

Вивчення оптимальних моделей державно-приватного партнерства для промислових парків в Яворові і Новому Роздолі

Розроблено за проектом «Розвиток підприємництва шляхом покращення доступу до інвестиційних ділянок у місті та гміні Любачів, а також відновлення деградованих земель Яворівського району та м. Новий Розділ»

Зміст

1. Державно-приватні партнерства в Україні та Польщі	3
1.1. Державно-приватні партнерства: стан, проблеми та перспективи розвитку	3
1.2. Аналіз нормативно-законодавчої бази, яка регулює державно-приватні партнерства	19
1.3. Огляд законодавства Польщі щодо державно-приватних партнерств. Польський досвід реалізації проектів державно-приватного партнерства та передумови його реалізації в Україні	53
1.4. Пропозиції до нормативно-законодавчої бази на основі порівняльної оцінки юридичних аспектів створення державно-приватних партнерств в Україні та Польщі.	251
2. Сценарії і пропозиції ДПП для Яворівського індустріального парку	257
2.1. Фактори розвитку державно-приватного партнерства для промислового парку в Яворівському районі	257
2.2. Дослідження альтернативних сценаріїв державно-приватного партнерства для індустріального парку «Яворівський»	263
2.3. Проектна організаційно-правова модель державно-приватного партнерства для індустріального парку «Яворівський»	274
2.4. Пропозиції по впровадженню механізмів державно-приватного партнерства для місцевих органів влади Яворівського району.	278

1. Державно-приватні партнерства в Україні та Польщі

1.1. Державно-приватні партнерства: стан, проблеми та перспективи розвитку

Необхідність та причини формування державно-приватних партнерств

Поява та розвиток приватного підприємництва обумовлює виникнення взаємовідносин між державою та приватними структурами з приводу об'єднання зусиль для задоволення суспільних потреб. В ринкових умовах на державу лягає ряд функцій, які часто їй не під силу виконати. Виходом із такого стану є об'єднання державного регулювання із можливостями приватного сектору, тобто побудова між ними партнерських відносин. Ці відносини проявляють себе у різних моделях, покликаних задовольняти відповідні суспільні потреби.

Взаємодія держави та приватних осіб мала місце ще в стародавній Греції, Римі, Ірані, коли держава за винагороду передавала приватним структурам свої повноваження з виконання суспільно важливих завдань. В середні віки в практиці європейських країн вжився термін «концесія», тобто передача приватним особам об'єктів державної власності. Досвід реалізації інвестиційних проектів державою спільно з приватними інвесторами мав місце і в Україні. Для прикладу, поява міського трамваю у Києві пов'язана з реалізацією проекту в рамках концесійного договору між міською владою і приватним товариством. Набутий досвід був використаний в радянські часи, зокрема для реалізації плану ГОЄЛРО, будівництва ряду машинобудівних підприємств, тощо.

Новий етап в розвитку державно-приватних партнерств (ДПП) пов'язується з виникненням у минулому столітті проектного фінансування. Проектне фінансування пройшло декілька етапів, які, відповідно, змінювали підходи до організації ДПП. На практиці виникли такі форми партнерств, як спільна діяльність, «індикативне планування», «дирижизм», «приватна фінансова ініціатива», тощо. За даними Всесвітнього банку у 1990-х роках у країнах з перехідною економікою та у країнах, що розвиваються з'явилося близько 2700 проектів ДПП. Останні десятиріччя довели високу ефективність ДПП, зокрема при реалізації інфраструктурних проектів.

Причинами виникнення та розвитку ДПП в світі на сучасному етапі є наступні обставини:

- лібералізація економіки (починаючи з 1980-х- 1990-х рр.), що передбачає приватизацію державних активів та, відповідно, формування спільної власності у формі ДПП;
- національні уряди в ряді країн не володіють достатніми коштами для модернізації та розширення інфраструктури, що перебуває у них у власності, - способом вирішення даної проблеми є залучення приватного капіталу на взаємовигідних умовах;
- бізнес в більшій мірі, ніж держава, володіє мобільністю, швидкістю прийняття рішень, здатністю до нововведень, використання технічних та технологічних інновацій, тощо. Уряди, в свою чергу, можуть посприяти реалізації проектів шляхом різних інституційних змін, а також завдяки використанню фінансово-економічних важелів – субсидій, гарантій та інших форм підтримки.

Таким чином необхідність ППП обумовлена невідповідністю зростаючих потреб в суспільних послугах з ресурсними можливостями держави щодо їх задоволення.

В Україні ДПП (інколи використовується ідентичний термін «публічно-приватне партнерство» - ППП) в сучасних формах запроваджені порівняно недавно. В основному проекти ДПП поширені в електроенергетиці, на транспорті, в розбудові водопостачання, перші спроби зроблено в галузях соціальної сфери.

Можна виділити 3-и основні економічні причини запровадження ДПП в країні, а саме:

- інфраструктурний дефіцит;
- бюджетний дефіцит;
- проблеми ефективності державних інвестицій.

Однією із проблем економічного розвитку України є незадовільний стан інфраструктурного забезпечення. В щорічному рейтингу конкурентоздатності країн (IMD VCU 2015) Україна зайняла передостаннє місце із 61 позиції, зокрема за категорією «інфраструктура» 48 місце, втративши 4-и позиції порівняно з 2014р. Найбільше падіння зазнали такі показники: «базова інфраструктура» - з 46 на 52; «технологічна інфраструктура» - з 47 на 54; «наукова інфраструктура» - з 40 на 43; «освіта» - з 24 на 33. Технологічна інфраструктура оцінена вкрай погано, зокрема «приватно - державні партнерства» - позиція остання (№61).

Інфраструктурне забезпечення промислового виробництва знаходиться у вкрай незадовільному стані. Галузі, які покликані забезпечувати потреби інфраструктурні потреби промислових підприємств мають більшу зношеність основних засобів в порівнянні з середніми показниками по промисловості. За підсумками 2012р. ступінь зносу основних засобів по промисловості в цілому склав 56,8 відсотка, тоді як ступінь зносу основних засобів в виробництві та розподіленні електроенергії, газу та води був ще більшим і дорівнював 60,0 відсотка [3]. Такий стан інфраструктури обумовлює нестабільність її функціонування, підвищені витрати на утримання і, відповідно, негативно відбивається на результатах діяльності промислових підприємств.

Можна стверджувати, що сучасна інфраструктура промисловості не в повній мірі відповідає потребам існуючих промислових підприємств, а тим більше вимогам до неї зі сторони новостворених сучасних промислових виробництв. Стратегія сталого розвитку «Україна 2020» серед напрямків реформування за вектором розвитку визначила реформи і в інфраструктурній сфері, зокрема на транспорті, в телекомунікації, житлово-комунальній сфері.

Стан інфраструктури є визначальним елементом інвестиційної привабливості регіонів. Без покращання інфраструктурного забезпечення більшість регіонів залишатимуться економічно відсталими і не зможуть забезпечити припливу інвестицій на свої території. Тому Стратегія регіонального розвитку на період до 2020р. визначила пріоритетом регіональної політики розвиток регіональної інфраструктури, зокрема створення індустріальних парків. Одночасно, заснування індустріальних парків передбачає їх оснащення комплексом інфраструктурних об'єктів, що вимагає від державних, регіональних та місцевих органів пошуку джерел фінансування для розв'язання даної проблеми.

Україна за статусом відноситься до країн із слабкою економікою. За рейтингом Всесвітнього банку (станом на березень 2015р.) за величиною ВВП держава займає 55 позицію серед 192 країн світу. Одночасно вона знаходиться на 105 позиції серед 186 країн світу за показником ВВП га душу населення. Його динаміка (див. рис. 1.1.1) в останній період не зовсім є сприятливою.

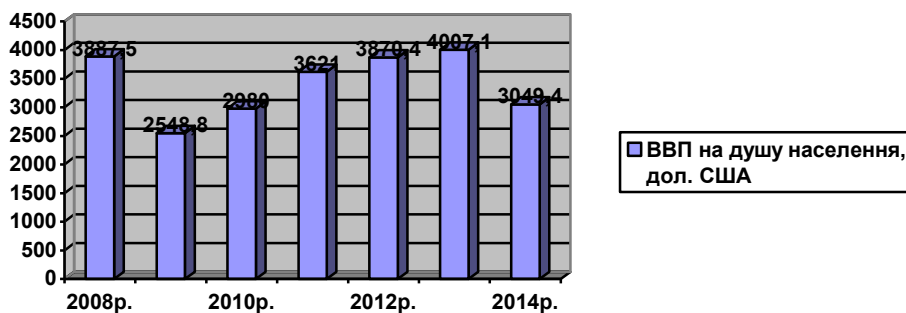


Рис. 1.1.1 Динаміка ВВП на душу населення в Україні в 2008-2014рр., дол. США

Бюджетний дефіцит для економіки України є постійним явищем. В період 2008 -2014рр. його розмір по роках коливався в діапазоні від 1,32% ВВП до 5,94% ВВП. 2014р. було завершено з бюджетним дефіцитом, що складав 4,98 відсотка від ВВП країни. Досить сказати, що номінальний ВВП в дол. США за цей же рік зменшився на 28,1 відсотка. За останніми прогнозами Світового банку падіння економіки в 2015р. складе 7,5 відсотка. Міжнародний валютний фонд та Європейський банк очікують падіння на рівні 9 відсотків. Відновлення економіки пов'язується з припиненням конфлікту на Сході та продовженням реалізації структурних та макроекономічних реформ.

Можливості фінансування інфраструктури країни є обмеженими. В загальній сумі видатків на 2015р. на Міністерство інфраструктури (регулює галузь транспорту та зв'язку) виділено суму 3,26 млрд грн. з яких 2,74 млрд.грн. буде скеровано на погашення боргів, взятих під Євро-2012. Реально в поточному році на інфраструктуру транспорту і зв'язку планується скерувати в 2,7 рази менше засобів, ніж це спостерігалось у 2014р. Зрозуміло, цих коштів є недостатньо для утримання в належному стані наявних інфраструктурних об'єктів . не говорячи вже про їх модернізацію. Така сама ситуація спостерігається і з іншими галузями інфраструктурного забезпечення виробничої діяльності.

Причинами незадовільного стану в інфраструктурній галузі, крім дефіциту державних інвестицій в інфраструктуру, слід назвати неринковий характер виробництва та надання послуг і неефективний менеджмент в сфері державної інфраструктури. Як правило, приватний бізнес відсутній або бере мінімальну участь саме в інфраструктурних галузях, зокрема, на транспорті, в міському, дорожньому господарстві, сфері надання соціальних послуг, інноваційні галузях, тощо.

Широкомасштабне державне інвестування в перспективі вимагатиме подальшого залучення державою кредитних ресурсів, посилення фіскального тиску на приватний сектор, скорочення соціальних виплат та, відповідно, внутрішнього ринку споживчих товарів. Уже сьогодні Україна входить в число найбільших позичальників ряду міжнародних кредитних організацій. Досить сказати, що валовий внутрішній борг держави на початок 2015р. склав 96,5 відсотка ВВП. Фіскальний тиск на бізнес оцінюється як один із найбільших в світі. За рейтингом Світового банку в 2014р. Україна зайняла 157 позицію. Середні реальні доходи населення є чи найнижчими у Європі. Середньомісячна зарплата українців у 2014 році виявилася найнижчою серед жителів Європи і склала 178 євро. Отже, даний сценарій перспективного розвитку інфраструктури несе ряд загроз для подальшого економічного зростання і не є оптимальним.

Альтернативою є залучення до розвитку інфраструктури приватних інвестицій за умови збереження основних об'єктів інфраструктури в державній (комунальній) власності. Цього можна добитися через:

- часткову участь приватного сектору у фінансуванні (інвестуванні, кредитуванні) інфраструктурних проектів;
- розміщення державних замовлень на будівництво (реконструкцію, модернізацію) об'єктів інфраструктури в приватному секторі;
- передачу об'єктів в управління приватним компаніям при збереженні форми власності, державного контролю за якістю послуг та ціновою (тарифною) політикою.

