

Сфери практики

Трудове право

Про що роботодавець не має права питати на співбесіді

стор. 21

Колонка In-house

Що винен — віддати повинен. Відповідальність подружжя за договором позики та кредитним договором

стор. 39



Чи чекати Україні інфраструктурного буму?

ЗАСТОСУВАННЯ МЕХАНІЗМУ ДПП НА ПРАКТИЦІ

Україна була однією з перших країн пострадянського простору, яка почала впроваджувати сучасні підходи до залучення приватного бізнесу в інфраструктуру на умовах державно-приватного партнерства. Перший закон про концесії було ухвалено у 1999 р., тобто майже 22 роки тому, а про державно-приватне партнерство — у 2010 р. (11 років тому). Перші версії цих законів були далеко не ідеальними і постійно удосконалювалися. Значна підтримка цьому процесу надавалася міжнародними фінансовими орга-

нізаціями, зокрема Європейським банком реконструкції та розвитку (далі — ЄБРР) та Світовим банком. За результатами цієї підтримки та завдяки активній позиції Міністерства економіки України (далі — *Мінекономіки*) на сьогодні в Україні створено досконале законодавство у сфері ДПП, яке відповідає кращим міжнародним стандартам та в цілому набагато системніше, ніж, наприклад, у Туреччині й Казахстані, які активно реалізують інфраструктурні проекти на умовах ДПП і є визнаними лідерами у цій сфері.

Нещодавно Світовим банком розроблено посібник з питань ДПП, у якому надано детальні роз'яснення щодо застосування чинного законодавства для підготовки та запуску проектів, а також щодо здійснення моніторингу та контролю за їх реалізацією з прикладами з міжнародного досвіду. Цей посібник розміщено на офіційному сайті Мінекономіки.

Здавалось би, за більш ніж 20 років існування та постійного розвитку законодавства у сфері ДПП Україна мала б накопити позитивний досвід щодо практичного застосування

цього механізму для модернізації інфраструктури. Однак за час, що минув, у нас так і не з'явилося жодного проекту ДПП, який міг би стати гарним прикладом застосування цього механізму, не було збудовано жодного нового інфраструктурного об'єкта на умовах партнерства бізнесу й держави. Стан справ з поліпшенням існуючих об'єктів інфраструктури, які були передані у ДПП/концесію, оцінити складно — інформація про це у відкритих джерелах відсутня.

Продовження на стор. 16

Чи чекає Україна інфраструктурного буму?

Застосування механізму ДПП на практиці



Ірина ЗАПАТРИНА,
д.е.н., професор, засновник
Академії публічно-приватного
партнерства

Закінчення. Початок на стор. 13

На сайті Мінекономіки зазначено, що станом на 01.01.2021 р. на умовах ДПП укладено 192 договори, з яких реалізуються лише 39 (20% укладених). 153 договори не реалізуються — 118 (майже 62% від усіх укладених) не виконуються, а 35 (18%) розірвані чи закінчилися строк їх дії. Ніякої інформації щодо досягнення позитивних для суспільства результатів від виконання договорів, що були укладені в рамках ДПП за останні 20 років, знайти неможливо. Вочевидь, похвалитися нічим. Незрозуміло, чому 62% укладених договорів не виконуються й при цьому досі не розірвані, а також що призвело до їх невиконання і хто у цьому винен — державний партнер/концесіодавець чи приватний партнер/концесіонер. А можливо, це пов'язано з недосконалістю умов укладених договорів? Немає інформації й про те, з яких причин було розірвано 18% укладених в рамках ДПП договорів, хто у цьому винен і яких негативних наслідків зазнали від цього держава/територіальна громада та/або приватний бізнес.

Починаючи з 2016 р., Мінекономіки відповідно до Закону публікує висновки щодо ефективності здійснення ДПП, схвалені за результатами розгляду пропозицій про здійснення ДПП щодо об'єктів державної власності. Розгляд цих висновків свідчить, що за майже 5 останніх років аналіз ефективності було проведено щодо 7 пропозицій, лише 2 з

яких були підготовані за ініціативою публічної влади (концесійні проекти у морських торгових портах Херсону та Ольвії). Інші 5 проектів були ініційовані приватним бізнесом. При цьому з 2019 р. не було ініційовано жодного проекту ДПП стосовно об'єктів державної власності. Лише за 2 проектами, підготовленими Міністерством інфраструктури за підтримки Міжнародної фінансової корпорації та ЄБРР, укладено концесійні договори. За жодною пропозицією про здійснення ДПП, поданою приватним бізнесом, договорів не укладено. Лише за однією з цих пропозицій (проект «Енергетичний міст: Україна–ЄС») проведено конкурс та визначено переможця, але з моменту його оголошення пройшло вже 2 роки, а договір з ним досі не укладено.

