

# LEGAL ALERT

28 СІЧНЯ 2020

## **ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО КОНЦЕСІЮ»**

Закон України «Про концесію» набув чинності	2
Ініціювання концесії та відбір концесіонера	2
Концесійний конкурс	3
Конкурентний діалог	4
Трансформація договору оренди державного майна в концесію	4
Концесійний договір	5
Строк концесії	5
Фінансові умови концесії	6
Права власності на об'єкт концесії	6
Відступлення майнових прав за договором концесії	7
Містобудівна документація	7
Отримання земельних ділянок для здійснення концесії	7
Гарантії прав суб'єктів концесійної діяльності	8
Застосовне право і вирішення спорів	8
Державна підтримка концесії	8
Контроль, моніторинг та завершальна оцінка концесій	9

## **Закон України «Про концесію» набув чинності**

20 жовтня 2019 року набрав чинності Закон України «Про концесію» від 3 жовтня 2019 року (надалі – Закон). Ухвалення Закону дозволяє збалансувати інтереси усіх учасників концесії. З одного боку створюються умови для зростання обсягу інвестицій (у тому числі за рахунок іноземного капіталу) з метою модернізації та створення сучасної інфраструктури та надання якісних суспільно значимих послуг у країні, а з іншого боку забезпечуються належні умови для отримання інвестором прибутку від участі у державно-приватному партнерстві.

Новий Закон розроблено у відповідності до права ЄС, що регулює питання державно-приватного партнерства. Під час розробки законопроекту авторами було враховано міжнародний досвід реалізації концесійних проектів, що має значно поліпшити інвестиційний клімат в Україні загалом, а також ліквідувати адміністративні перепони в ході реалізації концесійних проектів.

Закон містить ряд позитивних нововведень, які мають спростити залучення у сферу державно-правового партнерства приватного капіталу як національних, так і іноземних інвесторів. Основними нововведеннями є:

- запроваджено прозору процедуру вибору концесіонера на переважно конкурентних засадах;
- передбачається можливість залучення до роботи конкурсної комісії незалежних експертів, які можуть надавати свої роз'яснення та рекомендації під час проведення концесійного конкурсу;
- спрощується порядок отримання земельної ділянки, необхідної для реалізації концесійного проекту;
- запроваджено чітке регулювання права власності на об'єкт концесії;
- запроваджено додаткові гарантії для концесіонерів та кредиторів, що фінансують або гарантують виконання концесійних договорів, у тому числі право заміни концесіонера на іншого концесіонера (кредитора);
- передбачено можливість передачі вирішення спорів, які виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, на розгляд міжнародного комерційного або інвестиційного арбітражу;
- запроваджено чіткий механізм контролю та моніторингу за виконанням концесійних договорів.

Концесія може застосовуватися для здійснення проектів у будь-яких сферах господарської діяльності, крім об'єктів, щодо яких українським законодавством встановлено обмеження чи заборона щодо передачі їх у концесію.

## **Ініціювання концесії та відбір концесіонера**

Відповідно до Закону ініціатором підготовки пропозиції про передачу об'єкта в концесію може виступати держава в особі її уповноважених органів, органи місцевого самоврядування, підприємства із 100%-ою участю державного капіталу або капіталу місцевої громади, а також юридичні особи приватного права (як компанії-резиденти, так і компанії-нерезиденти, тобто компанії, які мають на меті взяти об'єкт в оренду).

Рішення про доцільність або недоцільність здійснення концесії приймається щодо державного майна Кабінетом Міністрів України, майна Автономної Республіки Крим – Радою міністрів АР Крим протягом 3-х місяців з дня подання пропозиції, а щодо комунального майна – органами місцевого самоврядування (відповідними місцевими радами) на найближчій сесії відповідної ради.

