



ДЕРЖАВНА РЕГУЛЯТОРНА СЛУЖБА УКРАЇНИ

вул. Арсенальна, 9/11 м. Київ 01011

тел. (044) 254-56-73, факс 254-43-93

e-mail: inform@dkrp.gov.ua

Від _____ № _____
на № _____ від _____

Рішення № _____ від “ _____ ” _____ 2018 р. про відмову в погодженні проекту регуляторного акта

Державною регуляторною службою України (ДРС) відповідно до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання концесійної діяльності для залучення приватного сектору до реалізації проектів на умовах державно-приватного партнерства, у тому числі концесії, з метою модернізації інфраструктури» (далі – проект Закону) та документи, що надані до нього листом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 05.01.2018 № 3904-05/796-03.

За результатами розгляду проекту Закону та аналізу регуляторного впливу на відповідність вимогам статей 4, 5, 8 і 9 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»

встановлено:

проект Закону розроблено з метою удосконалення правового регулювання концесійної діяльності для реалізації якісних, масштабних проектів на умовах концесії, що відповідатимуть міжнародній практиці. Законопроект розроблено за підтримки ЄБРР та передбачає:

систематизацію чинних законів України, що регулюють здійснення концесійної діяльності (мова йде про Закон України «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» від 14 грудня 1999 р. № 1286-XIV; Закон України «Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності» від 08 липня 2011 р. № 3687-VI; Закон України «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності» від 21 жовтня 2010 р. №2624-VI);

гармонізацію законодавства про концесії із законодавством про ДПП;
імплементацію кращого міжнародного досвіду реалізації концесійних проектів;

усунення неточностей та правових колізій, що були виявлені під час практичного застосування діючих законів України у сферах державно-приватного партнерства та концесій.

Однак, проект Закону не може бути погоджений з огляду на наступне.

Державна регуляторна служба України

ВИХ №1535/0/20-18 від 15.02.2018



1. Пунктом 1 проекту Закону 1 пропонується викласти в новій редакції Закон України від 16.07.1999 № 997-XIV «Про концесії» (далі – Закон № 997).

Статтею 34 нової редакції Закону № 997, передбаченої проектом Закону 1, пропонується визначити механізм щодо припинення діяльності підприємств, установ та організацій, все майно яких надано у концесію, та правонаступництва концесіонера.

З метою уникнення непорозумінь, та враховуючи визначення «документ дозвільного характеру», що міститься у Законі України від 06.09.2005 № 2806-IV «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» (далі - Закон № 2806), вважаємо за необхідне у абзаці першому частини четвертої статті 34 нової редакції Закону № 997, зазначеної у проекті Закону 1, слова «дозволами та іншими» виключити.

Крім цього, відповідно до пункту 5 частини першої статті 1 Закону України від 02.03.2015 № 222-VIII «Про ліцензування видів господарської діяльності» (далі – Закон № 222), який регулює суспільні відносини у сфері ліцензування видів господарської діяльності, визначає виключний перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, встановлює уніфікований порядок їх ліцензування, нагляд і контроль у сфері ліцензування, відповідальність за порушення законодавства у сфері ліцензування видів господарської діяльності, ліцензія - запис у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань про рішення органу ліцензування щодо наявності у суб'єкта господарювання права на провадження визначеного ним виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню.

Отже, у абзаці першому частини четвертої статті 34 нової редакції Закону № 997, зазначеної у проекті Закону 1, вважаємо за доцільним розмежувати права та обов'язки балансоутримувача.

Також, потребує доопрацювання абзац другий частини четвертої статті 34 нової редакції Закону № 997, передбаченої проектом Закону 1, яким пропонується, що концесіонер має право провадити діяльність на підставі документів дозвільного характеру, виданих балансоутримувачу, у межах строку їх дії, до оформлення документів дозвільного характеру на концесіонера. Пропонуємо слово «оформлення» замінити на «отримання», що буде відповідати термінології Закону № 2806.