Названі напрямки залучення капіталу і інфраструктурні об'єкти можуть успішно реалізуватися в формі ДПП. Зважаючи на важливість ДПП для економіки України в 2013р. урядом прийнято Концепцію розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013-2018рр. націленої активізацію реалізації проектів на засадах ДПП.

Успішне впровадження проектів ДПП передбачає наявність в країні певних передумов, а саме:

- розвиненого інвестиційного середовища;
- політичної підтримки реалізації проектів ДПП;
- стабільної, чіткої та прозорої нормативно-правової бази;
- досконалої розробки та аналізу проектів ДПП;
- справедливого розподілу ризиків між учасниками ДПП;
- прозорих та ефективних процедур в процесі створення та функціонування ДПП;
- достатніх фінансових ресурсів для державної підтримки ДПП;
- сприятливого економічного середовища;
- суспільної підтримки реалізації проектів ДПП.

Сутність державно-приватних партнерств та їх стан

У світовій практиці термін «державно-приватне партнерство» розглядається у двох значеннях:

- по-перше, це система відносин держави та бізнесу, яка широко використовується як інструмент національного, міжнародного, регіонального, міського, муніципального економічного і соціального розвитку;
- по-друге, це конкретні проекти, що реалізуються спільно державними органами і приватними компаніями на об'єктах державної та муніципальної власності».

У розвинених зарубіжних країнах під терміном «державно-приватне партнерство» розуміються різноманітні схеми реалізації проектів, широкий спектр бізнес-моделей і відносин при будь-якому використанні ресурсів приватного сектору (капітал, ноу-хау, досвід менеджерів) для задоволення суспільних потреб (дороги, парки, зв'язок, нерухомість тощо). Тому існують різні визначення сутності ДПП. Його розглядають мінімум в 4-х позицій:

- 1) як форму взаємодії (співробітництва) держави та бізнесу для реалізації суспільно значущих проектів на взаємовигідних умовах;
- 2) як відносини співробітництва між державою та бізнесом з метою реалізації суспільно значущих проектів у широкому спектрі сфер діяльності;
- 3) як суспільний інститут, в рамках якого здійснюється спільна діяльність державних органів влади і приватного сектору з метою задоволення потреб суспільства;
- 4) як угода між публічною і приватними сторонами в сфері виробництва та надання інфраструктурних послуг (засіб підвищення ефективності бюджетного фінансування).

Згідно з законодавством України (див. табл.1.1.1) ДПП розглядається як співробітництво на основі договору між органами державної влади та місцевого самоврядування, з однієї

сторони, та юридичними і фізичними особами – підприємцями (приватними партнерами), з другої сторони, на умовах, визначених законодавчими нормами.

Таблиця 1.1.1.

Визначення державно-приватного партнерства за законодавством України та рекомендаціями міжнародних інститутів

Джерело	Сутність
Закон України «Про державно-приватне партнерство» №2404-VI від 01.07.2010.	ДПП – співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, або фізичними особами – підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами.
Комітет ОЕСД з наукової і технологічної політики	ДПП – будь-які офіційні відносини або домовленості на фіксований/нескінченний період часу між державними і приватними учасниками, у якому обидві сторони взаємодіють у процесі прийняття рішення і співінвестують обмежені ресурси, такі, як гроші, персонал, устаткування й інформацію для досягнення конкретних цілей у визначеній сфері науки, технології та інновацій.
Світовий банк	ДПП – це угоди між публічною і приватною сторонами з приводу виробництва та надання інфраструктурних послуг, які укладаються з метою залучення додаткових інвестицій і, що ще більш важливо, як засіб підвищення ефективності бюджетного фінансування
«Зелена книга» Європейської комісії щодо ДПП	ДПП - форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення фінансування, будівництва, реконструкції, управління та обслуговування інфраструктури чи надання послуг.
Міжнародна фінансова корпорація (МФК)	ДПП - відносини, використовуючи які приватний сектор забезпечує громадськість інфраструктурними активами і інфраструктурними послугами, які традиційно надаються державою.
Економічна комісія ООН в Європі (UNECE)	ДПП - контрактна угода між публічним та приватним секторами в наданні публічних послуг та розвитку інфраструктури, яка передбачає об'єднання всього найкращого, що має місце в цих секторах: ресурсів приватного сектору та його кваліфікаційного потенціалу, а також потенціалу публічного сектору в економічному регулюванні та захисті публічних інтересів.

Згідно з законодавством ЄС правовий режим ДПП повинен враховувати права регіональних та місцевих громад та інтереси всіх учасників проекту, що реалізується на засадах ДПП (див. табл. 1.1.2).

Аналізуючи визначення ДПП, можна визначити властиві йому характеристики, а саме:

- різнорівневий суб'єктний його склад, що передбачає присутність державного та приватного секторів;
- взаємовідносини сторін закріплюються юридичними документами (договорами, контрактами, тощо);
- об'єднання зусиль та ресурсів для досягнення поставленої мети;
- суспільна, публічна скерованість взаємодії;
- підвищення ефективності суспільних послуг;

- відносини організуються з метою досягнення суспільно-значимих цілей та завдань;
- співробітництво передбачає головним чином інвестиційну діяльність, зокрема в інфраструктурній сфері.

Таблиця 1.1.2

Роль публічного та приватного секторів в реалізації проектів на засадах ДПП

Держава	Місцеве (регіональне) самоврядування	Приватний бізнес
Законодавчо-правова база	Місцева (регіональна) законодавчо-правова база	Управління об'єктом
Стратегії розвитку, пріоритети	Політика місцевого (регіонального) розвитку, стратегії, генеральні плани забудови	Виконання інвестиційного проекту
Державна підтримка та гарантії	Гарантії та підтримка зі сторони місцевої (регіональної) влади	Гарантії надійності та якості послуг
Вирішення спорів		
Контроль за якістю послуг		
Моніторинг реалізації проектів		
Створення сприятливого інвестиційного клімату		
Рішення, висновки, дозволи, ліцензії		
Надання земельних ділянок		

Відповідно до українського законодавства в ролі державного (публічного) партнера виступають державні органи та органи місцевого самоврядування. Приватним партнером може бути юридична або фізична особа –підприємець без будь –яких обмежень.

Законодавство України визначає наступні ознаки ДПП:

- забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності, ніж у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера;
- довго тривалість відносин (від 5 до 50 років);
- передача приватному партнеру частини ризиків у процесі здійснення державно-приватного партнерства;
- внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, не заборонених законодавством.

Визначення ознак ДПП є підставою для відділення проектів на засадах ДПП від інших форм співпраці між приватними та державними структурами. Досить сказати, що між ознаками ДПП, встановленими вітчизняним законодавством та ознаками, запропонованими міжнародними нормами та стандартами є певні відмінності (див. табл. 1.1.3). Ознаки, визначені зокрема Європейською комісією щодо ДПП є більш узагальненими і відкривають ширші можливості для побудови гнучких взаємовідносин. Це стосується наступних моментів:

- європейське законодавство, на відміну від вітчизняного, не визначає терміни функціонування партнерства;
- європейське законодавство акцентується на застосуванні різних форм проектного фінансування (домовленостей), не оминаючи використання державних коштів,

вітчизняне законодавство обмежується посиланням на можливість використання не заборонених законодавством джерел;

- європейське законодавство визначає ролі сторін ДПП: організації експлуатанта та державного партнера; вітчизняне не акцентує уваги на їх ролях, проте вказує на необхідність досягнення вищих техніко-економічних показників, що, відповідно, передбачає обґрунтування економічної ефективності ДПП (проблематично її досягнути в процесі експлуатації проекту в силу того, що сторони можуть належним чином не виконувати покладені на них функції);
- розподіл ризиків відповідно до здатності сторін контролювати та впоратись із ризиком, який передбачений європейськими нормами, скеровує на дотримання пропорційності в розподілі ризиків, українське трактування даної ознаки відкриває можливості для передачі приватному партнерові їх переважної частини.

Таблиця 1.1.3

Ознаки ДПП відповідно до Зеленої книги Європейської комісії щодо ДПП та ЗУ «Про державно-приватне партнерство»

Зелена книга Європейської комісії щодо ДПП	ЗУ «Про державно-приватне партнерство»
Відносно довга тривалість відносин, які передбачають співпрацю між державним партнером і приватним партнером з різноманітних аспектів запланованого проекту.	Довго тривалість відносин (від 5 до 50 років)
Метод фінансування проекту, частково за рахунок приватного сектору, а частково за рахунок комплексних домовленостей між різноманітними суб'єктами. Незважаючи на це, в деяких випадках можливо залучення державних коштів, причому у великих розмірах.	Внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, не заборонених законодавством.
Важлива роль організації-експлуатанта, яка приймає участь на різноманітних стадіях проекту (проекткування, завершення, впровадження, фінансування). Державний партнер переважним чином концентрується на визначення цілей, яких необхідно досягти стосовно публічного інтересу, якості наданих послуг та політики ціноутворення, а відповідає також за моніторинг за дотриманням цих цілей.	Забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності, ніж у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера.
Розподіл ризиків між державним партнером та приватним партнером, до якого переходять ризики, які зазвичай бере на себе державний партнер. Але ДПП не означає, що приватний партнер обов'язково бере на себе усі ризики або навіть левову частку ризиків, пов'язаних із проектом. Конкретний розподіл ризиків визначається в кожному окремому випадку відповідно до здатності сторін контролювати та впоратись із ризиком.	Передача приватному партнеру частини ризиків у процесі здійснення державно-приватного партнерства

Можливості для забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера виникають внаслідок синергетичного ефекту від поєднання компетенції приватного та державного партнерів, що показано на рис. 1.1.2.

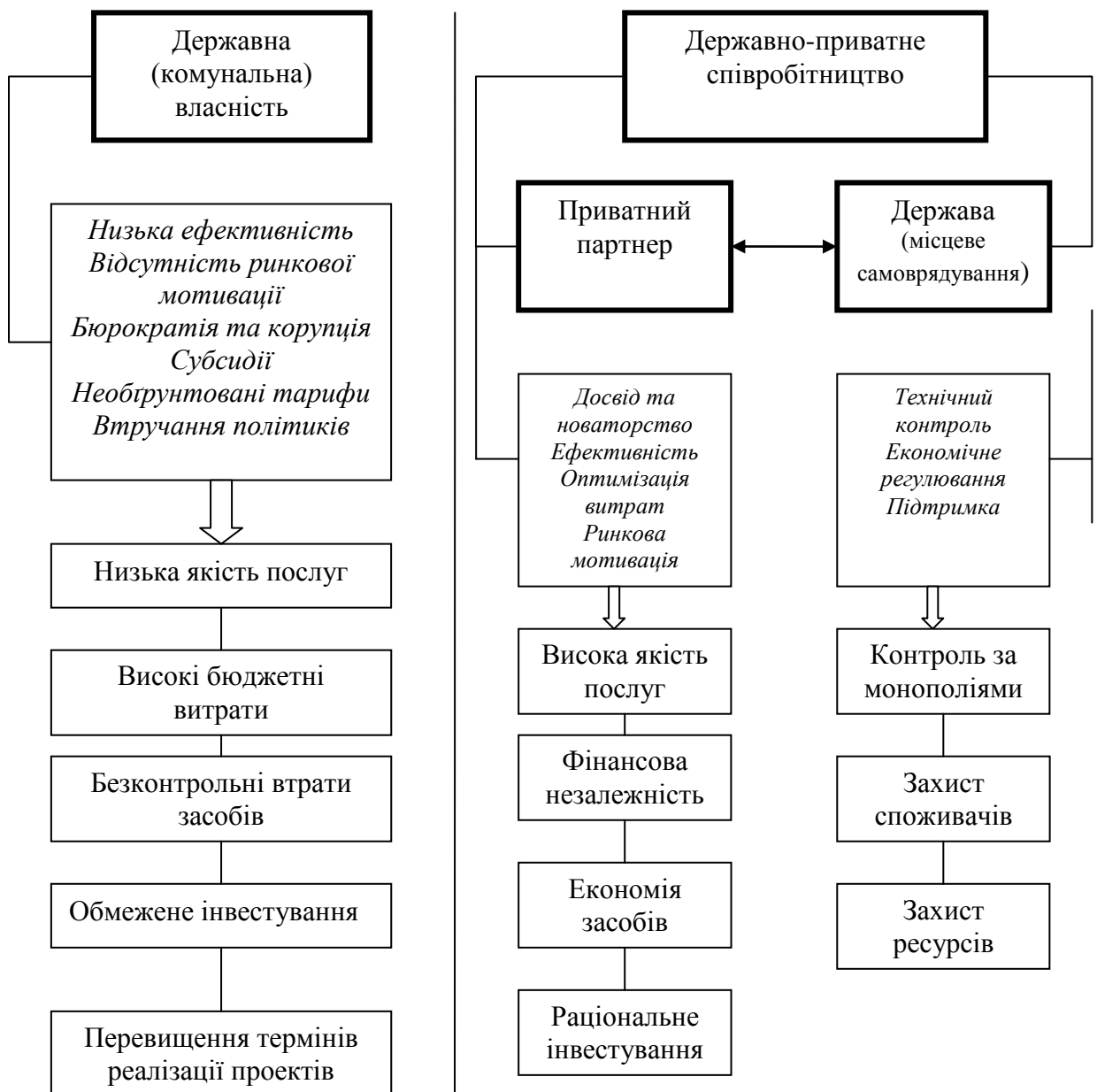


Рис. 1.1.2 Характеристика ефектів від надання суспільних послуг з залученням і без залучення приватного партнера

