

LEGAL ALERT

28 ЯНВАРЯ 2020

ЗАКОН УКРАИНЫ «О КОНЦЕССИИ»

Закон Украины «О концессии» вступил в силу	2
Инициирование концессии и отбор концессионера	3
Концессионный конкурс	4
Конкурентный диалог	4
Трансформация договора аренды государственного имущества в концессию	5
Концессионный договор	5
Срок концессии	6
Финансовые условия концессии	7
Права собственности на объект концессии	7
Уступка имущественных прав по договору концессии	7
Градостроительная документация	8
Получение земельных участков для осуществления концессии	8
Гарантии прав субъектов концессионной деятельности	9
Применимое право и разрешение споров	9
Государственная поддержка концессии	9
Контроль, мониторинг и завершающая оценка концессий	10

Закон Украины «О концессии» вступил в силу

20 октября 2019 года вступил в силу Закон Украины «О концессии» от 3 октября 2019 года (далее – Закон). Принятие Закона позволяет сбалансировать интересы всех участников концессии. С одной стороны создаются условия для роста объема инвестиций (в том числе за счет иностранного капитала) с целью модернизации и создания современной инфраструктуры и предоставления качественных общественно значимых услуг в стране, а с другой стороны обеспечиваются надлежащие условия для получения инвестором прибыли от участия в государственно-частном партнерстве.

Новый Закон разработан в соответствии с правом ЕС, регулирующим вопросы государственно-частного партнерства. При разработке законопроекта авторами был учтен международный опыт реализации концессионных проектов, что должно значительно улучшить инвестиционный климат в Украине в целом, а также ликвидировать административные преграды в ходе реализации концессионных проектов.

Закон содержит ряд положительных нововведений, которые должны упростить привлечение в сферу государственно-правового партнерства частного капитала как национальных, так и иностранных инвесторов. Основными нововведениями являются:

- внедрена прозрачная процедура выбора концессионера на преимущественно конкурсной основе;
- предусматривается возможность привлечения к работе конкурсной комиссии независимых экспертов, которые могут предоставлять свои разъяснения и рекомендации при проведении концессионного конкурса;
- упрощается порядок получения земельного участка, необходимого для реализации концессионного проекта;
- введено четкое регулирование права собственности на объект концессии;
- введены дополнительные гарантии для концессионеров и кредиторов, которые финансируют или гарантируют выполнение концессионных договоров, в том числе право замены концессионера на другого концессионера (кредитора);
- предусмотрена возможность передачи решения споров, возникающих в связи с выполнением концессионного договора, на рассмотрение международного коммерческого или инвестиционного арбитража;
- введен четкий механизм контроля и мониторинга за выполнением концессионных договоров.

Концессия может применяться для осуществления проектов в любых сферах хозяйственной деятельности, кроме объектов, по которым украинским законодательством установлены ограничения или запрет на передачу их в концессию.

Инициирование концессии и отбор концессионера

В соответствии с Законом инициатором подготовки предложения о передаче объекта в концессию может выступать государство в лице его уполномоченных органов, органы местного самоуправления, предприятия со 100%-ным участием государственного капитала или капитала местной общины, а также юридические лица частного права (как компании-резиденты, так и компании-нерезиденты, то есть компании, которые имеют целью взять объект в аренду).

Решение о целесообразности или нецелесообразности осуществления концессии принимается в отношении государственного имущества Кабинетом Министров Украины, имущества Автономной Республики Крым – Совета министров АР Крым в течение 3-х месяцев со дня подачи предложения, а по коммунальному имуществу – органами местного самоуправления (соответствующими местными советами) на ближайшей сессии соответствующего совета.

Решение о целесообразности осуществления концессии может предусматривать необходимые меры по подготовке к проведению концессионного конкурса, в частности: меры по созданию конкурсной комиссии; подготовку объекта к передаче в концессию (оформление имущественных прав на объект концессии, оформление земельного участка и т.п.); меры по привлечению к процессу советников и независимых экспертов. Все эти меры должны быть реализованы в срок шести месяцев со дня принятия решения о целесообразности осуществления концессии. Таким образом, еще до передачи объекта в концессию и определения концессионера могут быть проведены подготовительные и организационные мероприятия, необходимые для дальнейшей реализации проекта.

Следует отметить, что участником процедур по отбору для реализации концессии может быть любое юридическое лицо (как резидент, так и нерезидент), объединения юридических лиц, предприятий (резидентов и / или нерезидентов), которые выполнили требования для получения статуса участника. А вот концессионером (стороной концессионного договора) может быть исключительно юридическое лицо-резидент Украины. То есть, в том случае, если концессионный конкурс выигрывает юридическое лицо-нерезидент Украины, такое юридическое лицо для заключения концессионного договора должно создать юридическое лицо в соответствии с законодательством Украины.