Рішення про доцільність здійснення концесії може передбачати необхідні заходи з підготовки до проведення концесійного конкурсу, зокрема: заходи щодо утворення конкурсної комісії; підготовку об'єкта до передачі в концесію (оформлення майнових прав на об'єкт концесії, оформлення земельної ділянки тощо); заходи щодо залучення до процесу радників та незалежних експертів. Усі ці заходи мають бути реалізовані у строк шести місяців з дати прийняття рішення про доцільність здійснення концесії. Таким чином, ще до передачі об'єкта у концесію і визначення концесіонера можуть бути проведені підготовчі та організаційні заходи, необхідні для подальшої реалізації проекту.

Слід зазначити, що учасником процедур із відбору для реалізації концесії може бути будь-яка юридична особа (як резидент, так і нерезидент), об'єднання юридичних осіб, підприємств (резидентів та/або нерезидентів), що виконали вимоги для набуття статусу учасника. А от концесіонером (стороною концесійного договору) може бути виключно юридична особа-резидент України. Тобто, у тому випадку, якщо концесійний конкурс виграє юридична особа-нерезидент України, така юридична особа для укладення концесійного договору має створити юридичну особу відповідно до законодавства України.

Концесієдавець обирає концесіонера такими трьома можливими способами:

- 1) шляхом проведення концесійного конкурсу;
- 2) за результатами конкурентного діалогу;
- 3) за результатами прямих переговорів з орендарем державного майна, що передається у концесію.

При цьому перші два способи можуть бути реалізовані із використанням електронної торгової системи, порядок функціонування якої визначається Кабінетом Міністрів України.

### **Концесійний конкурс**

Для організації та проведення концесійного конкурсу концесієдавець утворює конкурсну комісію, до якої включаються представники відповідних органів влади, місцевого самоврядування, концесієдавця, профспілкових організацій. Власне ця конкурсна комісія і оцінює конкурсні пропозиції та надає висновки щодо визначення найкращих умов здійснення концесії, запропонованих учасниками конкурсу.

До складу конкурсної комісії концесієдавцем на конкурсних умовах можуть залучатись незалежні експерти з правом дорадчого голосу. Оплата послуг таких експертів здійснюється за рахунок реєстраційного внеску учасників конкурсу.

Оголошення про проведення конкурсу розміщується у публічному доступі у відповідних засобах масової інформації і на веб-ресурсах. За рішенням концесіодавця від учасників концесійного конкурсу може вимагатися забезпечення конкурсної пропозиції у формі гарантії чи в іншій формі, розмір якої не може перевищувати 1% очікуваного обсягу капітальних інвестицій проекту, що здійснюється на умовах концесії. Такий гарантійний платіж не повертається учаснику конкурсу у випадках, передбачених законом, наприклад, у разі невідання учасником, який став переможцем концесійного конкурсу, концесійного договору.

За результатами розгляду та оцінки всіх конкурсних пропозицій конкурсна комісія протягом 30 календарних днів з дня закінчення строку для подання конкурсних пропозицій готує висновок щодо переможця конкурсу. Результати конкурсу публікуються на офіційному веб-сайті концесіодавця.

### **Конкурентний діалог**

Ще одним із способів визначення концесіонера є конкурентний діалог, до якого частково застосовуються правила проведення концесійного конкурсу.

Конкурентний діалог застосовується у випадку, якщо концесіодавець не може чітко визначити технічні, якісні характеристики проекту або якщо невідомо, які можуть запропонувати потенційні учасники конкурсу технічні, фінансові та юридичні рішення. У такому разі для прийняття оптимального рішення проводяться переговори з учасниками (наприклад, у разі реалізації інноваційних проектів, великих комплексних інфраструктурних проектів тощо).

### **Трансформація договору оренди державного майна в концесію**

Закон надає можливість компаніям, які орендують державне майно на момент прийняття Закону, трансформувати орендні відносини у концесійні. Безперечно, інструменти концесії надають інвестору набагато більше можливостей порівняно із відносинами, що ґрунтуються на основі договору оренди. Концесіонер отримує більше законних можливостей для здійснення капітальних інвестицій в отриманий ним об'єкт, а відтак і має більше гарантій щодо повернення інвестованих ним коштів.