Синергетичний ефект в результаті співпраці держави та приватного партнера формує ряд переваг для кожної сторони. Потенційними перевагами для *держави* є:

- отримання додаткових ресурсів - фінансових, матеріальних, набуття управлінського досвіду, розвиток новаторських форм проектного фінансування, економія бюджетних коштів;
- реалізація суспільно важливих проектів, що була б неможливою за інших умов,;
- ефективне управління та використання об'єктів державного майна;
- підвищення якості і обсягу суспільних послуг і товарів, зниження витрат їх надання;
- стимулювання модернізації у базових галузях;
- доступ до нових технологій, залучення іноземних інвестицій;
- підвищення ефективності державної інфраструктури;

- позбавлення від низки ризиків;
- збереження контролю і впливу на загальну стратегію розвитку об'єкта;
- збереження/створення робочих місць;
- сприяння інтеграції науки, освіти, виробництва; координація державних і приватних НДДКР, забезпечення комерціалізації їх результатів;
- розвиток діалогу «влада- бізнес»

Приватний партнер в системі ДПП отримує наступні можливості:

- розширення ринкової ніші, доступ до раніше закритих сфер економіки (інфраструктура, житлово-комунальне господарство, соціальна сфера, ін.), зв'язків з органами влади (дозвільними органами);
- підвищення статусу проекту через участь державного партнера;
- можливості отримання пільгових кредитів під державні гарантії, залучення бюджетних коштів до проекту, гарантій повернення інвестицій, збуту продукції;
- прискорення вдосконалення регуляторної бази завдяки зворотному зв'язку «держава - бізнес»;
- створення позитивного іміджу приватного партнера у суспільстві;
- позбавлення від низки ризиків.
- позбавлення від низки ризиків.

Зазвичай організація ДПП орієнтована на задоволення потреб суспільства. В цьому аспекті в результаті створення ДПП громадськість отримує більш якісні товари/послуги при зниженні цін на них (у результаті економії на масштабах, впровадження нових технологій, зниження накладних витрат); пришвидшення будівництва/ модернізації інфраструктурних об'єктів.

Разом з перевагами ДПП властиві певні складнощі при їх впровадженні, а саме:

- 1) виникає потреба у більш детальному бюджетному плануванні – при реалізації окремих проектів, де джерелом доходів є витрати із бюджету посилюється, відповідно, навантаження на бюджет, що і повинно врахувати бюджетне планування;
- 2) управління проектами на засадах ДПП вимагає від органів влади відповідних управлінських компетенцій, що вимагає відповідного підвищення рівня державних службовців.

Можливості та обмеження ДПП формуються у взаємозв'язку з особливостями періодів життєвого циклу проекту (див. табл. 1.1.4)

Таблиця 1.1.4

Можливості та обмеження ДПП на різних стадіях життєвого циклу інфраструктурного проекту

Стадія життєвого циклу проекту	Можливості	Обмеження
Фінансування проекту	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Задоволення потреби в фінансуванні інфраструктурних об'єктів за умови відсутності належних бюджетних засобів. ✓ Додаткові надходження до бюджету за рахунок платежів від користувачів інфраструктурних об'єктів. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ За умови низької кредитоспроможності регіону (бюджету) на довгострокову перспективу неможливо залучити приватного партнера. ✓ Невизначеність податкових надходжень у перспективному періоді може спонукати до

	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Підвищення ефективності експлуатації об'єктів інфраструктури (вивільнення додаткових ресурсів). ✓ Використання кредитних механізмів, розрахованих на довгострокову перспективу. 	<ul style="list-style-type: none"> надмірних витрат держави за проектом ДПП (перевищення боргових навантажень). ✓ Значні ризики та боргові зобов'язання, низька компетенція управління ними. ✓ Неявні зобов'язання та ризики (очікування населення)
Планування і відбір проекту	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Необхідні компетенції та мотивація для відбору найефективніших варіантів проекту. ✓ Зважене оцінювання інфраструктурних обмежень та прийняття адекватних проектних рішень. ✓ Підвищення якості передпроектного аналізу 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Недостача релевантної інформації, що обумовлює неправильний вибір. ✓ Невисока якість аналізу проекту ✓ На вибір проекту можуть впливати політичні сили, що обумовлює неправильні рішення.
Проектне управління	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Відносно вищий рівень менеджменту. ✓ Висока мотивація менеджменту до отримання прибутку. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Низька якість проектних та інших робіт, які організуються державним партнером, знижує якість проектного управління.
Управління експлуатацією проекту	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Об'єднання капітального будівництва та експлуатації об'єкта зумовлює економію затрат за рахунок підвищення якості робіт. ✓ Компенсація затрат на експлуатацію зі сторони користувачів/держави. ✓ Якість експлуатації регулюється вимогами та умовами договору про ДПП. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Недостатня фінансова зацікавленість оператора інфраструктурного об'єкта в його раціональній експлуатації. ✓ Недостатнє опрацювання вимог та умов договору про ДПП.

Не дивлячись на переважання сукупних вигод (переваг) ДПП над витратами (загрозами), ця форма не набула в Україні широкого поширення, що підтверджується даними, наведеними в табл. 1.1.5.

Таблиця 1.1.5

Кількість проектів ДПП в Україні за 1994-2014р. (за даними Світового банку)

Сфера реалізації проекту	1994-2014рр.		2004-2014рр.		2009-2014рр.	
	Кількість проектів, од.	Обсяг інвестицій, млн. дол. США	Кількість проектів, од.	Обсяг інвестицій, млн. дол. США	Кількість проектів, од.	Обсяг інвестицій, млн. дол. США
Електроенергетика	30	2262	17	2082	14	1894
Газопостачання	11	38	11	38	11	38
Транспорт	1	130	1	130	1	130
Телекомунікації	12	11926	2	9804	1	4084
Водопостачання/ водовідведення	2	202	1	202	-	-
Всього	56	14558	32	12256	27	6146

З наведених в табл. 1.1.5 даних видно, що діяльність з реалізації проектів ДПП в останні 5-ть років є достатньо активною, оскільки в даний період реалізовано 27 проектів, тобто майже половину від їх загальної кількості за останні 20 років. Причиною послужило створення в даний період відповідної нормативно-правової бази та складна фінансова ситуація в ряді секторів економіки. Середній розмір інвестицій, що припадає на 1-ин проект в цей період становив 227,6 млн. дол. США. В попередній 5-ий період реалізовано проектів набагато менше, всього 5, проте на кожного з них припадало 1221,8 млн. дол. США, тобто в 5-ть разів більше.

Галузеву структуру проектів ДПП за останні 5-ть та 10 років демонструє рис. 1.1.3. та 1.1.4.

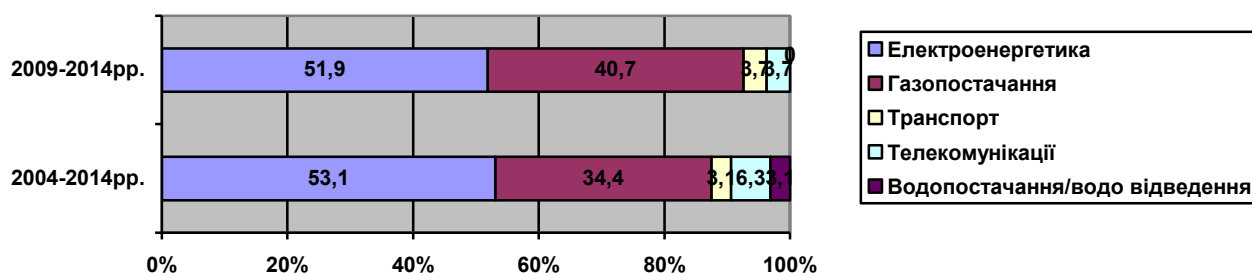


Рис. 1.1.3. Галузева структура проектів ДПП за кількістю в 2004-2014рр.

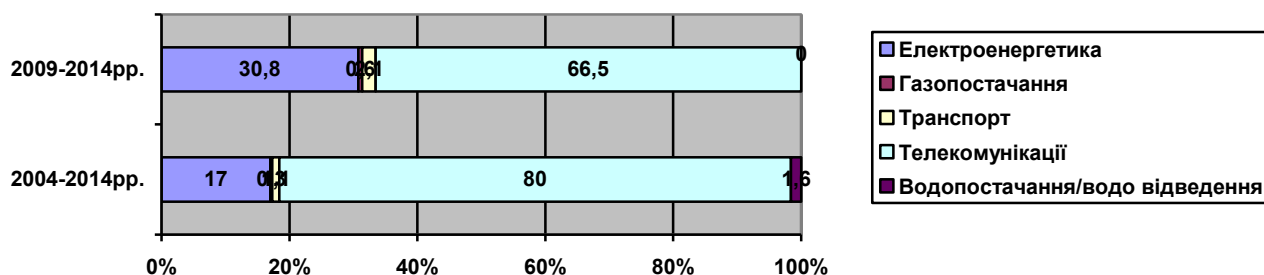


Рис. 1.1.4. Галузева структура проектів ДПП за обсягом інвестицій в 2004-2014рр.

Різниця між галузевою структурою проектів за кількістю та обсягом інвестицій свідчить про різні середні витрати капіталу на один проект в різних галузях (див. табл. 1.1.6)

Таблиця 1.1.6

Обсяг інвестицій в розрахунку на 1-ин проект ДПП в Україні за 1994-2014р. (за даними Світового банку) (млн. дол. США)

Сфера реалізації проекту	2004-2014рр.	2009-2014рр.
Електроенергетика	122,5	135,3
Газопостачання	3,5	3,5
Транспорт	130	130
Телекомунікації	4902	4084
Водопостачання/ водовідведення	202	-
Всього	383,0	227,6

Найменша величина інвестицій припадає на 1-ин проект в сфері газопостачання, найбільші інвестиції в середньому на 1-ин проект припадають в галузі телекомунікацій.

За даними Світового банку найбільшими проектами, які реалізовані в Україні на засадах ДПП, є проекти в галузі телекомунікації (Укртелеком, MTS Україна, Київстар Vimpelcom, [DCC/Astelit GSM](#)) та в сфері енергопостачання (в основному з використання енергії сонця). До фінансової участі в проектах ДПП, залучається вітчизняні та зарубіжні партнери. Склад зарубіжних партнерів включає представників різних країн, найбільші приватні інвестиції надійшли з Російської Федерації, Туреччини, Австрії.

За даними Світового банку в Україні, на відміну від загальносвітових показників, найбільша кількість проектів реалізується за моделлю відчуження власності, що доводять дані, наведені в табл. 1.1.7

Таблиця 1.1.7

Структура проектів ДПП за моделями в Україні за 1992-2012рр.

