

Ренета Юрій Володимирович
Аспірант кафедри цивільного права та процесу
юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
Науковий керівник: доцент Квіт Наталія Михайлівна

Реалізація нового Закону України «Про концесію» від 03.10.2019 р. № 155-ІХ щодо укладення концесійних договорів (на прикладі концесійних конкурсів щодо портів Ольвія та Херсон)

Концесія – це форма здійснення державно-приватного партнерства, що передбачає надання концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво, та/або управління 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 та/або ризик пропозиції.

Концесія є одним з найбільш розповсюджених інститутів для залучення приватних інвестицій в публічний сектор, зокрема, в інфраструктурні проекти.

У травні 2017 року, з метою підвищення привабливості України як платформи для реалізації концесійних проектів, Міністерство інфраструктури України, Європейський банк реконструкції та розвитку, Міжнародна фінансова корпорація, Проектний офіс «SPILNO», Державне підприємства «Адміністрація морських портів України» та консорціум міжнародних консультантів розпочали реформу правового регулювання концесії та підготовку техніко-економічних обґрунтувань перших концесійних конкурсів відповідно до кращих міжнародних практик.

У вересні 2019 року Міністерство інфраструктури України оголосило про проведення концесійних конкурсів з передачі в концесію цілісного майнового комплексу державних підприємств «Стивідорна компанія «Ольвія» і «Херсонський морський торговельний порт» та відповідного майна державне підприємства «Адміністрація морських портів України». Для проведення конкурсів на нових умовах, 3 жовтня 2020 року було прийнято Закон України № 155-ІХ «Про концесію».

Конкурси було проведено відповідно до нового Закону № 155-ІХ та закінчено в січні-лютому 2020 року шляхом визначення переможців – щодо «Стивідорної компанії «Ольвія» переможцем було обрано ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ», а щодо «Херсонського морського торговельного порту» – ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН».

В результаті, загальний обсяг очікуваних інвестицій з боку концесіонерів складе 17,3 мільярдів гривень протягом 35-річного строку концесії для «Ольвії» і 1,4 мільярдів гривень за 30 років концесії «Херсонського порту».

Інвестиції будуть спрямовані на оновлення інфраструктури та розвиток портів. Протягом перших трьох років в «Ольвії» планується побудувати новий зерновий термінал потужністю 2 мільярдів тон впродовж року (інвестиції в розмірі 1,56 мільярдів гривень), а в морського порту «Херсон» – провести невідкладне оновлення активів (інвестиції в розмірі 216 мільярдів гривень).

Такий досвід є унікальним для України, оскільки в разі успішно проведених конкурсів, Україна зарекомендує себе як надійний партнер для здійснення державно-приватного партнерства у формі концесії, що допоможе залучити інвестиції в інфраструктуру.

Саме тому **метою** цієї доповіді є дослідження ознак концесійного договору через призму нових законодавчих положень та аналіз

правозастосовного досвіду на прикладах концесійних конкурсів в портах Ольвія та Херсон.

Дослідженням договірних форм державно-приватного партнерства і концесійного договору зокрема, займалися такі вчені як О. М. Вінник, І. А. Селіванова, С. В. Терещенко, О. А. Медведєва, В. А. Устименко, О. Р. Зельдіна.

Важливим в рамках цієї доповіді є **питання правового регулювання** концесійного договору. З метою уніфікації законодавства майже одночасно з початком концесійних конкурсів Верховна Рада України прийняла в другому читанні Закон України № 155-IX «Про концесію». Цим законом були внесені зміни в Господарський кодекс України, де залишилося лише загальне визначення концесії, втратили чинність закони «Про концесії» 1999 року та «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», а Закон України «Про державно-приватне партнерство» застосовується до концесії лише у випадках, прямо передбачених Законом України № 155-IX.

В результаті уніфікації концесійного законодавства було досягнуто правової визначеності щодо регулювання концесійних правовідносин. Така уніфікація була передумовою інвестиційної привабливості концесійних конкурсів щодо портів Ольвія та Херсон. Новий Закон встановлює чіткі процедури ініціювання та прийняття рішення щодо здійснення концесії, процедуру проведення концесійного конкурсу та вибору концесіонера.

Більше того, Законом № 155-IX було введено ряд нових інструментів, які захищають учасників ДПП і позитивно вплинуть на розвиток цієї сфери, зокрема:

- додаткові гарантії для концесіонерів та кредиторів (зокрема, право заміни концесіонера на іншого концесіонера);

- спрощення процедур виділення земельних ділянок для проектів ДПП у формі концесії;
- процедура трансформації оренди в концесію у разі відповідного звернення з боку орендаря;
- можливість передачі вирішення спорів, які виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору, міжнародному комерційному або інвестиційному арбітражу;
- законодавство про публічні закупівлі не поширюється на відносини, що виникають у зв'язку з виконанням концесійного договору (передбачені концесійним договором витрати концесієдавця здійснюватимуться не через механізм публічних закупівель, а відповідно до умов концесійного договору).