Концессиедатель выбирает концессионера такими тремя возможными способами:

- 1) путем проведения концессионного конкурса;
- 2) по результатам конкурентного диалога;
- 3) по результатам прямых переговоров с арендатором государственного имущества, передаваемого в концессию.

При этом первые два способа могут быть реализованы с использованием электронной торговой системы, порядок функционирования которой определяется Кабинетом Министров Украины.

Концессионный конкурс

Для организации и проведения концессионного конкурса концессиодатель образует конкурсную комиссию, в которую включаются представители соответствующих органов власти, местного самоуправления, концессиодателя, профсоюзных организаций. Собственно эта конкурсная комиссия и оценивает конкурсные предложения и дает заключения по определению лучших условий осуществления концессии, предложенных участниками конкурса.

В состав конкурсной комиссии концессиодателем на конкурсных условиях могут привлекаться независимые эксперты с правом совещательного голоса. Оплата услуг таких экспертов осуществляется за счет регистрационного взноса участников конкурса.

Объявление о проведении конкурса размещается в публичном доступе в соответствующих средствах массовой информации и на веб-ресурсах. По решению концессиодателя от участников концессионного конкурса может потребоваться обеспечение конкурсного предложения в форме гарантии или в иной форме, размер которой не может превышать 1% ожидаемого объема капитальных инвестиций проекта, осуществляемого на условиях концессии. Такой гарантийный платеж не возвращается участнику конкурса в случаях, предусмотренных законом, например, в случае неподписания участником, который стал победителем концессионного конкурса, концессионного договора.

По результатам рассмотрения и оценки всех конкурсных предложений конкурсная комиссия в течение 30 календарных дней со дня окончания срока для подачи конкурсных предложений готовит заключение о победителе конкурса. Результаты конкурса публикуются на официальном сайте концессиодателя.

Конкурентный диалог

Еще одним из способов определения концессионера является конкурентный диалог, к которому частично применяются правила проведения концессионного конкурса.

Конкурентный диалог применяется в случае, если концессиодатель не может четко определить технические, качественные характеристики проекта или если неизвестно, какие могут предложить потенциальные участники конкурса технические, финансовые и юридические решения. В таком случае для принятия оптимального решения проводятся переговоры с участниками (например, в случае реализации инновационных проектов, крупных комплексных инфраструктурных проектов и т.д.).

Трансформация договора аренды государственного имущества в концессию

Закон предоставляет возможность компаниям, которые арендуют государственное имущество на момент принятия Закона, трансформировать арендные отношения в концессионные. Бесспорно, инструменты концессии предоставляют инвестору гораздо больше возможностей по сравнению с отношениями, которые основываются на основе договора аренды. Концессионер получает больше законных возможностей для осуществления капитальных инвестиций в полученный им объект, а затем и имеет больше гарантий возврата инвестированных им средств.

В соответствии с Законом арендатор, с которым был заключен договор аренды до вступления в силу Закона и который надлежащим образом исполнял обязанности по договору аренды государственного имущества и намерен реализовать инвестиционный проект на условиях концессии с использованием арендованного имущества, может обратиться к концессиоделателю с предложением о проведении государственно-частного партнерства на условиях концессии. При этом срок действия договора концессии не может превышать срок, оставшийся до срока окончания договора аренды, однако должен составлять не менее 5 и не более 50 лет.

Важно отметить, что инициировать указанный процесс трансформации аренды в концессию может только арендатор государственного имущества. Государство не обладает полномочиями инициировать концессию в отношении имущества, которое уже передано в аренду частной компании. Такой способ получить государственное имущество в концессию как трансформация аренды в концессию является процедурно значительно проще по сравнению с концессионным конкурсом или конкурентным диалогом.

Концессионный договор

По результатам концессионного конкурса, конкурентного диалога или прямых переговоров с арендатором государственного имущества концессиоделатель заключает концессионный договор с концессионером.

Среди условий, которые обязательно должны быть включены в концессионный договор (то есть условий, по которым стороны обязательно должны достичь согласия, чтобы такой договор считался заключенным), Закон называет следующие условия:

- предмет концессионного договора, включая вид, объем и описание работ и / или общественно значимых услуг, которые осуществляются или предоставляются согласно такому договору;
- права и обязанности сторон, которые определяются, в частности, с учетом распределения рисков между сторонами;

- порядок обеспечения земельными участками, необходимыми для реализации проектов, осуществляемых на условиях концессии и перечень таких участков с указанием кадастровых номеров;
- срок концессионного договора;
- порядок, размер и условия внесения концессионных платежей;
- ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из концессионного договора;
- порядок осуществления концессиоделателем контроля над выполнением договора;
- порядок разрешения споров между сторонами;
- другие существенные условия, предусмотренные Законом «О концессии».