Модель ДПП	Кількість проектів, од.	Питома вага, %	Загальна вартість інвестиційних зобов'язань, млн дол. США	Питома вага, %
Контракти з управління та лізинг	1	1,72	100,0	0,71
Концесії	1	1,72	102,0	0,72
Нові проекти	23	39,66	11330,218	80,01'
Відчуження власності	33	56,90	2628,64	18,56
Всього	58	100,00	14160,858	100,0

Такі моделі ДПП, як концесії й контракти з управління та лізинг за період 1992—2012 рр. в Україні не отримали значного поширення: всього зазначених проектів ДПП було укладено два, а їх сумарна загальна інвестиційна вартість склала менше 1,5 % від вартості усіх проектів. На даний час в Україні найбільшого поширення отримали проекти ДПП за моделями нових проектів і відчуження власності. Щодо відчуження власності, то така ситуація пояснюється продовженням (або закінченням) тривалого процесу перерозподілу власності між державою та приватними особами. Крім того, викуп частини корпоративних прав держави є одним із найлегших механізмів отримання контролю над об'єктом власності. Отже, замість того, щоб на рівних партнерських засадах здійснювати розвиток об'єктів державної власності, держава просто поступається ними.

Оцінка стану ДПП, проведена Міністерством економічного розвитку та торгівлі, побудована за даними центральних та місцевих органів виконавчої влади є дещо іншою. За інформацією міністерства в Україні станом на кінець 2014 року на засадах державно-приватного партнерства реалізується 243 проекти (210 договорів концесії, 33 договори про спільну діяльність). Отже, найпоширенішою формою співробітництва між державним та приватним секторами залишається концесія. Їх галузевий розріз представлено в табл. 1.1.7.

Таблиця 1.1.7

Сфера господарської діяльності	Кількість проектів, од.	Питома вага, %
Оброблення відходів	116	47,7
Збір, очищення та розподілення води	79	32,5
Транспортна інфраструктура	17	7,0
Виробництво, транспортування, постачання тепла	7	3,0

Виробництво, розподілення та постачання електричної енергії	5	2,1
Пошук, розвідка корисних копалин та їх видобування	3	1,2
Управління нерухомістю	2	0,8
Туризм, відпочинок, рекреація, культура та спорт	1	0,4
Забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем	1	0,4
Інші	12	4,9
Всього:	243	100,0

Щодо об'єктів державної власності 7 договорів концесії та 15 договорів про спільну діяльність. Концесійні угоди укладені в галузі видобування вугілля (2 проекти), виробництва енергії (3 проекти), реставраційно-відновлювальна діяльність (2 проекти).

Щодо об'єктів комунальної власності укладено 203 договори концесії та 18 договорів про спільну діяльність, в основному у сфері надання житлово-комунальних послуг, таких як забезпечення водопостачання жителів селищ, виробництва та постачання тепла й електроенергії, забезпечення послуг зі збору і вивозу сміття, надання послуг у житлово-експлуатаційній сфері. На території Кримської АР укладено 63 проекти.

На сьогодні за процедурою, передбаченою Законом України «Про державно-приватне партнерство» укладено один договір про спільну діяльність між територіальною громадою м. Малин та товариством з обмеженою відповідальністю «Енергія тепла». Об'єктом державно-приватного партнерства є котельня по вулиці Кримського, м. Малин, Житомирської області, що перебуває у комунальній власності і забезпечує теплом об'єкти бюджетної сфери.

Крім того, на запит Мінекономрозвитку місцевими органами виконавчої влади визначено 321 об'єкт комунальної власності, щодо яких планується реалізовувати проекти із застосуванням механізму ДПП. До пріоритетних проектів, по яких проведені початкові роботи, відносяться об'єкти ДПП «Морський торговельний порт «Южний», автодорога «Львів-Краковець» протяжністю 84,4км, ОКП «Міжнародний аеропорт Рівне», КП «Аеропорт-Хмельницький» і ін..

В цілому, можна стверджувати, що ДПП, не дивлячись на їх безспірні переваги, широке застосування у світовій практиці, перспективи, які вони забезпечують за умов нестачі фінансових ресурсів у держави та територіальних громад для розбудови інфраструктури, не отримали належного розвитку. Той факт, що відповідно до чинного законодавства реалізується 1-ин невеликий проект, свідчить про те, що законодавство не працює. Причинами цього є як невідповідність законодавчих норм реальному стану речей, так і можливість оминати певні законодавчі норми, використати інші законодавчі положення для організації взаємодії між державою та приватним партнером. Проте в цьому випадку виникає питання, чи даний проект є проектом на засадах ДПП і чи за своїми ознаками від узгоджується з діючими законодавчими нормами.

Проблеми та перспективи розвитку державно-приватних партнерств

Проблеми започаткування та розвитку вітчизняних ДПП спровоковані недостатнім розвитком передумов для їх створення (див. п.1.1). Переважаючими на сьогодні є економічні аспекти проблемного розвитку ДПП. Для того, щоб приватний інвестор долучився до надання суспільних послуг, необхідно, щоб він був впевнений у доцільності та ефективності здійснених затрат. Це означає, що інвестиційно-підприємницьке середовище є стабільним, а ризики господарювання незначними.

Експерти оцінюють інвестиційну привабливість України невисокою, а ведення бізнесу, як помірно ризиковане. Згідно з Індексом інвестиційної привабливості (International Business Compass), що його розраховує міжнародна консалтингова мережа BDO, Україна посідає 89 місце зі 174 країн. Минулого року Україна зайняла 96 місце у рейтингу [Doing business](#), який укладає Світовий банк (цей рейтинг показує легкість ведення бізнесу). В динаміці спостерігається певне покращання умов інвестиційної та підприємницької діяльності, проте ризики залишаються досить високими, що утримує інвесторів від вкладання інвестицій в будь-яких формах.

Щодо економічних можливостей органів влади та органів самоврядування, то вони обмежені не тільки розміром бюджету, а й утрудненим доступом до кредитних ресурсів та високими процентами за їх користування.

Крім економічних проблем гальмом для розвитку ДПП є і ряд проблем організаційно-правового характеру. Їх можна звести до наступних груп проблем:

А) *відсутність послідовної державної політики у сфері ДПП та належної системи управління розвитком ДПП.* Не дивлячись на те, що законодавство покладає проведення державної політики у сфері державно-приватного партнерства на відповідний центральний орган влади (на сьогодні це Міністерство економічного розвитку та торгівлі) її реально проводять і інші центральні органи влади, які уповноважені управляти державним майном в сфері, яка їм підпорядкована. При цьому вони посилаються на ряд законодавчих актів, які регулюють їх діяльність поза законом «Про державно-приватне партнерство».

До цього слід додати, що повноваження окремих державних органів у частині управління державним майном та активами визначаються різними нормативно-правовими актами, що утруднює визначення партнера зі сторони держави (регіону) у разі започаткування ДПП,

Б) *низький рівень інституційної спроможності державних (муніципальних) органів та приватного сектору до впровадження ДПП.* На сьогодні питання взаємодії держави на приватного партнера є ускладненими, що впливає із низької оцінки організації породжуваних процедур, проблемність розв'язання господарських спорів у судах, відсутність прозорості у бюджетних відносинах, тощо.

Чинниками, які негативно впливають на інституційне середовище з позиції створення ДПП є:

- низький рівень довіри зі сторони інвесторів та громадян до влади;
- низька підготовленість суспільства (громад) до сприйняття засад партнерства між державою та приватним партнером, нерозуміння переваг та ризиків ДПП, недооцінка його потенціалу, тощо;
- відсутність успішних прикладів запровадження та досвіду реалізації проектів ДПП;
- неузгодженість інвестиційних інтересів держави та приватного партнера при створенні ДПП;
- відсутність кваліфікованих кадрів з питань організації ДПП у державних та місцевих органах влади;
- недостатнє фінансування державного (муніципального) секторів.

До проблем інституційної спроможності державних (муніципальних) органів, які впливають із вищевикладеного, слід віднести проблему комунікації у сфері ДПП. Вона існує через розмежування повноважень між органами державної влади та їх діяльністю. В Україні немає єдиної стратегії та напрямку розвитку зв'язків між приватними та

державними підприємствами. Тому це питання покладається на плечі профільних міністерств, які не наділені відповідними повноваженнями. Міністерство економічного розвитку і торгівлі (МЕРТ), яке наділене даними повноваженнями працює досить мляво в даному напрямку.

В) *недосконалість нормативно-правового регулювання відносин державно-приватного партнерства.* Підтвердженням цьому є той факт, що реально закон «Про державно-приватне партнерство» не працює (як вказувалося, за процедурою Закону створено лише 1-е партнерство).

Детальний аналіз законодавчих положень, що регулюють відносини ДПП проводиться в п.2. даного дослідження. На разі обмежимося кількома загальними оцінками.

Відповідно до законодавства співробітництво між державою, територіальними органами та юридичними/фізичними особами, крім державних та комунальних підприємств, здійснюється на основі договору. Договірна форма партнерства означає, що у запропонованому вигляді воно не має правової форми регулювання. На сьогодні не створено юридичного механізму використання корпоративних інструментів залучення фінансування, для цього потрібна розробка системи взаємодії партнерів у вигляді акціонерних товариств.

Законодавчо передбачений перелік сфер застосування ДПП є недостатньо вичерпаним, що не відповідає міжнародним нормам.

Некоректність деяких законодавчих норм Закону «Про державно-приватні партнерства» дозволяє ним нехтувати при укладанні договорів концесії, посилаючись на інші законодавчі акти.

Використання норм профільного закону з регулювання ДПП вимагає розробки ряду підзаконних актів та внесення змін у діючу нормативно-правову базу. Слід сказати, що розроблені на виконання Закону піднормативні акти та зміни у діючі нормативні акти в різних сферах регулювання є неузгодженими між собою, що дозволяє оминати ряд законодавчих положень. Положення Закону (ч.3п.5) за своїм змістом дозволяють державному партнеру застосовувати або не застосовувати даний закон, виходячи із особливостей.

Нормативно-правова база не врегульовує питання захисту прав інтелектуальної власності та трансферту технологій у рамках державно - приватного партнерства.

Г) *відсутність ефективних методів державної підтримки ДПП.* Основними причинами, які обумовлюють дану проблему є наступні:

- дефіцит державних (регіональних, місцевих) бюджетів;
- недосконалість довгострокових механізмів фінансування державою своїх зобов'язань – розробка та затвердження щорічних бюджетів супроводжується зміною пріоритетів державного фінансування та зміною сум, які скеровуються на виконання бюджетних програм;
- відсутня методологія надання державної підтримки в рамках реалізації проектів ДПП;
- діючий механізм не передбачає обов'язків державного партнера понести частину витрат, відповідно, задекларовані державою гарантії не завжди виконуються;
- баланс інтересів держави та приватного інвестора часто порушується з вини держави в силу фінансової неспроможності бюджетів.

Д) *тарифне регулювання та неврегульованість тарифів.* На сьогоднішній день в ряді секторів економіки тарифи не виконують функції економічного регулятора через відсутність ринкових відносин. В цьому зв'язку інвесторів повинні конденсуватися його втрати. Проте діючий механізм компенсації є недосконалим та вимагає уточнень.

Е) *застарілість об'єктів інфраструктури та зношеність основних фондів.* Стан матеріально-технічної бази інфраструктурних об'єктів вимагає значних інвестицій та є малопривабливим для приватного бізнесу. Він вимагає значних затрат, які часто забезпечують невисоку віддачу, що спонукає приватний капітал зосереджуватися у більш прибуткових сферах.

Вищезазначені проблемні питання розвитку ДПП знайшли своє відображення в концепції розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013-2018рр.(див. табл. 1.1.8).

Таблиця 1.1.8

Основні причини уповільнення розвитку державно-приватного партнерства, визначені Концепцією розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2012-2018рр.