Аналіз концесійного договору доцільно почати з наведення його визначення. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону України № 155-ІХ, концесійний договір – це договір між концесіонером та концесієдавцем, який визначає порядок та умови реалізації проекту, що здійснюється на умовах концесії. Такий договір є двосторонньо зобов'язуючим та відплатним.

Юридичним предметом концесійного договору є надання концесієдавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво та/або управління об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг у порядку та на умовах, визначених концесійним договором, а також передача концесіонеру переважної частини операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції.

Фактичним предметом концесійного договору є вид, обсяг та опис робіт та/або суспільно значущих послуг, які здійснюються/надаються відповідно до такого договору. Суспільно значущими послугами є послуги, спрямовані на забезпечення суспільних інтересів та потреб, що надаються необмеженому колу користувачів (споживачів) та/або надання

яких зазвичай має забезпечуватися державою або місцевим самоврядуванням.

У випадку концесійних конкурсів в портах Ольвія та Херсон фактичним предметом договорів є комплексне надання послуг в порту та здійснення діяльності у сфері будівництва та експлуатації морських портів та їх інфраструктури.

Відповідно до умов договору концесії, концесіодавець надає концесіонеру права, а останній відповідно бере на себе зобов'язання на створення та/або управління об'єкта концесії. Ця ознака показує різницю між договором концесії та такими схожими правовими інститутами як договори найму, оренди та фінансового лізингу.

У найм/фінансовий лізинг/оренду власником надається майно, що необхідне наймачу/лізингоодержувачу/орендарю, в тому числі для здійснення підприємницької та іншої діяльності, і яке було створене до моменту укладання договору про його використання.

Натомість в концесію передається право на створення майна (об'єкта концесії) і на подальше його використання концесіонером з метою отримання прибутку.

Відповідно, концесія поєднує в собі ознаки підряду (наприклад виконання на власний ризик робіт із будівництва доріг за завданням концесіодавця) та інститутів найму, оренди, фінансового лізингу (строкове, платне володіння і користування дорогою).

Об'єктами концесійного договору є об'єкти права державної власності, власності Автономної Республіки Крим чи комунальної власності, а також майно господарських товариств, 100 відсотків акцій (часток) яких належать державі, що надаються концесіонеру з метою виконання умов концесійного договору, а також об'єкти, що створюються та/або будуються концесіонером у процесі виконання концесійного договору.

Об'єктами концесії у Стивідорній компанії «Ольвія» та «Херсонському морському торговельному порту», 100 відсотків акцій (часток) яких належать державі є цілісний майновий комплекс, що забезпечує комплексне надання послуг в порту та включає майно ДП «СК «Ольвія» та ДП «ХМТП» відповідно, майно ДП «АМПУ», а також об'єкти, спеціально збудовані відповідно до умов концесійного договору для цілей здійснення діяльності у сфері будівництва та експлуатації морських портів та їх інфраструктури за умови взяття концесіонером на себе певних інвестиційних зобов'язань.

Концесійний договір укладається концесієдавцем у письмовій **формі** з переможцем концесійного конкурсу та/або юридичною особою, створеною переможцем концесійного конкурсу для здійснення концесії, або юридичною особою за результатами проведення прямих переговорів у порядку, передбаченому Законом України № 155-IX, або створеною нею юридичною особою для здійснення концесії.

Концесійний договір вважається укладеним з дня досягнення домовленості щодо всіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору. Відповідно, концесійний договір за моментом укладення є **консенсуальним**. Настання, зміна або припинення прав та обов'язків за концесійним договором можуть бути обумовлені настанням відкладальної або скасувальної обставини.

Істотними умовами концесійного договору є сторони концесійного договору; об'єкт концесії; порядок та умови набрання чинності концесійним договором чи окремими його положеннями; 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; перелік земельних ділянок, необхідних для реалізації проектів, що здійснюються на умовах концесії (із зазначенням площі та кадастрового номера (за наявності); строк концесійного договору; порядок зміни та припинення концесійного договору; порядок повернення об'єкта концесії; та інші умови, визначені Законом України № 155-ІХ.

Сторонами концесійного договору є концесіонер та концесіодавець. Особливістю Закону України № 155-ІХ є те, що держава в особі управлінців державною власністю або громада в особі органів місцевого самоврядування може передати майно **лише юридичним особам-резидентам** України за концесійним договором.

Концесіодавцем щодо портів Ольвія та Херсон виступає Міністерство інфраструктури України, Державне підприємство «Адміністрація морських портів України». Концесіонером виступають компанії-переможці відповідного конкурсу, а також підприємство (special purpose vehicle, так звана «проектна компанія»), яке буде створено і зареєстровано переможцем конкурсу в Україні для реалізації проекту. Як було зазначено раніше, переможцем конкурсу щодо ДП «СК «Ольвія» було визнано ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН», а щодо ДП «ХМТП» – ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ», що є компаніями з іноземними інвестиціями, зареєстрованими для участі в концесійному конкурсі.

Компанія «QTerminals W.L.L.», що є засновником ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ», є провідним портовим оператором Держави Катар та здійснює діяльність з управління морськими терміналами у найбільшому порту Катару – Хамад.