Звертаємо увагу, що Законами, які регулюють видачу документів дозвільного характеру у відповідних сферах, визначаються різні строки їх дії або необмежені, особливо це стосується документів дозвільного характеру у природоохоронній сфері. Так, наприклад, статтею 50 Водного кодексу України передбачено, що спеціальне водокористування може бути короткостроковим (на три роки) або довгостроковим (від трьох до двадцяти п'яти років), статтею 11 Закону України від 16.10.1992 № 2707-XII «Про охорону атмосферного повітря» строк дії дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами, виданого суб'єкту господарювання, об'єкт якого належить до першої групи, суб'єкту господарювання, об'єкт якого знаходиться на території зони відчуження, зони безумовного (обов'язкового) відселення території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок

Чорнобильської катастрофи, - сім років, об'єкт якого належить до другої групи, - десять років, об'єкт якого належить до третьої групи, - необмежений.

Тому, пропонуємо нову редакцію Закону № 997, передбачену проектом Закону, доповнити нормою щодо обмеження строків отримання нових документів дозвільного характеру (наприклад, 6 місяців).

Частиною шостою статті 37 нової редакції Закону № 997, передбаченої проектом Закону, пропонується визначити, що концесіодавець повинен сприяти концесіонеру в отриманні дозвільних документів, необхідних для реалізації проекту, що здійснюється на умовах концесії.

Зазначене положення носить декларативний характер та суперечить основними принципам державної політики з питань дозвільної системи у сфері господарської діяльності, визначеним статтею 3 Закону про № 2806, зокрема, додержання рівності прав суб'єктів господарювання під час видачі документів дозвільного характеру; прозорості процедури видачі документів дозвільного характеру.

2. Підпунктом 12 пункту 2 проекту Закону передбачається внесення змін до Закону України від 21.10.2010 № 2624-VI «Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності» (далі – Закон № 2624).

Абзацами дванадцятим та тринадцятим підпункту 12 пункту 2 проекту Закону пропонується частину другу статті 4 Закону № 2624 викласти у такій редакції: «особа, з якою укладено договір оренди щодо об'єкта у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебуває у комунальній власності, зобов'язана протягом трьох місяців з дня підписання відповідного договору забезпечити відповідність своєї матеріально-технічної бази та штату спеціалістів ліцензійним умовам здійснення господарської діяльності, для якої об'єкт береться в оренду, і одержати ліцензію на відповідний вид діяльності.»

Слід зазначити, що згідно з частиною дев'ятою статті 9 Закону № 222 вимоги ліцензійних умов до суб'єкта господарювання мають бути обумовлені особливостями провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, та включають, зокрема, кадрові вимоги, організаційні вимоги, технологічні вимоги щодо наявності певної матеріально-технічної бази разом з даними, що дають можливість її ідентифікувати, а також спеціальні вимоги, передбачені законом.

Тобто, вимоги Ліцензійних умов не обмежуються лише вимогами до «матеріально-технічної бази та штату спеціалістів».

Отже, в абзаці тринадцятому підпункту 12 пункту 2 проекту Закону розробнику необхідно врахувати, що орендар має привести господарську діяльність відповідно до ліцензійних умов провадження відповідного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню згідно з Законом № 222.

Крім цього, слід зазначити що у Законі № 222 до ліцензіата чи здобувача ліцензії застосовується не поняття «особа», а «суб'єкт господарювання».

Також, в абзаці тринадцятому підпункту 12 пункту 2 проекту Закону слова «вид діяльності» необхідно замінити на «вид господарської діяльності».

3. Підпунктом 18 пункту 2 проекту Закону пропонується внести зміни до Закону України від 17.02.2011 № 3038-VI «Про регулювання містобудівної діяльності» (далі – Закон № 3038), зокрема, частину першу статті 1 доповнити пунктом 4¹ такого змісту:

«4¹) договір про делегування функцій «замовника будівництва» - договір, у відповідності до умов якого замовник передає інвестору, приватному партнеру, концесіонеру або іншій особі права на здійснення проекту будівництва, включаючи, але не обмежуючись правом на отримання дозвільних документів на будівництво від імені та в інтересах замовника права, на укладення від власного імені договорів генерального підряду на будівництво, на розробку проектно-кошторисної документації».

Зазначене визначення потребує уточнення в частині назв документів дозвільного характеру та врахування випадків, коли замовник має право здійснювати будівельні роботи без отримання документа дозвільного характеру.

Так, статтею 34 Закону № 3038 передбачається право замовника на виконання будівельних робіт без отримання дозволу на виконання будівельні роботи шляхом подання замовником повідомлення про початок виконання будівельних робіт відповідному органу державного архітектурно-будівельного контролю - щодо об'єктів будівництва, які за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з незначними наслідками (СС1), та щодо об'єктів, будівництво яких здійснюється на підставі будівельного паспорта та які не потребують отримання дозволу на виконання будівельних робіт згідно з переліком об'єктів будівництва, затвердженим Кабінетом Міністрів України.