- недостатній рівень уваги держави до реалізації політики у сфері державно-приватного партнерства і недосконалість системи управління розвитком такого партнерства;
- відсутність у сфері державно-приватного партнерства дієвих заходів із створення умов для його розвитку, а також чіткого розмежування повноважень між органами державної влади та координації їх діяльності;
- наявність галузевих особливостей провадження господарської діяльності і складність умов довгострокового та взаємовигідного співробітництва між державою і приватними партнерами;
- низький рівень інституційної спроможності органів державної влади і приватного сектору до впровадження державно-приватного партнерства;
- низький рівень довіри громадян до органів державної влади та обізнаності з питань переваг реалізації інвестиційних проектів на засадах державно-приватного партнерства, недостатній рівень поінформованості населення про переваги і ризики застосування механізмів такого партнерства, неналежне кадрове забезпечення органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування фахівцями у сфері державно-приватного партнерства, недостатній обсяг фінансування реального сектору економіки;
- несприятливий інвестиційний клімат і складність умов провадження підприємницької діяльності під час реалізації проектів державно-приватного партнерства;
- наявність проблем у відносинах між органами державної влади і приватним сектором під час проведення погоджувальних процедур, захисту прав власності інвесторів, розв'язання господарських спорів;
- складність механізму надання державної підтримки для реалізації довгострокових інвестиційних проектів за участю приватних партнерів;
- відсутність ефективного механізму надання державної підтримки у сфері державно-приватного партнерства;
- неузгодженість нормативно-правової бази з питань державно-приватного партнерства;
- недосконалість механізму тарифного регулювання та економічна необґрунтованість тарифів.

ДПП за своїм змістом є інноваційною, економіко-правовою моделлю розвитку суспільного сектора країни. Як показує вітчизняний та зарубіжний досвід, взаємодія державного та приватного секторів дозволяє розв'язати ряд завдань в сфері розвитку інфраструктури, що дозволяє покращити якість інфраструктурного обслуговування, підвищує рівень управління інфраструктурними об'єктами та сприяє їх ефективному розвитку. Механізми ДПП допомагають ефективно використовувати фінансові ресурси, досвід та професіоналізм приватного партнера при одночасному збереженні суспільного контролю над активами,

зменшує навантаження на бюджет. Зважаючи на це, можна стверджувати про перспективність застосування ДПП в вітчизняній практиці. Проте для широкого впровадження ДПП в Україні слід створити відповідні передумови, про які йшлося раніше, та, відповідно, усунути проблеми, які перешкоджають їх розвитку.

Перспективний розвиток ДПП передбачає вдосконалення існуючого регулювання та розвитку ДПП за такими напрямками:

- забезпечення єдиного стратегічного бачення розвитку ДПП на всіх рівнях влади;
- удосконалення чинної нормативно-правової бази регулювання ДПП з метою усунення невідповідностей та забезпечення простих та прозорих процедур при організації співпраці;
- приведення вітчизняної нормативно-правової бази до положень законодавства ЄС щодо регулювання ДПП;
- слід передбачити рівноправність державного (регіонального, місцевого) органу та приватного партнера – поки що держава не в повній мірі забезпечує гарантії приватному партнеру, оскільки її обов'язком є підтримка а не зобов'язання щодо фінансування об'єкта;
- вдосконалення нормативно-законодавчого поля ДПП слід побудувати за пропозиціями, представленими бізнесом;
- законодавчі норми повинні бути гнучкими та дозволяти побудувати співпрацю в різних форматах «держава – приватний партнер»;
- усунення корупційної складової у відносинах ДПП.

1.2. Аналіз нормативно-законодавчої бази, яка регулює державно-приватні партнерства

Склад нормативно-правової бази розвитку ДПП

Нормативно-правова база регулювання розвитку ДПП в Україні є дуже складною, багаторівневою і забюрократизованою, що ускладнює умови їх запровадження. Перелік основних нормативних актів міститься в таблиці 1.2.9.

Таблиця 1.2.9

Основні нормативні акти, які регулюють державно-приватне партнерство в Україні

Назва
Законодавство України:
«Про державно-приватне партнерство» №2404-VI від 01.07.2010
«Про концесії» № 997-XIV від 16.07.1999
«Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» № 1286-XIV від 14.12.1999
«Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів у сферах теплопостачання, водопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності» № 2624-VI від 21.10.2010
«Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності» № 3687-VI від 08.07.2011
«Про здійснення державних закупівель» . № 1197-VII від 10.04.2014
«Про угоди про розподіл продукції» № 1039-XIV від 14.09.1999
«Про оренду державного та комунального майна» № 2269-XII від 10.04.1992
«Про оренду землі» №161-XIV від 06.10.1998
Постанови Кабінету Міністрів
Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства . Постанова, Порядок від 11.04.2011 № 384

Про затвердження Методики виявлення ризиків, пов'язаних з державно - приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними. Постанова, Методика, Форма типового документа [...] від 16.02.2011 № 232
Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства . Кабінет Міністрів України; Постанова, Порядок від 17.03.2011 № 279
Про затвердження Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно - приватного партнерства. Постанова, Порядок від 9 лютого 2011 № 81
Про затвердження Переліку об'єктів права державної власності, які можуть надаватися в концесію . Кабінет Міністрів України; Постанова, Перелік від 11.12.1999 № 2293
Про затвердження Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію. Постанова, Положення від 12.04.2000 № 642
Про затвердження Методики розрахунку концесійних платежів . Постанова, Методика від 12.04.2000 № 639
Про затвердження Типового концесійного договору. Постанова, Договір від 12 квітня 2000 р. N 643
Про реєстр концесійних договорів. Постанова від 18 січня 2000 р. N 72
Про затвердження Порядку визначення об'єктів концесії, концесіонерам яких можуть надаватись пільги щодо концесійних платежів, дотації, компенсації, та умов їх надання. Постанова, Порядок від 13.07.2000 № 1114
Про затвердження Порядку проведення розрахунку плати за експлуатаційну готовність автомобільної дороги, побудованої на умовах концесії. Постанова, Порядок від 11.07.2013 № 493
Про затвердження переліку об'єктів паливно-енергетичного комплексу права державної власності, які можуть надаватися в концесію. Постанова, Перелік від 11.01.2012 № 71
Про затвердження Порядку укладення державними підприємствами, установами, організаціями, а також господарськими товариствами, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50 відсотків, договорів про спільну діяльність, договорів комісії, доручення та управління майном. Постанова, Порядок від 11.04.2012р. №296
<i>Розпорядження КМ Про схвалення Концепції розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013-2018 роки. Розпорядження, Концепція від 14.08.2013 № 739-р</i>
Накази Міністерств
Деякі питання проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства . Наказ Мінекономрозвитку. Форма, Методика [...] від 27.02.2012 № 255
Про затвердження форми подання пропозиції щодо здійснення державно-приватного партнерства. Наказ Мінекономрозвитку. Форма від 16.08.2011 № 40
Про затвердження Інструкції з організації проведення конкурсу на укладання угоди про розподіл продукції та Інструкції з розроблення, узгодження та підписання угоди про розподіл продукції. Наказ Мінекономіки, європ. інтеграції. Інструкція від 23.10.2001 № 249
Про затвердження Порядку прийняття рішення про передачу в оренду чи концесію об'єктів паливно-енергетичного комплексу та Вимог до аналізу ефективності та техніко-економічного обґрунтування передачі в оренду чи концесію об'єктів паливно-енергетичного комплексу. Наказ Міненерговугілля. Порядок, Вимоги від 27.03.2012 № 194

Окрім зазначених в таблиці нормативних актів, законодавчу базу функціонування ДПП становлять Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Бюджетний кодекс України, закони про бюджет України на певний рік. Крім законів, окремі питання розвитку ДПП регулюються постановами та розпорядженнями Кабінету Міністрів України, положеннями та наказами центральних органів виконавчої влади, рішеннями місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Загалом лише на загальнодержавному рівні налічується кілька десятків нормативних актів, що безпосередньо регулюють питання ДПП.

Такий склад нормативно-законодавчої бази з розвитку ДПП ускладнює їх застосування на практиці. Більше того, це обумовлює можливість керуватися положеннями одного закону та не звертатися до іншого, як це має місце з законами «Про концесію» та «Про державно-приватні партнерства». Деякі законодавчі положення є суперечливими. Для прикладу: визначення довго строковості (5-50 років) як термінової ознаки державно-приватного партнерства суперечить Закону «Про концесії», відповідно до якого укладання концесійного договору (форма здійснення державно-приватного партнерства) можливе на період від 10 до 50 років.

Таким чином, існуюча нормативно-правова база регулювання ДПП вимагає перегляду та уніфікації положень, що б виключило їх різночитання та впровадило єдині зрозумілі правила розвитку ДПП. Доцільним би було формування одного рамкового закону в сфері регулювання ДПП, який би дозволяв враховувати галузеву специфіку різного роду підзаконними актами міністерств та відомств.

Закон «Про державно-приватне партнерство»

Закон «Про державно-приватне партнерство» є базовим правовим актом з регулювання створення та розвитку ДПП. Він визначає організаційно-правові засади взаємодії державних партнерів з приватними партнерами та основні принципи державно-приватного партнерства на договірній основі.

Аналіз **визначення ДПП** відповідно до даного закону та його ознаки наводяться в п. 1.1. Зазначимо, що вітчизняне визначення ДПП є широким, а тому враховуючи відсутність вичерпного переліку договорів ДПП, будь-які договірні відносини між органами державної влади та приватними партнерами можна віднести до відносин ДПП. Це істотно впливає на розуміння проектів ДПП та на їх сприйняття громадськістю.

Закон обмежується лише однією формою реалізації державно-приватного партнерства – договірною. Це суттєво звужує можливості застосування інших форм, які зустрічаються у світовій практиці та включають різноманітні організаційно-правові об'єднання з використанням різних фінансових інструментів.

Закон не визначає *мети* співробітництва. Можна стверджувати, що ДПП покликане реалізувати інтерес держави у наданні суспільних послуг, з однієї сторони, та сприяти отриманню прибутку приватним партнером, з іншої. Проте, гарантії того, що приватний партнер отримає прибуток, відсутні (за законом гарантується компенсація державою лише витрат).

Об'єкти державно-приватного партнерства – об'єкти, що перебувають у державній або комунальній власності. Ними можуть бути існуючі, зокрема, відтворювані (шляхом реконструкції, модернізації, технічного переоснащення) об'єкти, у тому числі ділянки надр, створювані чи придбані об'єкти (ст.7, п.1,2).

Закон містить невичерпний перелік сфер, де можуть втілюватись проекти ДПП. Відповідно, ДПП може втілюватись у будь-якій сфері діяльності. Єдиними виключеннями є ведення господарської діяльності у сферах, в яких відповідно до закону діяльність можуть здійснювати виключно державні та комунальні підприємства та установи (наприклад, національна безпека, оборонні підприємства тощо). До об'єктів права державної власності, виключених зі сфери ДПП, відносяться об'єкти, стосовно яких прийнято рішення про приватизацію.

Специфікою ДПП є те, що передача об'єктів приватному партнеру не зумовлює перехід права власності на ці об'єкти до приватного партнера. «Такі об'єкти підлягають поверненню

державному партнеру після припинення дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства. Право власності на об'єкти, що добудовані, перебудовані, реконструйовані в рамках державно-приватного партнерства, належить державному партнеру».

Таким чином, у партнерстві за державою закріплюється статус суб'єкта влади та суб'єкта господарювання, за приватним партнером – лише суб'єкта господарювання. За державою залишаються право власності на об'єкти, вона визначає правові рамки партнерства, зберігає владі зміни щодо їх зміни, контролює діяльність приватного партнера, тощо. Можна стверджувати, що по суті держава передає приватному партнеру функції по наданню суспільних (державних, публічних) послуг на базі визначеного об'єкта. Коло таких функцій Законом не обмежується: до них відповідно до ст.4п.3 відноситься проектування, фінансування, будівництво, відновлення (реконструкція, модернізація), експлуатація, пошук, обслуговування, інші функції.

Різний статус сторін ДПП передбачає певну специфіку **принципів** побудови взаємовідносин між ними. Їх характеристика наводиться в таблиці.