Концессионный договор может включать и другие условия, согласованные сторонами, в частности: условия использования отечественных материалов при осуществлении концессии, условия найма и трудоустройства граждан Украины, условия использования прав интеллектуальной собственности, условия осуществления финансирования концессионером строительства объектов смежной инфраструктуры (железнодорожных, автомобильных дорог, инженерных коммуникаций и т.п.), и другие условия, которые стороны согласуют между собой. К выполнению концессионного договора концессионер вправе привлекать третьих лиц (подрядчиков, поставщиков и прочих), за действия которых он несет полную ответственность.

Важным положением закона, которое защищает права инвестора, является положение о том, что условия концессионного договора действуют на весь срок действия концессионного договора, в том числе, если после его заключения законодательными актами установлены правила, ухудшающие положение концессионера.

Срок концессии

Концессионный договор должен заключаться на определенный договором срок, который должен составлять не менее 5 лет и не более 50 лет. Следует отметить, что срок концессионного договора по строительству и дальнейшей эксплуатации автомобильных дорог должен составлять не менее 10 лет.

Срок концессии может определяться с учетом таких факторов, как срок эксплуатации объекта концессии и срок его амортизации; срок, обоснованно необходимый концессионеру для возврата инвестиций, вложенных в объект концессии и др. При этом положения Закона относительно сроков концессии сформулированы недостаточно удачно, поскольку не ясно, могут ли указанные факторы менять предельные сроки концессии, определенные в Законе.

Очевидно, правоприменительная практика сможет дать ответ на этот вопрос, поэтому в начале применения Закона следует придерживаться предельных сроков концессии, установленных в Законе.

Финансовые условия концессии

Концессионный договор должен предусматривать получение концессионером платы за общественно значимые услуги, предоставляемые им с использованием объекта концессии, от пользователей (потребителей) таких услуг.

Концессионным договором могут быть предусмотрены платежи концессионера в пользу концессиодателя и/или платежи концессиодателя в пользу концессионера. Условия и порядок осуществления таких платежей определяются концессионным договором в соответствии с Законом. Платежи концессиодателя в пользу концессионера возможны в случае, если концессионер не может получить полное возмещение произведенных им инвестиций за счет пользователей (потребителей) услуг.

Платежи концессионера в пользу концессиодателя могут включать концессионные платежи и/или одноразовую фиксированную плату, определенную концессионным договором в порядке, предусмотренном Законом. Методика расчета концессионных платежей утверждается Кабинетом Министров Украины.

Права собственности на объект концессии

Любые действия концессионера по отношению к объекту концессии (полное его строительство, капитальный ремонт, реконструкция, техническое переоснащение и т.п.) не влечет за собой возникновения у концессионера права собственности на такой построенный или реконструированный объект. Право собственности на объект концессии остается за государством или территориальной общиной. После прекращения действия концессионного договора такой объект подлежит возврату концессиодателю.

Концессионер имеет право передавать часть имущества, входящего в состав объекта концессии, в аренду, если это предусмотрено концессионным договором. В таком случае концессионный договор должен содержать исчерпывающий перечень имущества, которое может передаваться в аренду, а также условия передачи его в аренду.

Касательно движимого имущества, которое было приобретено концессионером для выполнения концессионного договора, то собственником такого имущества остается концессионер, если иное не будет установлено концессионным договором.

Уступка имущественных прав по договору концессии

Концессионер по согласованию с концессиодателем может передать все или часть своих имущественных прав, вытекающих из концессионного договора, третьему лицу на срок, не превышающий срок концессионного договора, если иное не установлено договором концессии.

Концессионер вправе также передать в залог имущественные права, вытекающие из концессионного договора, если это предусмотрено концессионным договором. При этом в залог передаются исключительно все права (а не их часть), вытекающие из концессионного договора, а обращение взыскания на такие права будет происходить путем замены концессионера в концессионном договоре.

Предметом залога по согласованию с концессиодателем может быть также право требования по концессионному договору.

Градостроительная документация

В Украине любое строительство объектов недвижимости осуществляется с учетом и на основании градостроительной документации, в частности, при строительстве должны соблюдаться требования детальных планов территорий (далее – ДПТ), на которых осуществляется такое строительство. Пока не все территории имеют разработанные ДПТ, поэтому в случае необходимости разработки ДПТ для целей реализации концессионного проекта, концессиодатель обязан обеспечить разработку и утверждение соответствующего ДПТ.

Финансирование работ по разработке ДПТ может осуществляться за счет средств государственного или местного бюджета или за счет других источников, не запрещенных украинским законодательством. Финансовые расходы на разработку детального плана территории могут возмещаться концессионером в соответствии с условиями концессионного договора.