З метою участі у концесійному конкурсі ТОВ «ПЕТРО ОЙЛ ЕНД КЕМІКАЛС» (м. Київ, Україна) та компанія «Risoil SA» (м. Женева, Швейцарія) створили ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН» та уклали договір Об'єднання, за умови якого вони зобов'язуються співпрацювати та

здійснювати реалізацію проекту щодо передачі в концесію порту Херсон. Компанія «Risoil SA» що є засновником ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН», планують здійснити інвестиції у заплановану трансакцію у розмірі 215 млн 735 тис. гривень.

Концесійний договір укладається на визначений договором **строк**, який має становити не менше п'яти років та не більше 50 років, крім строку концесійного договору щодо будівництва та подальшої експлуатації автомобільних доріг, який має становити не менше 10 років.

Строк концесії може визначатися з урахуванням:

- строку, експлуатації об'єкта концесії та строку його амортизації;
- строку, обґрунтовано необхідного концесіонеру для відшкодування інвестицій, вкладених в об'єкт концесії (враховуючи витрати, здійснені у зв'язку із залученням боргового фінансування), та отримання визначеного рівня прибутку;
- строку, обґрунтовано необхідного для досягнення цілей та завдань концесії, а також характеристики сфери та соціальної важливості проекту, що здійснюється на умовах концесії.

В урядовій газеті «Урядовий кур'єр» було повідомлено, що у випадку порту Ольвія концесія за результатами конкурсу надається на 35 років, у випадку порту Херсон – на 30 років.

Закон України № 155-ІХ передбачає **детальний порядок проведення концесійного конкурсу та укладення концесійного договору**. Після підготовки пропозицій та прийняття рішення про доцільність або недоцільність здійснення концесії, концесіодавець обирає концесіонера шляхом проведення концесійного конкурсу, а у випадках, визначених Законом, – за результатами конкурентного діалогу або за результатами прямих переговорів з орендарем державного майна, що передається у концесію. У випадку портів Ольвія та Херсон проводився концесійний конкурс. Концесійний конкурс складається з таких етапів:

- попередній відбір претендентів (прекваліфікація);
- подання конкурсних пропозицій учасниками;
- оцінка конкурсних пропозицій і визначення учасника, який запропонував найкращі умови здійснення концесії;
- укладення договору концесії.

Як було зазначено вище, станом на сьогодні обрано учасника, який запропонував найкращі умови здійснення концесії щодо кожного з портів. Антимонопольний комітет України надав дозвіл на концентрацію ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН» та ТОВ «КЮТЕРМІНАЛЗ». Кабінет Міністрів України відкладає дату підписання договорів про концесію портів «Ольвія» та «Херсон», оскільки інвестори, які виграли концесійні конкурси, не можуть приїхати для підписання через пандемію COVID-19.

Цікавим є факт, що після визначення учасника, який запропонував найкращі умови здійснення концесії порту Херсон, 3 лютого 2020 року за зверненням ТОВ «СПЕЦІАЛЬНА КОМПАНІЯ МОРСЬКИЙ ПОРТ ХЕРСОН» ухвалою Шостого апеляційного суду м. Києва в якості забезпечення позову зупинено дію наказу Міністерства інфраструктури №16 від 21 січня 2020 року про затвердження результатів концесійного конкурсу та затвердження переможця концесійного конкурсу у порту Херсон. ТОВ «СПЕЦІАЛЬНА КОМПАНІЯ МОРСЬКИЙ ПОРТ ХЕРСОН» була допущена концесієдавцем до участі у концесійному конкурсі на підставі Наказу Міністерства інфраструктури України від 28 листопада 2019 року №828. Наказом від 17.01.2020 концесієдавець відхилив Претендента від участі в конкурсі та скасував рішення про допущення ТОВ «СПЕЦІАЛЬНА КОМПАНІЯ МОРСЬКИЙ ПОРТ ХЕРСОН» до участі у Концесійному конкурсі. Однак за результатами засідання, яке відбулося 10 лютого 2020 року в Шостому адміністративному апеляційному суді м. Києва заходи забезпечення позову, які перешкождали укладенню договору про передачу ТОВ «РИСОІЛ-

ХЕРСОН» в концесію порту Херсон були скасовані повністю. В ході судового розгляду суд прийняв і врахував обґрунтовані позиції Міністерства Інфраструктури України (відповідач) і ТОВ «РИСОІЛ-ХЕРСОН» (третя особа, переможець конкурсу щодо концесії). Проте, залишається ймовірність того, що вказане рішення може бути оскаржене позивачем до Верховного Суду.

Підсумовуючи вищенаведене, з прийняттям нового концесійного законодавства, що уніфікувало правове регулювання концесійного договору в Україні, розпочалося проведення концесійних конкурсів та обрано перших переможців. Закон України № 155-ІХ «Про концесію» встановлює чіткі процедури ініціювання та прийняття рішення щодо здійснення концесії, процедуру проведення концесійного конкурсу та вибору концесіонера. Такий інструмент залучення інвестицій має великий потенціал в сфері покращення інфраструктури з дотриманням балансу прав та інтересів сторін державно-приватного партнерства.