Таблиця 1.2.10

Принципи здійснення державно-приватного партнерства та коментарі

Принципи	Коментар
Рівність перед законом державних та приватних партнерів	Статус держави і приватного партнера при здійсненні ДПП є різним; держава, крім суб'єкта господарювання виступає суб'єктом влади, а тому, керуючись суспільними інтересами, може впливати на умови та виконання договору. Законом права держави при здійсненні ДПП не обмежуються.
Заборона будь-якої дискримінації прав державних чи приватних партнерів	Держава не має втручатись у господарсько-адміністративну діяльність приватного партнера. Доцільніше даний принцип визначити, як принцип невтручання.
Узгодження інтересів державних та приватних партнерів з метою отримання взаємної вигоди	Закон не гарантує отримання прибутку приватним партнером у разі не покриття регульованими цінами та тарифами витрат приватного партнера.
Незмінність протягом усього строку дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, цільового призначення та форми власності об'єктів, що перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим, переданих приватному партнеру	Вигідно з позицій держави, не залишається альтернатив для приватного партнера у разі різкого погіршення ситуації.
Визнання державними та приватними партнерами прав і обов'язків, передбачених законодавством України та визначених умовами договору, укладеного у рамках державно-приватного	Це принцип законності, який слід виконувати при побудові будь-яких відносин.

партнерства	
Справедливий розподіл між державним та приватним партнерами ризиків, пов'язаних з виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства	Відповідальність приватного партнера, як правило, є вищою, ніж при укладанні угод з приватними партнерами.
Визначення приватного партнера на конкурсних засадах	Конкурентність (проведення конкурсу на підписання контракту ДПП), прозорість та зворотний зв'язок. Громадськості повинна інформуватися про функціонування партнерства.

Зазначені Законом принципи не повністю охоплюють всі сторони взаємовідносин при запровадженні ДПП. Доцільно до їх переліку додати принципи, які націлені на захист приватного партнера в силу того, що останній підпадає під більш серйозні ризики. Доцільно при запровадженні ДПП застосовувати принцип стимулювання та гарантії – створення додаткових стимулів для забезпечення реалізації інтересів приватного партнера.

Не можна обійти стороною і потребу суспільства отримати послуги на тому ж а то й кращому рівні, ніж це було до запровадження ДПП. Необхідним є дотримання принципу забезпечення кращих умов надання суспільних послуг в порівнянні з умовами до запровадження ДПП.

Відповідно до Закону в рамках здійснення державно-приватного партнерства можуть укладатися договори про:

- концесію;
- спільну діяльність;
- інші договори, крім таких, що здійснюються на умовах угод про розподіл продукції.

Виходячи із зазначених Законом договорів, які класифікуються як договори ДПП, можна говорити про можливість включення до їх числа ряду угод, які за змістом такими не являються. Загальноприйнятої класифікації договорів не існує, проте найчастіше вирізняють такі: контракти, оренда та лізинг; концесія; угоди про розподіл продукції; змішані приватно-державні підприємства і спільна діяльність (табл. 1.2.11).

Таблиця 1.2.11

Характеристика форм ДПП

Форма	Зміст
Концесія	Приватний партнер (концесіонер) отримує права на будівництво (реконструкцію, модернізацію) та/або управління (експлуатацію) об'єкта державної власності на певний час за обумовлену плату. Несе операційний і інвестиційний ризики, бере зобов'язання щодо утримання, поліпшення, модернізації об'єкта. Право власності на вироблену за концесією продукцію, поліпшення об'єкта належить концесіонеру. Концесія може бути на об'єкти, що вже існують (відновлення/модернізація та експлуатація), або передбачати будівництво об'єктів «з нуля» (так званий «greenfield projects»). Найбільш поширені в інфраструктурних галузях. Є одним з основних механізмів залучення іноземного капіталу у будівництво і модернізацію об'єктів інфраструктури у капіталодефіцитних країнах.

	За даними Світового банку, понад 70 % договорів, що укладаються державою у сфері інфраструктури, є концесійними. Концесія дозволяє отримати оптимальне співвідношення стратегічного контролю за бізнесом на цивільно-правовій основі і максимально можливу господарську свободу на об'єкті державної власності. Концесійні відносини в Україні регулюються Законом «Про концесію».
Спільна діяльність	Регулюється Цивільним кодексом України. За договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. Практично не передбачає ніяких обмежень, крім письмового укладання договору. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників. За договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети. В даному випадку власність товариства є спільною, а тому її частина належить приватному партнеру, тобто порушується заборона переходу права власності до приватного партнера. Застосування простого товариства для цілей ДПП вимагає особливого опрацювання умов договору.
Інші договори: договори на управління, оренди, лізингу	Приватна компанія отримує державну власність в управління або оренду/ лізинг на певний строк. При контракті на управління держава несе ризики, здійснює інвестиції. Приватний партнер отримує фіксовану плату або таку, що залежить від ефективності функціонування об'єкта управління. При оренді/ лізингу відбувається передання державного (комунального) майна в тимчасове користування за плату. За умов фінансового лізингу лізингоодержувач отримує право викупу майна за залишковою вартістю. Утім, контракти мають відповідати ознакам ДПП (тривалість відносин, розподіл ризиків та ін.).

Як слідує з визначення ДПП і його ознак, Закон не повною мірою визначає сутність ДПП та його форми. І хоча ним ці форми визначені, вказівка на «інші договори» не уточнює, які саме, лиш би це було «... співробітництво ... на основі договору». Крім того, в одній з попередніх редакцій Закону до форм здійснення ДПП відносилися угоди про розподіл продукції, яких у чинній редакції вже немає, проте, по суті, їх можна віднести до форм ДПП.

При віднесенні договорів до категорії ДПП, слід керуватися їх відповідністю ознакам ДПП. До ДПП, слід відносити державні проекти та програми, які фінансуються спільно державою та приватним партнером на засадах проектного фінансування (законодавство чітко цього не визначає, що утруднює віднесення договору до ДПП).

Закон також не допускає використання акціонерної форми ДПП та інших інституційних форм, що звужує організаційні можливості їх запровадження.

Законом визначаються наступні **джерела фінансування ДПП**:

- фінансові ресурси приватного партнера;
- фінансові ресурси, запозичені в встановленому порядку;
- кошти державного та місцевого бюджетів;
- інші джерела, не заборонені законодавством.

Можна стверджувати, що законодавство не обмежує джерела можливих інвестицій в розвиток ДПП. Рациональним є застосування сучасних механізмів фінансування капіталомістких проектів, зокрема форфейтингу та проектного фінансування.

Оцінка можливостей даних джерел доводить, що основний тягар інвестиційних витрат припадатиме на приватні фінансові установи. Активне їх залучення до запровадження державно-приватних партнерств вимагає законодавчого вдосконалення забезпечення вимог кредиторів, зокрема застосування їх різних видів при реалізації проектів ДПП: застава корпоративних прав у проектній компанії, забезпечення вимог кредитора концесією, забезпечення вимог активами.

Нерозв'язаним є питання застави майна у разі отримання приватним партнером кредиту в розвиток ДПП, за умови, що об'єкт залишається у державній/комунальній власності.

Розділ III Закону «Про державно-приватне партнерство» регулює процедуру **прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства**, яка передбачає наступні етапи:

- *підготовка пропозицій*: органи влади або особи, які можуть бути приватними партнерами, готують пропозиції про здійснення ДПП, які подаються до центрального органу виконавчої влади, уповноваженого Кабінетом Міністрів України або на розгляд відповідних місцевих рад в залежності від належності об'єкту ДПП; форма пропозиції визначена наказом Мінекономрозвитку від 16.08.2011 № 40;
- *аналіз ефективності та виявлення можливих ризиків* здійснюється шляхом:
 - детального обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків здійснення державно-приватного партнерства;
 - порівняння основних показників реалізації проекту (рентабельності, рівня витрат, якості послуг тощо) із залученням приватного партнера та без такого залучення;
 - виявлення видів ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форм управління ризиками, що здійснюється відповідно до методики, затвердженої Кабінетом Міністрів України (постанова від 16.02.2011 № 232);
 - визначення форми реалізації державно-приватного партнерства.

Порядок загального аналізу ефективності здійснення ДПП регламентується Постановою КМ України «[Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства](#)» від 11.04.2011 № 384.

Аналіз ефективності та виявлення можливих ризиків здійснюється уповноваженим центральним органом виконавчої влади щодо об'єктів державної власності та виконавчими органами відповідних рад щодо об'єктів комунальної власності.

- *обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків* проводиться за результатами аналізу:
 - економічних та фінансових показників реалізації партнерства, у тому числі порівняння показників його реалізації із застосуванням державно-приватного партнерства, включаючи прогнозовані витрати та вигоди від його реалізації, з показниками здійснення такої діяльності за інших умов, ніж у рамках державно-приватного партнерства;
 - соціальних наслідків реалізації партнерства, включаючи поліпшення якості послуг та рівень забезпечення попиту товарами (роботами і послугами);
 - ризиків, пов'язаних з реалізацією партнерства, з урахуванням різних засобів їх

розподілу між державним та приватним партнерами і впливу відповідного розподілу ризиків на фінансові зобов'язання державного партнера;

- екологічних наслідків реалізації партнерства з урахуванням можливого негативного впливу на стан довкілля.

Методичною основою для такого обґрунтування є наказ Мінекономрозвитку [«Деякі питання проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства»](#) від 27.02.2012 № 255.

- *прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства* - приймається протягом 2-х календарних місяців з дня подання пропозицій про здійснення державно-приватного партнерства КМ України чи уповноваженим органом щодо об'єктів державної власності, місцевими радами щодо об'єктів комунальної власності; протягом 15 днів інформується особа, яка подала пропозицію.

Передбачена законодавством процедура передбачає прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства на основі детального проектного аналізу, що передбачає використання методології співставлення витрат та затрат. Дана методика є поширеною в світовій практиці і базується на результатах прогнозних розрахунків. Ситуація, яка має місце в Україні є економічно нестійкою та практично не підлягає прогнозуванню на тривалий період. Відповідно, розраховані показники є наближеними, а то й навіть далекими від майбутньої реальної ситуації. Тому до сьогодні, майже всі проекти ДПП реалізувалися у формі концесії, яка відповідно до закону «Про концесію» не передбачає таких детальних обґрунтувань. Тому законодавством слід чітко встановити, за яких умов проект ДПП підлягає обов'язковому аналізу ефективності, оцінюванню ризиків, соціально-економічних та екологічних наслідків. Такою умовою може бути, наприклад, надання державної підтримки за рахунок коштів державного/місцевого бюджетів.

Ще важливим аспектом є фаховість проектних аналітиків та їх здібність провести комплексний та достовірний аналіз проекту ДПП.

Визначення приватного партнера відповідно до Закону проходить виключно на конкурсній основі. Процедура конкурсу визначається Постановою КМ України [«Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства»](#), від 11.04.2011 № 384.

Закон допускає укладення договору за результатами конкурсу у разі, якщо в ньому прийняв участь лише один претендент (це відкидає можливість альтернативного вибору претендента). Ще одне питання, чи є зміст приватному партнерові ініціювати пропозицію про здійснення ДПП, знаючи про те, що він може і не бути переможцем оголошеного конкурсу.

Останній п.ст.14 говорить наступне «у разі, якщо законами України, що регулюють відносини, які виникають у процесі укладання договорів, передбачених частиною першою ст..5 цього Закону, встановлено інший порядок проведення конкурсу, застосовується порядок проведення конкурсу, встановлений такими законами». Це означає, що при створенні ДПП може не використовуватися передбачена законом «Про державно-приватні партнерства» процедура: для концесійних договорів діятимуть процедури, передбачені законодавством про концесію, для спільної діяльності – конкурсні процедури, адаптовані до положень аналізованого закону (див. табл.1.2.12).