Публічна влада в Україні (як на центральному рівні, так і на місцях) взагалі не поспішає ініціювати інфраструктурні проекти, які могли б бути реалізовані за участю приватного бізнесу на умовах ДПП. Розвиток інфраструктури, як і раніше, здійснюється за бюджетні кошти, обсяг яких внаслідок пандемії значно скоротився. Якийсь рух щодо залучення приватного бізнесу до реалізації довгострокових інфраструктурних проектів спостерігається лише у сфері транспорту, але й тут справи просуваються дуже повільно і переважно з акцентом на комерційно прибуткові проекти, а не на ті, які більше затребувані суспільством.

У нашій країні майже немає проектів ДПП у таких сферах, як освіта, охорона здоров'я, житлово-комунальна інфраструктура, стан надання послуг у яких значною мірою визначає якість життя населення. Проекти у цих сферах реалізуються переважно за державний коштів. Хоча зважаючи на обмежений потенціал державного та місцевих бюджетів, забезпечити наявні потреби у оновленні критичної інфраструктури без залучення приватних інвестицій нереально. Однак пропозиції приватного бізнесу публічною владою фактично ігноруються — розглядаються неохоче, надзвичайно повільно, або ж взагалі їх розгляд відкладається на невизначений час. Як результат, до сьогодні в Україні не було підписано жодного договору на умовах ДПП за проектами, ініційованими приватним бізнесом.

Законом про державно-приватне партнерство визначено, що приватні партнери мають право на відшкодування збитків, завданих їм внаслідок дій, бездіяльності або неналежного виконання державними органами та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами своїх обов'язків, передбачених законодавством України. Але такі зобов'язання з боку держави виникають лише після підписання договору в рамках ДПП, у т.ч. концесійного договору. Порушення вимог Закону на етапі ініціювання проекту та при проведенні конкурсних процедур з визначення приватного партнера/концесіонера не передбачає відповідальності представників публічної влади, дії або бездіяльність яких до цього призвели. Зрозуміло, що за таких умов приватний бізнес не готовий витратити свої кошти та час на підготовку пропозицій про здійснення ДПП.

На сьогодні не реалізовано жодного проекту ДПП навіть у Києві, де існує висока потреба в оновленні міської інфраструктури, зокрема транспортної. Хоча столиця потенційно надзвичайно приваблива для залучення приватного бізнесу в інфраструктуру, зважаючи на найвищий в Україні платоспроможний попит на інфраструктурні послуги. Що вже казати про інші міста!

У Києві за ініціативою влади не підготовлено жодного проекту на умовах ДПП. У вересні 2017 р. спроба ініціювати проект ДПП була здійснена приватним бізнесом — на розгляд подано пропозиції про державно-приватне партнерство у створенні системи фіксації порушень правил дорожнього руху в автоматичному режимі. Висновок за результатами аналізу ефективності цього проекту було підписано мером через 9 місяців після подання пропозиції (по Закону на це відведено місяць), рішення сесії Київської міської ради про доцільність реалізації проекту схвалено майже через 2,5 роки після подання пропозиції (по Закону це мало відбутися протягом 3 місяців або на найближчій сесії Київської міськради). З часу схвалення рішення про здійснення проекту ДПП минуло вже 1,5 роки (з моменту подання пропозиції — 4 роки), проте досі не лише не оголошено конкурс на визначення приватного партнера, а й навіть не розпочато відбір радників для підготовки конкурсної докумен-

тації (це обов'язково для проектів, вартість яких перевищує 250 млн грн). Якщо проект і далі просуватимуть такими темпами, у кращому випадку конкурс відбудеться роки через 2 чи й більше.

Чому за наявності досконалої законодавчої бази у сфері ДПП цей механізм майже не застосовується в Україні? На мою особисту думку, це обумовлено декількома факторами.

