто користується об'єктом концесії), кредитори (фінансові установи, міжнародні фінансові організації, які надали або мають намір надати боргове фінансування чи видали гарантію концесіонеру для виконання ним зобов'язань за концесійним договором), незалежні експерти та радники [5-6].

Концесія є досить поширеною практикою партнерства у світі. До прикладу, у Туреччині залучаються підприємці до розбудови медичної інфраструктури: держава отримує сучасні лікарні, концесіонер має переважне право на надання послуг у цих медичних закладах. У всьому світі так будують дороги, аеропорти, навчальні заклади тощо.

Новим Законом пропонується надання негрошової державної підтримки інвесторам, передбачається

конкурсний відбір концесіонера, що повинно покращити їх якість. Новий Закон «Про концесію» містить низку інших правил, які захищають учасників ДПП і позитивно вплинуть на розвиток цієї сфери. Серед них:

1. Додаткові гарантії для концесіонерів та кредиторів (зокрема, право заміни концесіонера на іншого концесіонера).

2. Спрощення процедур виділення земельних ділянок для проектів ДПП у формі концесії.

3. Процедура трансформації оренди в концесію у разі відповідного звернення з боку орендаря.

4. Можливість передачі вирішення спорів, які виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, міжнародному комерційному або інвестиційному арбітражу.

Чітке виключення дії законодавства про публічні закупівлі на відносини, що виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору. Це означає, що передбачені концесійним договором витрати концесіодавця (публічного партнера) здійснюватимуться не через механізм публічних закупівель, а відповідно до умов концесійного договору.

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

Крім того, концесійні проекти зовсім не дешеві й дуже ризиковані для приватного бізнесу. Основний принцип їх реалізації полягає в тому, що спочатку приватний партнер створює (модернізує) інфраструктурний об'єкт за свої й залучені ним кошти. І тільки коли цей об'єкт починають використовувати для

надання суспільно значущих послуг, концесіонер починає одержувати відшкодування за внесені ним інвестиції, включаючи прибуток. Підкреслимо, якщо це новостворюваний об'єкт, то до завершення будівництва й здачі об'єкта в експлуатацію приватний партнер (концесіонер) узагалі нічого не одержує ні від держави, ні від майбутніх споживачів його послуг. При цьому для концесійних проектів ризик попиту на послуги, надавані за договором концесії, переважно лежить на концесіонерів. В країнах із низьким плато спроможним попитом населення, до яких належить і Україна, цей ризик дуже високий. Для таких країн, щоб заманити інвестора в інфраструктуру, потрібно думати про зниження ризику попиту на послуги, надавані в рамках проекту ДПП, до прийняттого для бізнесу рівня. Тільки в цьому разі він буде готовий взяти участь у довгострокових інфраструктурних проектах [7].

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

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

реалізовано в ній без державної підтримки.

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

З огляду на це, хотілось би вірити у те, що концесія не буде латентною формою тіньової приватизації державного фонду, а стане справжнім революційним проривом у співпраці державного та приватного секторів.

За всі роки незалежності в Україні не реалізовано жодного масштабного проекту, де б приватний інвестор вклав свої кошти в розвиток інфраструктурного об'єкта на умовах концесії.

Наприклад, будівництво автомобільної дороги на умовах концесії здійснюється за рахунок концесіонера, і тільки після прийняття об'єкта концесії в експлуатацію та досягнення показників результативності, що визначені концесійним договором (кількісних та якісних показників щодо надійності та доступності об'єкта концесії), концесіонер може претендувати на компенсацію своїх витрат, зокрема, шляхом отримання плати за експлуатаційну готовність дороги.

Та все ж і цьому закону не вдалося повністю позбутися протиріч. Наприклад, закон «Про концесію» відносить до концесіодавців державні підприємства, установи, організації, господарські товариства, 100% статутного капіталу яких належить державі або іншому господарському товариству, 100% статутного капіталу якого належать державі. Це прямо

суперечить визначенню суб'єктів державно-приватного партнерства, яке міститься в ст. 1 закону «Про ДПП».

Викликає подив і виключення фізичних осіб-підприємців з кола можливих концесіонерів. Закон передбачає, що концесіонером може бути лише юридична особа – резидент України.

Втім, у цілому прийняття цього закону точно має сенс і доцільність для розвитку країни. Новий закон «Про концесію» розроблено на базі та відповідно до права ЄС. В ньому враховано кращий міжнародний досвід реалізації концесійних проектів. Він гармонізує Українське законодавство про концесії із законодавством про ДПП та вносить відповідні зміни до низки законодавчих актів з метою приведення їх у відповідність до положень закону та усунення бар'єрів для реалізації концесійних проектів.