Відповідно до Закону орендар, з яким було укладено договір оренди до набуття чинності Законом і який належним чином виконував обов'язки за договором оренди державного майна та має намір реалізувати інвестиційний проект на умовах концесії з використанням орендованого майна, може звернутись до концесіодавця з пропозицією про здійснення державно-приватного партнерства на умовах концесії. При цьому строк дії договору концесії не може перевищувати строк, який залишився до терміну закінчення договору оренди, однак має становити не менше 5 і не більше 50 років.

Важливо зазначити, що ініціювати вказаний процес трансформації оренди в концесію може виключно орендар державного майна. Держава не наділена повноваженнями ініціювати концесію щодо майна, яке вже передано в оренду

приватній компанії. Такий спосіб отримати державне майно у концесію як трансформація оренди у концесію є процедурно значно простішим порівняно із концесійним конкурсом або конкурентним діалогом.

## Концесійний договір

За результатами концесійного конкурсу, конкурентного діалогу або прямих переговорів із орендарем державного майна концесієдавець укладає концесійний договір із концесіонером.

Серед умов, які обов'язково повинні бути включені до концесійного договору (тобто умов, за якими сторони обов'язково мають досягти згоди, аби такий договір вважався укладеним) Закон називає наступні умови:

- предмет концесійного договору, включаючи вид, обсяг та опис робіт та/або суспільно значущих послуг, які здійснюються/надаються відповідно до такого договору;
- права та обов'язки сторін, що визначаються, зокрема, з урахуванням розподілу ризиків між сторонами;
- порядок забезпечення земельними ділянками, необхідними для реалізації проектів, що здійснюються на умовах концесії та перелік таких ділянок із зазначенням кадастрових номерів;
- строк концесійного договору;
- порядок, розмір та умови внесення концесійних платежів;
- відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання зобов'язань, що випливають із концесійного договору;
- порядок здійснення концесієдавцем контролю за виконанням договору;
- порядок вирішення спорів між сторонами;
- інші істотні умови, передбачені Законом «Про концесію».

Концесійний договір може включати й інші умови, погоджені сторонами, зокрема: умови використання вітчизняних матеріалів під час здійснення концесії, умови найму та працевлаштування громадян України, умови використання прав інтелектуальної власності, умови здійснення фінансування концесіонером будівництва об'єктів суміжної інфраструктури (залізничних, автомобільних шляхів, інженерних комунікацій тощо), та інші умови, які сторони погодять між собою. До виконання концесійного договору концесіонер має право залучати третіх осіб (підрядників, постачальників та інших), за дії яких він несе повну відповідальність.

Важливим положенням Закону, яке захищає права інвестора, є положення про те, що умови концесійного договору є чинними на весь строк дії концесійного договору, у тому числі якщо після його укладення законодавчими актами встановлено правила, які погіршують становище концесіонера.

## Строк концесії

Концесійний договір має укладатись на визначений договором строк, який має становити не менше 5 років та не більше 50 років. Слід зазначити, що строк

концесійного договору щодо будівництва та подальшої експлуатації автомобільних доріг повинен становити не менше 10 років.

Строк концесії може визначатися з урахуванням таких чинників, як строк експлуатації об'єкта концесії та строк його амортизації; строк, обґрунтовано необхідний концесіонеру для повернення інвестицій, вкладених в об'єкт концесії тощо. При цьому положення Закону щодо строків концесії сформульовані не досить вдало, оскільки не зрозуміло, чи можуть вказані чинники змінювати граничні строки концесії, визначені у Законі. Очевидно, правозастосовна практика зможе дати відповідь на це запитання, а тому на початках застосування Закону варто дотримуватись граничних строків концесії, встановлених у Законі.

### **Фінансові умови концесії**

Концесійний договір має передбачати отримання концесіонером плати за суспільно значущі послуги, що надаються ним з використанням об'єкта концесії, від користувачів (споживачів) таких послуг.