Перше — недосконалість інституційного середовища у сфері ДПП. Органи державної влади та місцевого самоврядування, за рідкісним виключенням, не мають спеціалізованих підрозділів з питань ДПП. Рівень знань державних службовців у цій сфері дуже низький, кваліфікованих фахівців критично не вистачає. Оцінка успішності діяльності як окремих державних службовців, так і органу державної влади чи місцевого самоврядування в цілому не передбачає проведення аналізу досягнення ними таких результативних показників, як кількість ініційованих інфраструктурних проектів, своєчасність розгляду пропозицій про здійснення ДПП, наданих приватним бізнесом, обсяг приватного інвестування, залученого в пріоритетну для розвитку території інфраструктуру, обсяг додаткових надходжень до відповідних бюджетів, що генеруватимуться за результатами реалізації таких інфраструктурних проектів, тощо. Звичайно, що за таких умов державним службовцям зручніше не перейматися ані підготовкою проектів, ані розглядом пропозицій про здійснення ДПП, поданих приватним бізнесом. Роботи й так багато, а тут ще треба вчитися, витратити час на підготовку/аналіз проектів і брати на себе відповідальність за схвалені рішення.

Проблемою у застосуванні механізму ДПП є й те, що представники публічної влади більше налаштовані на використання традиційних методів і підходів до планування інвестицій та не готові до застосування сучасних інноваційних механізмів. Як наслідок, розгляд пропозиції про здійснення ДПП зазвичай відбувається за одним з таких сценаріїв: або відкласти її в «шухляд», оскільки незрозуміло, що з цим робити, або обґрунтувати, чому запропонований проект не можна реалізувати з огляду на його невідповідність тому чи іншому підзаконному акту.

У країнах з успішним досвідом ДПП застосовують інший підхід. По-перше, там зазвичай не порушуються часові рамки розгляду проєктних пропозицій, встановлені законодавством. Якщо це й трапляється, то скоріш як виключення з правил. По-друге, головним фактором при схваленні рішення про здійснення ДПП є оцінка важливості запропонованого проєкту, його затребуваності суспільством, впливу на якість життя населення та покращення навколишнього середовища. Якщо з'ясується, що проєкт дійсно потрібен країні та людям, але для його реалізації існують регуляторні перешкоди, публічна влада не відмовляється від його

реалізації, а удосконалює чинне законодавство. До речі, у нас така можливість теж передбачена Законом, але поки що нею ніхто не скористувався.

Державно-приватне партнерство — це про інновації, і не лише технологічні, але й інституційні. Впровадження інноваційних рішень потребує глибоких знань та творчого підходу.

Другим важливим фактором, який гальмує реалізацію проєктів ДПП, є відсутність контролю за дотриманням вимог законодавства, виконанням планів і стратегій, а також відповідальності за бездіяльність чи неналежне виконання своїх обов'яз-

ків публічною владою. Стратегічні документи схвалюються для того, щоб досягти певних цілей за результатами здійснення передбачених цими документами заходів, які повинні мати встановлені часові рамки та відповідальних за їх виконання. Якщо протягом дії цих планів та стратегій не контролювати здійснення цих заходів, то і схвалювати такі документи не варто — результату не буде. На жаль, контроль за виконанням стратегічних документів в Україні не налагоджено належним чином.

Подібна ситуація склалася і з контролем за дотриманням законодавства. Зокрема, чинним законодавством у сфері ДПП не передбачено

ніякої відповідальності за порушення органами публічної влади строків здійснення заходів у процесі ініціювання проєктів ДПП. Отже, ніхто їх і не виконує.

Чи можна подолати існуючі проблеми? Сподіваюсь, що так. Безумовно, для цього важливо підвищувати інституційну спроможність та відповідальність публічної влади з питань забезпечення інфраструктурного розвитку, у т.ч. шляхом застосування механізму ДПП. Важливо також підсилити контроль у цій сфері, й не обов'язково шляхом змін до законодавства. Така можливість існує у кожного керівника органу публічної влади й сьогодні, було б бажання. **Ю**

Express opinion

Чи зупинить правопорушників криміналізація контрабанди товарів?



Евгенія ТОНКОНОЖКО,
адвокат «Алексеев, Боярчуков та партнери»

**АЛЕКСЕЄВ
БОЯРЧУКОВ**
ТА ПАРТНЕРИ

15 листопада 2011 р. Верховна Рада України декриміналізувала контрабанду товарів та внесла зміни до ст. 201 Кримінального кодексу України. Таким чином, з 17 січня 2012 р. переміщення товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю не є злочином. Відповідальність за таке правопорушення з того часу регулюється розділом XVIII Митного кодексу України (далі — МК України)

На сьогоднішній день у Верховній Раді України зареєстровано законопроект №5420 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо криміналізації контрабанди товарів та підакцизних товарів, а також недостовірної декларації товарів». Цим проєктом передбачено внести зміни до Кримінального кодексу України, а саме: ст. 201 доповнити словами «дії, спрямовані на» та додати ст. 201-2 (контрабанда товарів), 201-3 (контрабанда підакцизних товарів), 201-4 (недостовірне декларування товарів). Тобто переміщення товарів, підакцизних товарів у перспективі може знову стати

злочином, і особи, винні у вчиненні таких дій, можуть бути притягнені до кримінальної відповідальності.