4. Підпунктом 30 пункту 2 проекту Закону пропонується частину четверту статті 15 Закону № 222 викласти у наступній редакції: «якщо ліцензіат припиняється в результаті злиття, приєднання чи перетворення або все чи частина його майна передається приватному партнеру, концесіонеру і його правонаступник або приватний партнер, концесіонер має намір провадити вид господарської діяльності, на провадження якого ліцензіат мав ліцензію, такий правонаступник або приватний партнер, концесіонер має право для забезпечення завершення організаційних заходів, пов'язаних з одержанням нової ліцензії на його здійснення, провадити у строк, що не перевищує трьох місяців, такий вид господарської діяльності на підставі раніше виданої ліцензії. Після закінчення цього строку правонаступник або приватний партнер, концесіонер зобов'язаний отримати нову ліцензію, а раніше видана ліцензія підлягає анулюванню».

Варто зазначити, що Закон № 222 є спеціальним законом у сфері ліцензування господарської діяльності.

Частиною першою статті 1 Закону № 222 встановлено, зокрема, що: ліцензування – засіб державного регулювання провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, спрямований на забезпечення реалізації єдиної державної політики у сфері ліцензування, захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів.

Норми статті 15 Закону № 222 в частині змін, що стосуються ліцензіата або назви виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, зокрема, з питань правонаступництва ліцензіата поширюються на всі види господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, які визначені у частині першій статті 7 Закону № 222.

З практики застосування термінів, слів та словосполучень у юриспруденції правонаступництво це перехід прав і обов'язків від одного суб'єкта до іншого.

З огляду на викладене, враховуючи при цьому запропоновані розробником зміни до чинних на сьогоднішній день норм законодавства, вважаємо, що до *правонаступництва та концесії/державно-приватного партнерства не може бути застосований однаковий підхід (принцип)* щодо провадження господарської діяльності у строк, що не перевищує трьох місяців, на підставі раніше виданої ліцензії ліцензіату на право провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, зокрема, у разі передачі всього чи частини майна концесіонеру чи приватному партнеру.

Повідомляємо, що згідно з частиною першою статті 9 Закону № 222 ліцензіат зобов'язаний виконувати вимоги ліцензійних умов відповідного виду господарської діяльності, а здобувач ліцензії для її одержання - відповідати ліцензійним умовам.

Як уже зазначалося вище, вимоги ліцензійних умов до суб'єкта господарювання мають бути обумовлені особливостями провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, та включають, зокрема, кадрові вимоги, організаційні вимоги, технологічні вимоги щодо наявності певної матеріально-технічної бази разом з даними, що дають можливість її ідентифікувати, а також спеціальні вимоги, передбачені законом (частина дев'ята статті 9 Закону 222).

Разом з тим, при частковій передачі ліцензіатом його майна, яке зазначалося в документах, що додавалися до заяви про отримання ліцензії, приватному партнеру, концесіонеру такий приватний партнер, концесіонер у строк, що не перевищує трьох місяців не зможе належно (у відповідності до ліцензійних умов встановлених для провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню) провадити господарської діяльності на підставі раніше виданої ліцензії ліцензіата, що передав таке майно.

Крім того, при передачі ліцензіатом всього чи частини його майна приватному партнеру, концесіонеру, зокрема, яке зазначалося в документах, що додавалися до заяви про отримання ліцензії, ліцензіат повинен буде виконати норму частини другої статті 15 Закону № 222, а саме, у строк, встановлений відповідними ліцензійними умовами, але не пізніше ніж один місяць з дня настання таких змін, повідомляти відповідний орган ліцензування про всі зміни даних, які були зазначені в його документах, що додавалися до заяви про отримання ліцензії.

При цьому, передача ліцензіатом частини його майна приватному партнеру, концесіонеру не може свідчити про втрату актуальності у подальшому його права на провадження виду господарської діяльності на який він має ліцензію.

Слід зазначити, що при частковій передачі ліцензіатом його майна приватному партнеру, концесіонеру такий ліцензіат (якщо дозволяють засоби (майно), що у нього залишаються) може провадити господарську діяльність на яку він має ліцензію, скориставшись своїм правом, визначеним Законом № 222, звузивши провадження ним виду господарської діяльності, на який у нього є ліцензія, на певну частину.