Концесійним договором можуть бути передбачені платежі концесіонера на користь концесієдавця та/або платежі концесієдавця на користь концесіонера. Умови та порядок здійснення таких платежів визначаються концесійним договором відповідно до Закону. Платежі концесієдавця на користь концесіонера можливі у випадку, якщо концесіонер не може отримати повне відшкодування здійснених ним інвестицій за рахунок користувачів (споживачів) послуг.

Платежі концесіонера на користь концесієдавця можуть включати концесійні платежі та/або одноразову фіксовану плату, визначену концесійним договором у порядку, передбаченому Законом. Методика розрахунку концесійних платежів затверджується Кабінетом Міністрів України.

### **Права власності на об'єкт концесії**

Будь-які дії концесіонера по відношенню до об'єкта концесії (повне його будівництво, капітальний ремонт, реконструкція, технічне переоснащення тощо) не тягнуть за собою виникнення у концесіонера права власності на такий збудований чи реконструйований об'єкт. Право власності на об'єкт концесії залишається за державою чи територіальною громадою. Після припинення дії концесійного договору такий об'єкт підлягає поверненню концесієдавцю.

Концесіонер має право передавати частину майна, що входить до складу об'єкта концесії, в оренду, якщо це передбачено концесійним договором. У такому разі концесійний договір має містити вичерпний перелік майна, яке може передаватися в оренду, а також умови передачі його в оренду.

Щодо рухомого майна, яке було придбане концесіонером для виконання концесійного договору, то власником такого майна залишається концесіонер, якщо інше не буде встановлено концесійним договором.

## **Відступлення майнових прав за договором концесії**

Концесіонер за погодженням із концесієдавцем може передати всі або частину своїх майнових прав, що впливають із концесійного договору, третій особі на строк, що не перевищує строк концесійного договору, якщо інше не встановлено договором концесії.

Концесіонер вправі також передати в заставу майнові права, що впливають із концесійного договору, якщо це передбачено концесійним договором. При цьому у заставу передаються виключно усі права (а не їх частина), що впливають із концесійного договору, а звернення стягнення на такі права буде відбуватись шляхом заміни концесіонера у концесійному договорі.

Предметом застави за погодженням з концесієдавцем може бути також право вимоги за концесійним договором.

## **Містобудівна документація**

В Україні будь-яке будівництво об'єктів нерухомості здійснюється з урахуванням і на підставі містобудівної документації, зокрема під час будівництва мають дотримуватись вимоги детальних планів територій (надалі – ДПТ), на яких здійснюється таке будівництво. Наразі не всі території мають розроблені ДПТ, тому у разі необхідності розроблення ДПТ для цілей реалізації концесійного проекту концесієдавець зобов'язаний забезпечити розроблення та затвердження відповідного ДПТ.

Фінансування робіт з розроблення ДПТ може здійснюватися за рахунок коштів державного або місцевого бюджету або за рахунок інших джерел, не заборонених українським законодавством. Фінансові витрати на розроблення детального плану території можуть відшкодуватися концесіонером відповідно до умов концесійного договору.

## **Отримання земельних ділянок для здійснення концесії**

Земельна ділянка державної або комунальної власності, необхідна для реалізації концесійного проекту, надається концесіонеру в оренду на строк дії концесійного договору у порядку, передбаченому Земельним кодексом України. Підготовчі заходи, необхідні для передачі земельної ділянки в оренду концесіонеру, зокрема розроблення землевпорядної документації та формування земельної ділянки, необхідної для реалізації концесійного проекту, можуть бути здійснені силами концесієдавця і за рахунок коштів державного чи місцевого бюджетів. Витрати на розроблення зазначеної документації можуть відшкодуватися концесіонером відповідно до умов концесійного договору.

У тому разі, якщо протягом одного року з дня укладення концесійного договору концесіонер з вини концесієдавця не набуде права оренди земельної ділянки, необхідної для реалізації концесійного проекту, що призведе до неможливості виконання концесіонером зобов'язань за концесійним договором, концесіонер має право на одностороннє розірвання концесійного договору.