Етапи визначення приватного партнера при здійсненні ДПП за договорами концесії та про спільну діяльність щодо об'єктів комунальної власності

Порядковий № етапу	Концесія		Порядковий № етапу	Спільна діяльність
1-ий	Затвердження переліку об'єктів права комунальної власності, які можуть надаватися в концесію (здійснюється виключно на пленарних засіданнях відповідних рад)		1-ий	Пропозиції про здійснення спільної діяльності щодо об'єктів комунальної власності готуються відповідними органами місцевого самоврядування або особами, які можуть бути приватними партнерами, і подаються на розгляд відповідній раді або до уповноваженого нею органу
2-ий	Відповідний уповноважений орган місцевого самоврядування (Концесієдавець): - утворює конкурсну комісію, затверджує її склад та порядок роботи; (відповідно до постанови КМУ № 642 від 12.04.2000)		2-ий	Відповідний уповноважений орган місцевого самоврядування: - на підставі пропозиції проводить аналіз ефективності здійснення державно-приватного партнерства та виявлення можливих ризиків (відповідно до Постанови КМУ від 11.04.2011 № 384 на Наказу Мінекономрозвитку від 27.02.2012 № 255)
3-ий	Конкурсна комісія: - визначає відповідно до законодавства строки проведення конкурсу; - розробляє умови конкурсу, конкурсну документацію та проект інформаційного оголошення про проведення конкурсу і подає їх концесієдавцю на затвердження		3-ий	Відповідна рада: затверджує висновок про результати проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства і приймає рішення про проведення конкурсу; - утворює комісію з питань проведення конкурсу
4-ий	Концесієдавець: - затверджує подані умови концесійного конкурсу та конкурсну документацію - оголошує концесійний конкурс		4-ий	Конкурсна комісія: - розробляє конкурсну документацію, пропозиції щодо критеріїв проведення оцінки конкурсних пропозицій та зважених коефіцієнтів за кожним таким критерієм, проект оголошення про проведення конкурсу та подає їх відповідній раді на затвердження
5-ий	Конкурсна комісія: - реєструє заявки на участь у конкурсі - забезпечує претендентів необхідною інформацією (документами) для підготовки пропозицій для участі у концесійному конкурсі та надає претендентам роз'яснення щодо конкурсної документації - розглядає пропозиції претендентів концесійного конкурсу, визначає їх відповідність умовам конкурсу - готує висновки щодо визначення		5-ий	Відповідна рада: - затверджує конкурсну документацію, критерії проведення оцінки конкурсних пропозицій та зважені коефіцієнти за кожним таким критерієм, проект оголошення про проведення конкурсу - опубліковує оголошення про проведення конкурсу

	найкращих умов здійснення концесії, запропонованих учасниками конкурсу - готує висновки про визначення переможця концесійного конкурсу.			
6-ий	Концесіодавець: - на підставі висновків конкурсної комісії приймає рішення про надання концесії та переможця концесійного конкурсу - доручає конкурсній комісії повідомити переможця про результати конкурсу		6-ий	Конкурсна комісія: - реєструє заявки на участь у конкурсі та конкурсні пропозиції - забезпечує претендентів на участь у конкурсі (далі - претенденти) необхідною інформацією (документами) про участь у конкурсі та надає відповідні роз'яснення з питань підготовки конкурсної пропозиції - розглядає заявки та конкурсні пропозиції учасників конкурсу, визначає їх відповідність умовам конкурсу - проводить оцінку конкурсних пропозицій та визначає переможця конкурсу - подає органу управління протокол комісії про визначення переможця конкурсу для затвердження його результатів
7-ий	Концесіодавець та переможець конкурсу узгоджують кінцевий варіант концесійного договору та підписують його. Концесіодавець у триденний строк після підписання сторонами тексту договору повідомляє про укладення такого договору Фонд державного майна, який веде реєстр концесійних договорів.		7-ий	Відповідна рада: - укладає з переможцем конкурсу договір про спільну діяльність

Якщо законодавством, що регулює відносини, які виникають у процесі укладення договорів, не визначений інший порядок проведення конкурсу, під час прийняття рішення про проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення ДПП визначаються:

- строк здійснення державно-приватного партнерства, форма його реалізації та основні етапи;
- державний партнер та об'єкти державно-приватного партнерства;
- обсяг та форми фінансової участі державного партнера у здійсненні державно-приватного партнерства;
- граничний строк подання заявок на участь у конкурсі;
- граничний строк проведення конкурсу з визначення приватного партнера;
- основні кваліфікаційні вимоги до учасників конкурсу;
- основні критерії визначення переможця конкурсу.

Орган, що проводив конкурс, зобов'язаний у 10-денний строк з дня визначення переможця конкурсу оприлюднити інформацію та вмотивовані роз'яснення щодо підстав визначення переможця та відхилення пропозицій інших учасників.

Укладення договору в рамках ДПП здійснюється органом, який прийняв рішення про здійснення ДПП з переможцем конкурсу на умовах, встановлених конкурсом з визначення приватного партнера.

Істотні умови договору визначаються постановою КМ від 11.04. 2011 р. N 384:

- найменування державного партнера та об'єкта державно-приватного партнерства;
- зобов'язання сторін, в тому числі обсяг і форма фінансової участі державного та приватного партнерів у здійсненні зазначеного партнерства;
- перелік, обсяги і строки виконання передбачених договором робіт;
- вимоги до якості товарів, робіт послуг, що виконуються згідно з договором;
- розподіл ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства між партнерами та форми управління такими ризиками;
- порядок та умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою для здійснення державно-приватного партнерства (у разі необхідності);
- умови, розмір і порядок внесення платежів, якщо такі передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства;
- порядок та умови розподілу між сторонами договору про партнерство доходу та/або продукції, якщо такий розподіл передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства;
- вимоги щодо повернення після припинення дії договору про партнерство об'єкта державно-приватного партнерства та земельних ділянок, що надані для потреб, пов'язаних із здійсненням такого партнерства;
- зобов'язання щодо відшкодування витрат на проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства та/або витрат на розроблення (виготовлення) землепорядної документації, її експертизи та інших витрат, пов'язаних з підготовкою до конкурсу (якщо це передбачено умовами конкурсу);
- умови внесення змін до договору про партнерство;
- відповідальність сторін за його невиконання;
- порядок розгляду спорів;
- строк дії договору про партнерство, дата, місце підписання та порядок набрання ним чинності;
- інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін необхідно досягти згоди.

На думку експертів істотні умови договору ДПП відповідно до вищезгаданої Постанови (Порядку) є досить численними, якщо їх порівнювати із загальними вимогами до мінімальної кількості таких умов господарського договору (предмет, ціна, строк дії, умови, визнані істотними за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода (ч. 2 ст. 180 Господарського Кодексу) і цивільного договору (умови про предмет, визначені законом як істотні або необхідні, а також ті, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнута згоди (абз. 2 ч. 1 ст. 638 Цивільного Кодексу). Це означає, що в цьому випадку має місце «перевищення повноважень» органом, що видав зазначений Порядок: вимоги до договорів ДПП мають установлюватися на рівні закону (в нашому випадку – Закону про ДПП).

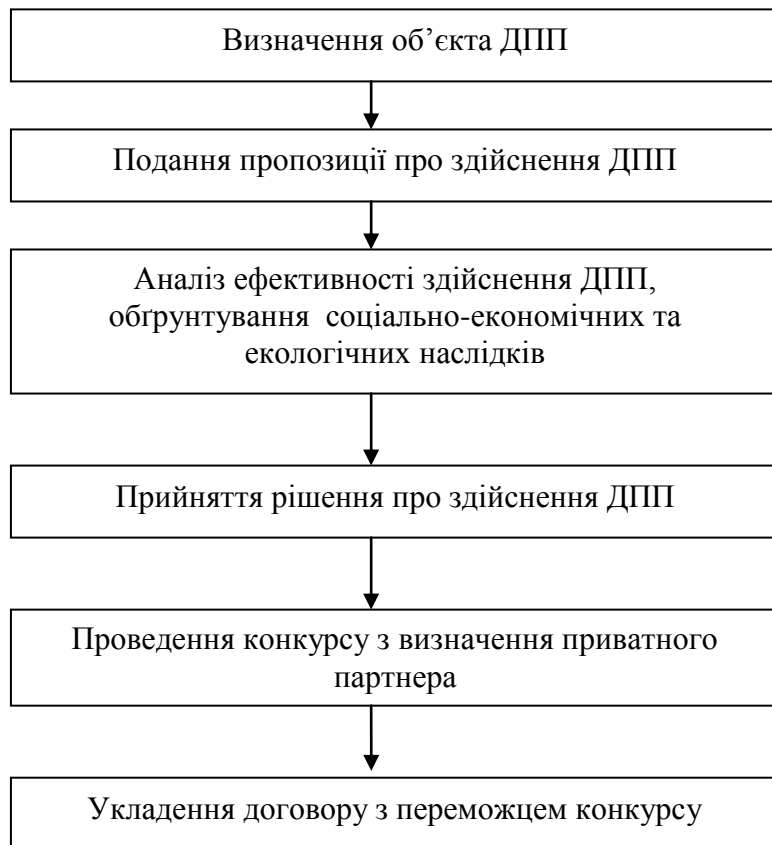


Рис. 1.2.5. Порядок здійснення державно-приватного партнерства

Порядок здійснення ДПП (див. рис. 1.2.5) є зарегульованим і вимагає спрощення, зокрема через використання електронного документообігу. Недоліки, які властиві Закону «Про державно-приватне партнерство» негативно відбиваються на зацікавленості приватних партнерів будувати партнерські відносини з державою у сфері надання суспільних послуг.

Закон передбачає *можливість* підтримки здійснення державно-приватного партнерства шляхом:

- надання державних гарантій та гарантій місцевого самоврядування;
- фінансування за рахунок коштів державного чи місцевих бюджетів та інших джерел згідно із загальнодержавними та місцевими програмами;
- в інших формах, передбачених законодавством.

Рішення про надання державної підтримки здійснення ДПП приймається залежно від права власності на об'єкт ДПП.

Порядок надання державної підтримки регулюється Постановою Кабінету Міністрів від 17.03.2011 № 279. *Згідно із встановленим порядком питання надання державної підтримки вирішується після укладення договору про здійснення ДПП. Отже, якщо приватним партнером укладено договір з розрахунку отримати державну підтримку, у разі відмови в її наданні, виконання зобов'язань за договором може виявитися збитковим, а затрачені кошти можуть не повернутися.*

Проблемним є питання наявності бюджетних коштів на державну підтримку здійснення ДПП. Враховуючи, що бюджетне фінансування державних та місцевих програм

визначається щорічно, можливим є скорочення суми підтримки або взагалі її відсутність.

Крім всього іншого закон передбачає можливість а не обов'язковість підтримки здійснення ДПП, що по суті є декларацією, а не реально діючою нормою.

Гарантії прав приватних партнерів включає наступне:

- гарантії додержання встановлених законодавством умов для провадження діяльності приватних партнерів, пов'язаної з виконанням договорів, укладених а рамках ДПП, додержання прав і законних інтересів приватних партнерів;
- невтручання державних органів та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб в діяльність приватних партнерів, пов'язану із здійсненням ДПП;
- право на відшкодування втрат приватного партнера у разі, якщо ціни (тарифи) на послуги, що надаються у процесі здійснення державно-приватного партнерства, встановлені в розмірі, нижчому від розміру економічно обґрунтованих витрат на їх виробництво (надання) *у порядку встановленому законодавством*;
- компенсацію протягом строку дії договору витрат приватного партнера на здійснення інвестицій через включення останніх в ціну (тарифи) за умови якщо такі ціни (тарифи) підлягають державному регулюванню та якщо інше не передбачено договором;
- до прав і обов'язків сторін, визначених договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, протягом строку його дії застосовується законодавство України, чинне на день його укладення – поширюється лише на зміни цивільного і господарського законодавства, що регулює майнові права та обов'язки сторін;
- у разі прийняття державними органами або органами місцевого самоврядування рішень, що порушують права приватних партнерів, збитки, завдані їм внаслідок прийняття таких рішень, підлягають відшкодуванню в повному обсязі; 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, *у порядку, встановленому законодавством.*

Законом передбачається можливість приватного партнера користуватися земельною ділянкою на строк встановлений договором. При цьому проекти землеустрою та інша документація із землеустрою розробляється на замовлення державного партнера відповідними органами. Фінансування робіт з розроблення (виготовлення) землепорядної документації та її експертизи здійснюється за рахунок відповідних бюджетів чи за рахунок коштів особи, яка подала пропозицію про здійснення державно-приватного партнерства. При цьому така особа не отримує якихось переваг у конкурсі з визначення приватного партнера, проте їй передбачається відшкодування затрачених сум.

У разі якщо у договорі про державно-приватне партнерство передбачається надання в користування (експлуатацію) та/або управління ліній електропередачі, зв'язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій, щодо прокладання та експлуатації яких встановлено сервітут, такий сервітут може здійснюватися від імені державного партнера приватним партнером.