Згідно з частиною восьмою статті 15 Закону № 222 у разі звуження ліцензіатом провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, на певну частину він подає до органу ліцензування заяву про звуження провадження ним цього виду господарської діяльності, в якій зазначає таку частину виду господарської діяльності, до якої він звузив провадження цього виду господарської діяльності. На підставі такої заяви орган ліцензування протягом п'яти робочих днів з дати її надходження приймає рішення про звуження провадження ліцензіатом виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню.

Одночасно, передача ліцензіатом всього чи частини його майна приватному партнеру, концесіонеру не може гарантувати спроможність отримання таким приватним партнером, концесіонером нової ліцензії на провадження виду господарської діяльності, яка провадилася зазначеним ліцензіатом.

З огляду на викладене, пропонуємо підпункт 30 пункту 2 проекту Закону у вищевказаній редакції виключити.

Крім того, проектом Закону передбачається доповнити Кодекс адміністративного судочинства (стаття 22) положенням, про те, що «Вищому адміністративному суду як суду першої інстанції підсудні усі адміністративні справи щодо спорів із суб'єктами владних повноважень з приводу проведення аналізу ефективності здійснення державного-приватного партнерства; усі адміністративні справи щодо спорів, що виникають у зв'язку із оголошенням, проведенням, та/або визначенням результатів конкурсу з визначення приватного партнера та концесійного конкурсу».

Втім, будь-яке обґрунтування особливої важливості цієї категорії справ адміністративно-правових відносин не наведено. Тому на наш погляд є сумнівним та не доцільним визначення найвищої ланки адміністративної судової системи в якості суду першої інстанції для вищевказаної категорії справ. Крім того, відносячи зазначені спори до підсудності Вищого адміністративного суду України як суду першої інстанції, фактично допускається порушення рівного права всіх осіб на судовий захист.

До Закону «Про управління об'єктами державної власності» вносяться доповнення (стаття 4), відповідно до яких суб'єкти господарювання державного сектора економіки мають статус уповноваженого органу управління щодо об'єктів управління державної власності, що передані їм Кабінетом Міністрів України з метою здійснення державного-приватного партнерства (в тому числі концесії).

Проте, іншими змінами до законодавчих актів права таких суб'єктів не конкретизуються.

Також законопроектом вносяться зміни до частини першої статті 6 (підвідомчість справ третейським судам) Закону України «Про третейські суди», яка доповнюється новим підпунктом 6-1, який фактично дублює існуючий підпункт 2, але з певними виключеннями. Тобто, якщо розробник мав на увазі надати право третейським судам приймати до розгляду справи у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні та виконанні договорів, укладених в рамках державно-приватного партнерства, у тому числі концесійних, то доцільно вносити зміни до існуючого підпункту 2 частини першої статті 6.

Крім того, визначення «концесії» у проекті Закону та у статті 406 Господарського кодексу відрізняються. Зокрема, проект Закону визначає концесіонера, як юридичну особу приватного права - *резидент або об'єднання підприємств, які є резидентами України*, та виступають стороною концесійного договору. Проте, визначення концесії відповідно до статті 406 Господарського Кодексу України передбачає, що *концесія - це надання з метою задоволення суспільних потреб уповноваженим органом державної влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі вітчизняним або іноземним суб'єктам господарювання (концесіонерам) права на створення (будівництво) та/або управління (експлуатацію) об'єктом концесії за умови взяття концесіонером на себе відповідних зобов'язань, майнової відповідальності і підприємницького ризику.*

З огляду на викладене, проект Закону потребує доопрацювання.

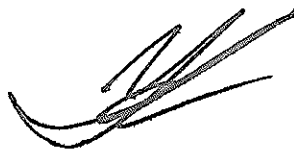
Таким чином, розробку проекту Закону здійснено з порушенням принципів державної регуляторної політики адекватності, ефективності та збалансованості, визначених статтею 4 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», а також вимог статті 5 цього Закону в частині недопущення прийняття регуляторних актів, які не узгоджуються чи дублюють діючі регуляторні акти.

Ураховуючи вищенаведене, керуючись частиною четвертою статті 21 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», Державною регуляторною службою України

вирішено:

відмовити в погодженні проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» (щодо удосконалення питань публічних закупівель)».

**Голова Державної
регуляторної служби України**



К. М. Ляпіна