Оскільки, на сьогоднішній день держава не має належних інструментів для боротьби із контрабандою товарів, то це і є наслідком запровадження кримінальної відповідальності за такі дії. Та чи буде досягнута мета цього законопроекту? І головне запитання: чи забезпечать такі зміни належну превентивну функцію, чи усунуть бажання осіб займатися такою протиправною діяльністю? Які обставини будуть стримуючим фактором?

1. Тяжкість злочину та суворість покарання

Злочини, передбачені ч. 1 ст. 201-2, ч. 1 ст. 201-3, ч. 1 ст. 201-4 КК України, будуть класифікуватись як тяжкий каратимуться штрафом від 10 тис. до 40 тис. неоподаткованих мінімумів доходів громадян (це від 170 тис. до 680 тис. грн). Такі покарання передбачені для осіб, які вчиняють злочини даної категорії вперше та/або не мають судимості за один зі злочинів, передбачених ст. 201, 201-1, 201-2, 201-3, 201-4, 305, 212,

212-1 КК України. За наявності кваліфікуючих обставин, передбачених відповідними частинами ст. 201-2, 201-3, 201-4 КК України, покарання стає суворішим і не обмежується штрафом, а навіть переступає межу 10 років позбавлення волі.

Через впровадження кримінальної відповідальності та ризик застосування заходів примусу не тільки майнового характеру (у випадку застосування штрафу, конфіскації майна), а й позбавлення волі (санкції статей, якими може бути доповнений Кримінальний кодекс України, передбачають покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 3 до 12 років), репутаційні ризики у вигляді судимості змусять осіб прийняти рішення не на користь контрабанди товарів.

Однак зазвичай для осіб, які вперше вчинили злочини, передбачені ст. 201-2, 201-3, 201-4 КК України, передбачені більш м'які покарання, не пов'язані з позбавленням волі, у вигляді штрафу. Розмір покарання їх значний — від 170 тис. до 680 тис. грн, однак не так суворо, як позбавлення волі. Таким чином забезпечується і дієвість покарання, і гуманний підхід до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

2. Вартість товарів та/або підакцизних товарів, за контрабанду яких особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності

Межа притягнення до кримінальної відповідальності починається від 113 500 грн. Скептики можуть сказати, що це може спричинити подрібнення партій товарів та підакцизних товарів та провезення їх меншими партіями. Однак наявність ризику бути притягненим до кримінальної відповідальності за контрабанду навіть незначної кількості товарів буде стримуючим фактором. Особа повинна буде прийняти рішення, чи готова вона бути притягнута до кримінальної відповідальності за умови отримання невеликого при-

бутку, чи може, безпечніше буде законним шляхом здійснити експорт/імпорт товарів. Крім того, низький поріг притягнення до кримінальної відповідальності буде причиною залучення більшої кількості осіб — так званих виконавців, а ризик кримінальної відповідальності буде відштовхувати людей від вчинення таких протиправних дій.

3. Зміни щодо моменту, з якого злочин вважається закінченим

Законодавцем пропонується внести зміни та доповнити поняття контрабанди словами «дії, спрямовані на» переміщення товарів та/або підакцизних товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю. Тобто відповідальність за вчинення контрабанди буде наставати раніше. Яким чином на практиці орган досудового розслідування буде встановлювати, які саме дії спрямовані на контрабанду товарів та/або підакцизних товарів, поки невідомо, і в цій частині законопроект потребує доопрацювання з метою уникнення зловживань з боку правоохоронних органів.

Саме запровадження кримінальної відповідальності за контрабанду товарів та підакцизних товарів і недостовірне декларування товарів може мати позитивний результат, однак його досягнення можливе лише у разі комплексного підходу. Тобто мають синхронно працювати і правоохоронна, і судова системи. Певний час кримінальна відповідальність буде стримувати осіб та попереджувати вчинення такого роду злочинів, але у випадку неефективної діяльності правоохоронних та судових органів такі зміни не призведуть до поліпшення ситуації. Більше того, наявність проблем у судовій системі України, корумпованість правоохоронних органів можуть призвести до незаконного втручання правоохоронних органів у діяльність суб'єктів господарської діяльності. **Ю**