Оцінювання законодавчих норм гарантії прав приватних партнерів доводить наступне:

по-перше, ряду законодавчо встановленим гарантіям властива декларативність, що проявляється у посиланні на «порядок, встановлений законодавством»;

по-друге, для реалізації окремих гарантій відсутні механізми їх реалізації – це стосується, зокрема, компенсації збитків, спричинених органом влади, органом місцевого

самоврядування, їх посадовими особами;

по-третє, закон припускає незмінність умов цивільного і господарського законодавства, що регулює лише майнові права та обов'язки сторін; проте на результати діяльності приватного партнера в основному будуть впливати умови, які визначені іншими законодавчими нормами, а саме «податковим, валютним, митним законодавством, законодавством з питань ліцензування». Відповідно, результативність даної законодавчої норми є мінімальною. Вона не дозволяє здійснювати довгострокове планування, не захищає від погіршення умов господарювання і має відитовхуючий вплив на зацікавленість приватного партнера здійснювати ДПП;

по-четверте, основу гарантування прав приватного партнера, за прикладом європейських країн, повинен забезпечити ефективний судовий захист цих прав (на сьогодні судовий захист приватних партнерів вимагає поліпшення).

Контроль за виконанням договорів, укладених у рамках ДПП, здійснюють центральний орган виконавчої влади, уповноважений Кабінетом Міністрів України, інші державні органи та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи відповідно до їхніх повноважень у порядку, встановленому законом. Інформація про виконання договору ДПП надається відповідно до Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, та згідно з формою, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 09.02.2011 р. № 81.

Законодавчі положення щодо контролю за виконанням договорів є узагальненими та не конкретизують функції конкретних державних органів та органів місцевого самоврядування у даній сфері.

Законодавчі положення не передбачають громадського контролю за реалізацією договорів ДПП.

Законом також визначаються повноваження центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державно-приватного партнерства.

Повноваження центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державно-приватного партнерства (Мінекономрозвитку):

- організація перевірки виконання договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства;
- підготовка пропозицій щодо забезпечення формування та реалізації державної політики у сфері державно-приватного партнерства;
- проведення моніторингу ефективності діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері державно-приватного партнерства;
- розроблення концепцій та проектів державних цільових програм щодо сприяння розширенню державно-приватного партнерства, вжиття заходів для їх виконання;
- сприяння захисту законних прав та інтересів державних і приватних партнерів у процесі здійснення державно-приватного партнерства;
- сприяння досудовому врегулюванню спорів між державними та приватними партнерами;
- проведення моніторингу, узагальнення та оприлюднення в установленому порядку результатів здійснення державно-приватного партнерства, у тому числі здійснення оцінки та моніторингу загального рівня ризиків державного партнера в договорах, укладених у рамках державно-приватного партнерства;
- проведення моніторингу дотримання вимог законодавства у сфері державно-приватного партнерства, у тому числі під час проведення конкурсів з визначення приватного партнера;
- проведення в межах своїх повноважень інформаційно-роз'яснювальної і консультативної роботи;
- участь в організації навчання і підвищення кваліфікації фахівців у сфері державно-приватного партнерства;
- ведення обліку договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства;
- подання позовів про розірвання договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства, об'єктами яких є об'єкти державної власності, у разі порушення приватними партнерами умов таких договорів;

- здійснення інших повноважень, передбачених законом.

Положення Закону «Про державно-приватні партнерства» конкретизуються рядом підзаконних актів.

Постановою КМ України від 11.04.2011 № 384 «[Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства](#)» затверджено «Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим» та «Порядок проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства».

Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим регулює наступні питання:

- загальні положення: сутність порядку, мета проведення конкурсу, організаційне забезпечення конкурсу, зміст рішення про проведення конкурсу, істотні умови договору, етапи проведення конкурсу (див. рис. 1.2.6);



Рис. 1.2.6. Етапи проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства

- конкурсна комісія: утворення і склад конкурсної комісії, повноваження комісії, організація роботи конкурсної комісії;
- конкурсна документація: склад конкурсної документації, зміст інструкції для претендентів, умови проведення конкурсу, види кваліфікаційних вимог до учасників конкурсу, умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою;
- оголошення конкурсу: умови оприлюднення оголошення, зміст оголошення;
- порядок подання заявок на участь у конкурсі та конкурсних пропозицій: зміст заявки та документів, що представляються на участь у конкурсі, умови подання заявок,

умови допуску до участі в конкурсі за результатами попереднього відбору, доступ учасників до розширеної інформації про об'єкт державно-приватного партнерства, зміст конкурсної пропозиції;

- порядок проведення оцінки конкурсних пропозицій та визначення переможця конкурсу: порядок ознайомлення з конкурсними пропозиціями, критерії оцінки конкурсних пропозицій (див. табл.1.2.13), методологія визначення переможця, оформлення протоколу щодо визначення переможця то його зміст, затвердження протоколу, умови оприлюднення протоколу, укладання договору.

Таблиця 1.2.13

Критерії проведення оцінки конкурсних пропозицій

Функціональне призначення критеріїв	Критерії
Технічна та інженерно-конструкторська оцінка	<ul style="list-style-type: none"> – технічне обґрунтування конкурсної пропозиції; – можливість реалізації у визначені строки запропонованої конкурсної пропозиції; – рівень кваліфікації учасника; – якість виконання робіт та надання послуг; – використання вітчизняних сировини, матеріалів, технологій, техніки та обладнання вітчизняного виробництва; – залучення інновацій та енергозберігаючих технологій під час виконання договору про партнерство.
Фінансова та комерційна оцінка	<ul style="list-style-type: none"> – сума платежів, зборів, що сплачуватиметься під час виконання договору про партнерство на користь приватного партнера; – форми фінансової участі державного та приватного партнерів, сума платежів, що сплачуватиметься державним партнером на користь приватного партнера, якщо це передбачається умовами договору; – витрати на виконання проектно-конструкторських та будівельних робіт, щорічні витрати на експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування; – обсяг державної підтримки, якщо надання такої підтримки передбачається в конкурсній пропозиції; – надійність запропонованих механізмів фінансування виконання договору державно-приватного партнерства; – обсяг інвестицій, у т.ч. власних або залучених, що здійснюватимуться учасником конкурсу, строк окупності та рентабельність об'єкта.
Екологічна та соціальна оцінка	<ul style="list-style-type: none"> – відповідність здійснення державно-приватного партнерства екологічним нормам та стандартам; – екологічні наслідки здійснення державно-приватного партнерства; – використання під час здійснення державно-приватного партнерства праці громадян України; – рівень заробітної плати та соціального забезпечення найманих працівників; – вплив на рівень соціально-економічного розвитку адміністративно-територіальної одиниці, регіону.
Відповідність законодавчим нормам	<ul style="list-style-type: none"> – відповідність конкурсної пропозиції вимогам
Інші критерії, що впливають із умов та виду договору про партнерство	

Методика оцінювання конкурсної пропозиції базується на застосуванні бальної оцінки (кожному критерію присвоюється зважений коефіцієнт від 0 – мінімальне значення до 1-максимальне значення). Сума зважених коефіцієнтів за критеріями одного виду дорівнює 1.

За результатами конкурсу комісія складає протокол, який подає на затвердження органу управління. У разі визначення переможця до протоколу додаються відомості про оцінювання та звіт про оцінювання. Протокол комісії оприлюднюється на сайті органу управління не пізніше ніж через три дні після його затвердження (на затвердження відводиться доба). Примірник затвердженого протоколу надсилається переможцю, Міністерству, учасникам конкурсу.

Зміст протоколу конкурсної комісії:

- відомості про учасників конкурсу;
- істотні умови договору;
- конкурсні пропозиції його учасників;
- кількість балів, що набрали учасники конкурсу під час проведення оцінки конкурсних пропозицій;
- обґрунтування вибору переможця конкурсу та/або відхилення всіх конкурсних пропозицій;
- відомості про переможця конкурсу або закінчення конкурсу без визначення переможця, або про оголошення конкурсу таким, що не відбувся;
- адреса веб-сторінки органу управління, на якій розміщені відомості про проведення конкурсу.

Копія укладеного з переможцем конкурсу договору надсилається Міністерству, яке веде облік договорів та оприлюднює на власному сайті.

Порядок проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства включає наступні базові положення:

- пропозиція щодо здійснення ДПП подається за затвердженою законодавством формою разом з техніко-економічним обґрунтуванням у 3-х примірниках у паперовій та електронній формі;
- орган управління розглядає пропозицію протягом 25 днів після надходження, на підставі техніко-економічного обґрунтування проводить аналіз ефективності відповідно до затвердженої методики та готує висновок;
- висновок про результати проведення аналізу ефективності затверджується органом управління та є підставою для прийняття рішення про проведення конкурсу з визначення приватного партнера, крім випадків, коли об'єктом державно-приватного партнерства є об'єкти державної власності або для здійснення такого партнерства передбачається надання державної підтримки;
- відмова у розгляді пропозиції приймається при виявленні визначених порядком невідповідностей та надсилається особі, яка подала пропозицію в день її прийняття;
- якщо об'єктом державно-приватного партнерства є об'єкти державної власності або для здійснення такого партнерства передбачається надання державної підтримки орган управління протягом 3-х днів надсилає висновок про результати проведення аналізу ефективності разом з техніко-економічним обґрунтуванням, на погодження Міністерству, а також Мінфіну для подання пропозицій стосовно можливих фінансових ризиків та доцільності надання державної підтримки;
- Міністерство погоджує висновок на основі висновку Мінфіну та надсилає органу управління; зазначений висновок є підставою для підготовки рішення про проведення конкурсу;
- результати проведення аналізу ефективності включаються до умов проведення конкурсу з визначення приватного партнера, а висновок про результати проведення аналізу ефективності – до конкурсної документації.

Форма техніко-економічного обґрунтування здійснення державно-приватного партнерства та Методика проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства затверджені наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України №255 від 27.02.2012р. Дані документи побудовані згідно з вимогами проектного управління та забезпечують системний комплексний підхід до оцінювання здійснення державно-приватного партнерства.

Змістом форми техніко-економічного обґрунтування здійснення державно-приватного партнерства передбачається розробка таких частин:

- резюме, загальна характеристика здійснення державно-приватного партнерства;
- соціально-економічна оцінка здійснення ДПП;
- фінансова оцінка;
- оцінка ризиків здійснення ДПП;
- форма здійснення ДПП, істотні умови договору;
- висновки.

Методика проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства (проводиться ініціатором ДПП) передбачає поетапний підхід до оцінювання – рекомендується 6 етапів (їх характеристика наведена в табл.1.2.14.

Таблиця 1.2.14

Зміст етапів проведення аналізу ефективності здійснення ДПП

Порядковий номер етапу	Зміст етапу
1	1.1. Аналіз загальних характеристик ДПП. 1.2. Аналіз ринкового середовища ДПП. 1.3. Аналіз системи управління ДПП. 1.4. Аналіз соціально-економічних результатів ДПП. 1.5. Аналіз екологічних наслідків та впливу здійснення ДПП на навколишнє природне середовище. 1.6. Результати 1-го етапу аналізу ефективності здійснення ДПП.
2	2.1 Аналіз альтернативних варіантів досягнення мети ДПП. 2.2 Фінансовий аналіз ДПП. 2.3 Результати 2-го етапу аналізу ефективності здійснення ДПП.
3	3.1 Аналіз ризиків здійснення ДПП. 3.2 Результати 3-го етапу аналізу ефективності здійснення ДПП.
4	4.1 Аналіз форми здійснення ДПП. 4.2 Результати 4-го етапу аналізу ефективності здійснення ДПП.
5	Підготовка висновку про результати проведення аналізу ефективності здійснення ДПП.

Фахове проведення оцінювання ДПП вимагає від оцінювачів, а ними переважно виступають службовці органів влади, знань, вмінь та досвіду у сфері прогнозування та проектного аналізу. На сьогодні рівень володіння проектними розрахунками та вміння за їх аналізом робити зважені висновки представниками більшості органів влади, особливо на місцях, є недостатнім і вимагає залучення додаткових компетенцій. