

ГЕНЕРАЛЬНИЙ СЕКРЕТАРІАТ

ГЕНЕРАЛЬНИЙ ДИРЕКТОРАТ З ПИТАНЬ ДЕМОКРАТІЇ  
ТА ПОЛІТИЧНИХ СПРАВ

ДИРЕКТОРАТ З ПИТАНЬ ДЕМОКРАТИЧНИХ  
ІНСТИТУТІВ



COUNCIL OF EUROPE    CONSEIL DE L'EUROPE

Страсбург, 22 листопада 2010 року  
(англійською мовою)  
DPA/LEX 8/2010

**ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК**  
**щодо проекту Закону України**  
**«Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів**  
**централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що**  
**перебувають у комунальній власності»**

**Примітка**

Цей документ було підготовлено Директоратом з питань демократичних інститутів Генерального директорату з питань демократії та політичних справ Ради Європи у співробітництві з експертом проф. Жераром Марку, Університет Париж І Сорбона-Пантеон, директор GRALE (дослідницька група з питань місцевого управління в Європі), Франція

Радою Європи було вперше надано експертний висновок до проекту Закону України «Про особливості передачі в оренду та концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності» у 2007 році: DPA/Lex 05/2007 від 21 грудня 2007 року.

Верховною Радою у жовтні 2010 року було ухвалено законопроект у другому читанні; в цьому експертному висновку розглядається саме цей документ. В ньому аналізуються певні питання, які можуть підлягати перегляду. Також в експертному висновку резюмуються питання, які були розглянуті три роки тому, зокрема:

- відповідність нового законопроекту діючим законам про оренду та концесію;
- положення про проведення конкурсу та засоби правового захисту;
- захист громадських інтересів в положеннях договору.

## **I. Відповідність нового законопроекту діючим законам про оренду та концесію**

Закони України «Про оренду державного та комунального майна» від 1992 року, та «Про концесії» від 1999 року, до яких декілька разів було внесено зміни<sup>1</sup>, встановлюють загальні правові рамки для укладення договорів передачі в оренду та концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення. Метою цього законопроекту є встановлення спеціальних правил щодо надання згаданих публічних послуг, які також частково будуть регулюватись загальним законодавством. На відміну від загального законодавства, цей законопроект стосується договорів щодо об'єктів (завичай, споруд або мереж), які перебувають у комунальній власності.

Рада Європи раніше наголошувала на складнощях координації загального законодавства та спеціальних законів в окремих аспектах. Відповідно до законопроекту, ухваленого у другому читанні, всі питання, які не врегульовані цим законом, регулюються Законами України «Про концесії», «Про оренду державного та комунального майна», а також Цивільним, Господарським, Земельним кодексами України, іншими законодавчими актами (стаття 2.2). Це положення є кращим, ніж стаття 3 старої версії законопроекту.

Отже, у випадку виникнення розбіжностей між положеннями спеціального закону та загальними законами про оренду комунального майна або концесії, перевага надаватиметься положенням спеціального закону. Наприклад, різницю між загальним законом про оренду та цим законопроектом можна пояснити наступним чином: якщо Закон України «Про оренду державного та комунального майна» передбачає, що об'єктами оренди є цілісні майнові комплекси підприємств та їх

---

<sup>1</sup> Остаточні зміни до закону про особливості передачі в оренду було внесено в 1995 році; сам закон було ухвалено в квітні 1992 року та він підлягав певним змінам, оскільки, як зазначалося, 14 березня 1995 року було прийнято нову версію закону.

структурних підрозділів з автономними інженерними комунікаціями (стаття 4.1), то в цьому законопроекті зазначено, що його дія поширюється на об'єкти, що перебувають у комунальній власності, та відносини, пов'язані з їх господарським використанням (стаття 2.1). Концепція загального закону заснована на економічному аналізі, який достатньо важко перенести в правову площину, тоді як запропонований законопроект надає зрозуміліше визначення об'єкту договору.

Більш того, дуже корисним є чітке визначення відносин положень законодавства обох рівнів. Наприклад, стаття 8 законопроекту визначає умови договору оренди чи концесії, які доповнюють положення Законів України «Про оренду державного та комунального майна» та «Про концесії».

## **II. Положення про проведення конкурсу та засоби правового захисту**

Якщо відповідна рада має намір укласти договір про передачу окремих об'єктів в концесію або оренду, вона має забезпечити дотримання принципів прозорості та конкурсного відбору. В іншому випадку ця влада може продовжувати надавати такі послуги, наприклад, через комунальне підприємство. Дотримання принципів прозорості та конкурсного відбору є єдиним шляхом для покращення якості таких послуг та уникнення або обмеження можливостей витоку грошей через корупційні діяння або політичні партії.

Загальні положення цього законопроекту встановлюють процедуру проходження конкурсу на право отримання в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення (стаття 7), а також встановлює умови договору оренди чи концесії об'єктів, регулює питання реєстрації договорів (статті 8-10). Позитивними змінами, запропонованими новим законопроектом, є те, що умови договору, що укладається з переможцем конкурсу, не повинні відрізнятися від тих умов конкурсу, які стали підставою для визначення його переможцем (останнє речення стаття 7.17).

Однак, в законопроекті містяться певні положення, які дозволяють уникнути дотримання принципу конкурсного відбору, як було у випадку з першою версією законопроекту.

Відповідно до статті 5, пункту 3, одержання висновків органів Антимонопольного комітету не є обов'язковим перед прийняттям рішення щодо укладання договору про оренду чи концесію. Як результат, звернення відповідних органів влади до органів Антимонопольного комітету здійснюється за їх власним бажанням. Для галузі, яка значною мірою інтегрована у приватний сектор через підрядні організації з надання комунальних послуг, це положення є недоцільним. Зрозуміло, що вимога обов'язкового звернення до органів Антимонопольного комітету з питань укладання усіх договорів занадто ускладнила би процес. Однак, виконання таких умов могло б гарантувати наступне: 1) державна адміністрація на рівні *району в області* (в залежності від ухвалення нового законодавства у сфері місцевого самоврядування) може звернутися до Антимонопольного комітету; або

2) одна третина членів відповідної ради може вирішити питання щодо необхідності звернення до Антимонопольного комітету.

Єдиною підставою для уникнення тендерної процедури є прийняття рішення місцевої влади щодо надання послуг через комунальне підприємство, яке має на меті обслуговувати громадян в межах території громади. Це є метою діяльності «домашніх» підприємств, як було зазначено Судом Європейської Спільноти. Також прийнятною могла б бути передача права надання послуг споживчим або виробничим кооперативам, але таке положення не передбачено новою версією законопроекту.

Стаття 5, пункт 5 є другим спірним положенням законопроекту. Відповідно до цієї статті, можливо напругу передавати в оренду чи концесію об'єкти (без проведення тендерних процедур) за умови надання послуг споживачам територіальної громади села. Це положення є значно кращим за статтю 7 (останнє речення), відповідно до якої звернення відповідних органів влади до органів Антимонопольного комітету здійснюється на їх власний розсуд. У новій версії законопроекту дотримання принципів конкурсного відбору є обов'язковим при наданні послуг на рівні міста або *району*. Однак, разом із введенням такого положення виникає високий ризик невідповідності для споживачів співробітництва з місцевими підприємцями або дочірніми представництвами великих компаній у зв'язку з відсутністю гарантій, що запропоновані умови є найбільш прийнятними. Рішення ради територіальної громади села навіть може унеможливити прийняття рішень *районною* або обласною радою щодо передачі в оренду чи концесію об'єктів на її території (див. статтю 3), оскільки відповідно до пункту 5 статті 5, територіальна громада села може прийняти власне рішення. Тому пропонується вилучити пункт 5 статті 5.

В новій версії проекту Закону немає положення, передбаченого в його першій версії, щодо встановлення вартості оренди на рівні, що не включає витрати на амортизацію майна, що перебуває у комунальній власності та у розпорядженні орендаря. Це положення може підлягати критиці, оскільки в такому випадку витрати на амортизацію мають покриватися за рахунок місцевих влад. Пункт 10 статті 11 передбачає надання, відповідно до договору оренди, орендарю пільг щодо орендної плати. Це положення є навіть гіршим через його невизначеність. З огляду на це, пропонується вилучити пункт 10 статті 11.

Що стосується засобів правового захисту, в проекті Закону лише говориться про те, що спори, пов'язані з проведенням конкурсу, розглядаються в судовому порядку. Це не є достатнім. Удосконалення законодавства про державні контракти у країнах Європейського Союзу спрямоване на зміцнення засобів правового захисту незаконно усунутих конкурентів, і, таким чином, уникнення стратегії «доконаного факту», коли договір набирає чинності до того, як можуть бути задіяні засоби правового захисту. Таким чином, законопроект повинен також включати положення про засоби проміжного правового захисту, щоб попередити підписання, реєстрацію та укладення договору, відносно якого існують підстави для висунення

позову. В іншому випадку, має бути розроблений спеціальний закон з метою внесення відповідних змін до закону про адміністративні суди.

Нарешті, стаття 3 проекту Закону може викликати деякі спірні питання, пов'язані з загальним законодавством про передачу об'єктів в оренду або концесію. Переважне право, що надається орендареві законом від 1992 року про оренду комунального майна (стаття 17, пункт 2), є необґрунтованим і несумісним з принципами конкурсного відбору. Це положення має бути виключено шляхом введення чітко сформульованого положення у новий законопроект про передачу в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення. Положення закону 1999 року про концесію, відповідно до яких колишньому концесіонеру надається перевага під час приватизації об'єкту після закінчення строку дії договору (стаття 3, пункт 8), повинні бути виключені шляхом введення чітко сформульованого положення у новий законопроект. Пізніше згадані положення повинні бути вилучені з обох загальних законів.

### **III. Захист громадських інтересів в положеннях договору**

Нова версія законопроекту визначає строки дії договорів. Строк дії договору щодо оренди повинен становити від 2 до 10 років (стаття 13, пункт 1). Строк дії договору щодо концесії повинен становити від 3 до 50 років (стаття 17, пункт 1). Однак, законопроект не встановлює жодних зв'язків між строком дії договору та інвестиціями орендаря/концесіонера.

У висновку, який було зроблено в грудні 2007 року DPA/Lex 05/2007, вже відзначалося, що ці положення, які містилися й в першому варіанті законопроекту, (статті 17 і 25 відповідно), є невідповідними.

Такий строк дії договорів є задовгим, що може призвести до отримання невинуватених вигод, особливо у випадках укладання договору про оренду чи концесію без проведення конкурсу. Такий договір надає виключні права на основі природної монополії з технічних та економічних причин, що є притаманним для цього сектору. Однак, такі виключні права повинні надаватись на основі конкурсного відбору, що має проводитись періодично з метою уникнення зловживань від привілейованого становища. У випадку укладення договору про оренду, активи залишаються у комунальній власності і орендар повинен сплачувати оренду за користування майном та його амортизацію. Термін дії договору до декількох років може бути виправданий потребою у підвищенні ефективності та поліпшенні якості послуг, та періодом, необхідним для розвитку підприємства і досягнення високого рівня розвитку. У разі укладання концесійних угод, концесіонер має забезпечити капітальні інвестиції. Таким чином, термін дії договору повинен базуватись на амортизаційному періоді цих інвестицій. Для укладення договорів про передачу об'єктів централізованого водо-,

теплопостачання і водовідведення немає потреби для встановлення таких тривалих періодів<sup>2</sup>.

Тому пропонується внести до проекту Закону зміни шляхом введення таких положень: 1) строк дії договору повинен бути встановлений на основі амортизації активів за рахунок інвестицій концесіонера або на основі оцінки економічного циклу в разі укладання договору оренди; 2) термін дії договору не може перевищувати 20 років, якщо для цього немає вагомих причин, рішення щодо збільшення терміну дії договору приймається відповідною радою після розгляду питання державною фінансовою адміністрацією.

---

<sup>2</sup> Наприклад, у Франції максимальний термін, встановлений законом про передачу в концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення становить 20 років. Більш тривалий термін дії концесійного договору підлягає перегляду з боку Старшого казначея (державний службовець-керівник Державної фінансової адміністрації), відповідний звіт якого передається місцевій раді, яка уповноважена прийняти остаточне рішення з цього питання.