На основі викладеного можемо зробити такі висновки:

Аналізуючи закон, варто зазначити, що він відкриває комплекс нових можливостей, яких раніше не було в Україні. Закон містить також певні норми, які несуть у собі потенційні ризики для концесіонера. Ці норми потребують як мінімум додаткової уваги з боку бізнесу, який захоче апробувати цю форму державно-приватного партнерства. Зазначений порядок утворює ризик того, що зробивши вагомий внесок у перемогу в концесійному конкурсі, концесіонер може бути фактично позбавлений можливості реалізувати проект через відсутність позитивного висновку щодо оцінки впливу на довкілля.

Другим ризиком є можливість зміни умов виконання положень концесійного договору концесіонером.

Статтею 36 закону «Гарантії прав концесіонера» визначено, що обов'язок держави застосовувати до

концесіонера законодавство, чинне на момент ухвалення угоди про концесію, не поширюється на зміни законодавства щодо питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку й охорони довкілля, ліцензування.

Чи може інвестор розраховувати, що за ті 10–50 років, на які він підписує договір, законодавство у цих сферах не зміниться таким чином, що це призведе до збитків або просто унеможливить виконання умов договору? Питання, скоріш, риторичне. Тобто фактично законодавець залишив можливість зміни умов договору для концесіонера. Але виключно шляхом суду або арбітражу.

Також третім потенційним ризиком є положення статті 36, яким визначається, що концесіонер може бути наділений спеціальними або ексклюзивними правами, які пов'язані з реалізацією проекту, що здійснюється на умовах концесії.

Положення цікаве, проте в тексті законопроекту нема визначення, що таке спеціальні або ексклюзивні права.

Тому буде ця норма працювати та чи ні, чи може вона одночасно нести ризик для концесіонера у вигляді порушення прав інших потенційних інвесторів, сказати наразі однозначно не можливо.

На завершення слід звернути увагу на перехідні положення нового закону. У них визначено, що проведення концесійних конкурсів, розпочатих до набрання чинності закону, та укладення концесійних договорів за результатами проведення таких конкурсів здійснюються з використанням процедури, за якою їх було розпочато. Тобто за процедурами старого законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 р. № 157-IX, ст. 325. Відомості Верховної Ради. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-20>.

2. Биканова А. В. Концесія як спеціальний режим господарювання / А. В. Биканова. Форум права., № 4, с. 69–74, 2010 р. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10bavcrg.pdf>.

3. Зельдіна О. Р. Спеціальний режим господарювання як інститут господарського права. Право України, 2006 р., № 4, с. 57–60.

4. Варнавский В. Быть ли концессиям. Варнавский В, 2002 р., № 6, с. 11–22.

5. Зельдіна Е. Р. Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации Украины. Ин-т економіко-правових досліджень, 2007 р.

6. Грицишин В. Е. Направления и возможности использования концессий для развития экономической инфраструктуры. В. Е. Грицишин. Економіка промисловості, 2002 р., с. 16–20.

7. Вікарчук О. І. Концесія у трансформаційній економіці : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спеціальність 08.01.01 / О. І. Вікарчук. К, 2006 р.

REFERENCES:

1. Zakon Ukrainy «Pro kontsesiu» [The Law of Ukraine «About Concession»]. (n.d.). *zakon.rada.gov.ua*. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-20> [in Ukrainian].

2. Bykanova, A. V. (2010). Kontsepsiya yak osoblyvyvy rezhym upravlinnya [Conception as a special mode of management]. *Fopum prava – Forum law*, 4, 69-74 [in Ukrainian].

3. Zeldina, O. P. (2006). Spetsial'nyy rezhym upravlinnya yak instytut upravlinnya ekonomikoyu [Special mode of management as an institute of economic management]. *Ppavo Ukpayini – The law of Ukraine*, 4, 57-60 [in Ukrainian].

4. Vapnavs'kyu, V. (2002). *Byt` li konzecciyam [To be concessions]*, 6, 11-22 [in Ukrainian].

5. Zeldina, E. P. (2007). *Spetsial'nyy rezhym upravlinnya: teoretychni pytannya ta napryamy modernizatsiyi [Special mode of management: theoretical issues and directions of modernization]*. Kyiv: Znannia [in Ukrainian].

6. Hpitsyshyn, V.YE. (2002). *Napryamky ta mozhlyvosti vykorystannya kontsesiy dlya rozvytku ekonomichnoyi infrastruktury [Directions and possibilities of using concessions for the development of economic infrastructure]*. *Ekonomika promyslovosti – Economics of industry*, 16-20 [in Ukrainian].

7. Vikapchyk, O. I. (2006). *Kontsepsiya transformatsiyanoi ekonomiky [Conception of the Transformational Economy]*. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kiev: Kiev [in Ukrainian].