Получение земельных участков для осуществления концессии

Земельный участок государственной или коммунальной собственности, необходимый для реализации концессионного проекта, предоставляется концессионеру в аренду на срок действия концессионного договора в порядке, предусмотренном Земельным кодексом Украины. Подготовительные мероприятия, необходимые для передачи земельного участка в аренду концессионеру, в частности разработку землеустроительной документации и формирования земельного участка, необходимого для реализации концессионного проекта, могут быть осуществлены силами концессиодателя и за счет средств государственного или местного бюджетов. Расходы на разработку указанной документации могут возмещаться концессионером в соответствии с условиями концессионного договора.

В том случае, если в течение одного года со дня заключения концессионного договора концессионер по вине концессиодателя не приобретет права аренды земельного участка, необходимого для реализации концессионного проекта, что приведет к невозможности выполнения концессионером обязательств по концессионным договорам, концессионер имеет право на одностороннее расторжение концессионного договора.

Гарантии прав субъектов концессионной деятельности

Законом также установлены гарантии для концессионера в случае внесения изменений в действующее законодательство. В Законе указано, что к правам и обязанностям концессионера, определенным концессионным договором, применяется законодательство Украины, действующее на день заключения концессионного договора (кроме законодательства, которое уменьшает размер налогов или сборов или отменяет их, упрощает регулирование хозяйственной деятельности, ослабляет процедуры государственного надзора/контроля в сфере хозяйственной деятельности, смягчает ответственность концессионера или иным образом улучшает положение концессионера, которое должно применяться со дня вступления в силу такого законодательства).

Указанные гарантии не распространяются на изменения законодательства по вопросам обороны, национальной безопасности, обеспечения общественного порядка и охраны окружающей среды, лицензирования, правил и условий предоставления общественно значимых услуг на рынках в состоянии естественных монополий.

Применимое право и разрешение споров

В Законе закреплён принцип свободного выбора права, которое будет применяться к концессионному договору. Однако если в концессионном договоре применимое право не будет избрано, то концессионный договор будет регулироваться правом Украины.

Согласно Закону стороны концессионного договора также могут свободно выбрать механизм разрешения споров, включая медиацию, необязывающую экспертную оценку, национальный или международный коммерческий или инвестиционный арбитраж, в том числе арбитраж с местонахождением за рубежом (если учредителем концессионера является предприятие с иностранными инвестициями в понимании Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования»), и процедурные правила разрешения споров.

Государственная поддержка концессии

Концессионеру может предоставляться государственная поддержка в следующих формах:

- 1) путем выплаты платы за эксплуатационную готовность объекта;
- 2) путем приобретения концессиедателем определенного объема товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) концессионером в соответствии с концессионным договором;
- 3) путем поставки концессионеру товаров (работ, услуг), необходимых для выполнения концессионного договора;
- 4) путем строительства (нового строительства, реконструкции, капитального ремонта и т.п.) государственными или коммунальными предприятиями

смежной инфраструктуры (железнодорожных, автомобильных дорог, линий связи, инженерных коммуникаций и т.п.), которые не являются объектами концессии, но необходимы для выполнения концессионного договора.

Контроль, мониторинг и завершающая оценка концессий

Контроль со стороны концессионера осуществляется в порядке, который будет согласован сторонами в договоре, а потому на этапе заключения концессионного договора следует уделить внимание формулировке положений о том, каким образом и в каких формах концессионер будет осуществлять такой контроль, а также четко описать права и обязанности сторон, касающиеся такого контроля.

Государство также осуществляет мониторинг выполнения концессионных договоров, который реализуется Министерством развития экономики, торговли и сельского хозяйства Украины путем получения от концессионеров ежегодных отчетов о выполнении концессионного договора.

Контактные лица:

Игорь Дикунский, LL.M.,
партнер
igor.dykunskyy@DLF.ua

Дмитрий Сыкалюк,
старший юрист
dmitriy.sykaluk@DLF.ua

Legal alert содержит краткий обзор текущих изменений в украинском законодательстве и не может рассматриваться как юридическая консультация. Для получения более подробной информации или рекомендаций по конкретным вопросам просим обратиться к указанным контактными лицам или воспользоваться формой для обратной связи на нашем сайте.

Legal alert является бесплатным электронным изданием. Если Вы больше не хотите его получать – пожалуйста, пришлите короткое письмо на info@DLF.ua

DLF attorneys-at-law

IQ Бизнес-центр | ул. Болсуновская, 13-15 | 01014 Киев | www.DLF.ua | info@DLF.ua
T +380 44 384 24 54 | F +380 44 384 24 55