## Гарантії прав суб'єктів концесійної діяльності

Законом також встановлені гарантії для концесіонера у разі внесення змін до діючого законодавства. У Законі зазначено, що до прав і обов'язків концесіонера, визначених концесійним договором, застосовується законодавство України, чинне на день укладення концесійного договору (крім законодавства, що зменшує розмір податків чи зборів або скасовує їх, спрощує регулювання господарської діяльності, послаблює процедури державного нагляду / контролю у сфері господарської діяльності, пом'якшує відповідальність концесіонера або в інший спосіб покращує становище концесіонера, яке має застосовуватися з дня набрання чинності таким законодавством).

Зазначені гарантії не поширюються на зміни законодавства щодо питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку та охорони довкілля, ліцензування, правил та умов надання суспільно значущих послуг на ринках у стані природних монополій.

## Застосовне право і вирішення спорів

У Законі закріплено принцип вільного вибору права, яке буде застосовуватись до концесійного договору. Однак якщо у концесійному договорі застосовуване право не буде обрано, то концесійний договір регулюватиметься правом України.

Згідно із Законом сторони концесійного договору також можуть вільно обрати механізм вирішення спорів, включаючи медіацію, незобов'язуючу експертну оцінку, національний або міжнародний комерційний чи інвестиційний арбітраж, у тому числі арбітраж з місцезнаходженням за кордоном (якщо засновником концесіонера є підприємство з іноземними інвестиціями у розумінні Закону України «Про режим іноземного інвестування»), і процедурні правила вирішення спорів.

## Державна підтримка концесії

Концесіонеру може надаватись державна підтримка у наступних формах:

- 1) шляхом виплати плати за експлуатаційну готовність об'єкта;
- 2) шляхом придбання концесієдавцем певного обсягу товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) концесіонером відповідно до концесійного договору;
- 3) шляхом постачання концесіонеру товарів (робіт, послуг), необхідних для виконання концесійного договору;
- 4) шляхом будівництва (нового будівництва, реконструкції, капітального ремонту тощо) державними чи комунальними підприємствами суміжної інфраструктури (залізничних, автомобільних шляхів, ліній зв'язку, інженерних комунікацій тощо), які не є об'єктами концесії, але необхідні для виконання концесійного договору.



## Контроль, моніторинг та завершальна оцінка концесій

Контроль з боку концесієдавця здійснюється у порядку, який буде погоджено сторонами у договорі, а тому на етапі укладення концесійного договору варто приділити увагу формулюванню положень про те, яким саме чином і у яких формах концесієдавець буде здійснювати такий контроль, а також чітко описати права і обов'язки сторін, що стосуються такого контролю.

Держава також здійснює моніторинг виконання концесійних договорів, який реалізується Міністерством розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України шляхом отримання від концесієдавців щорічних звітів про виконання концесійного договору.

## Контактні особи:

Ігор Дикунський, LL.M.,  
партнер  
[igor.dykunskyy@DLF.ua](mailto:igor.dykunskyy@DLF.ua)

Дмитро Сикалюк,  
старший юрист  
[dmitriy.sykaluk@DLF.ua](mailto:dmitriy.sykaluk@DLF.ua)

Legal alert містить короткий огляд поточних змін в українському законодавстві та не може розглядатись як юридична консультація. Для отримання детальнішої інформації або рекомендацій щодо конкретних питань, просимо звернутися до вказаних контактних осіб або скористатися формою зворотного зв'язку на нашому сайті.

Legal alert – це безкоштовне електронне видання. Якщо Ви більше не хочете його отримувати, будь ласка, надішліть коротке повідомлення на [info@DLF.ua](mailto:info@DLF.ua)

---

## DLF attorneys-at-law

IQ Бізнес-центр | вул. Болсуновська, 13-15 | 01014 Київ | [www.DLF.ua](http://www.DLF.ua) | [info@DLF.ua](mailto:info@DLF.ua)  
Т +380 44 384 24 54 | Ф +380 44 384 24 55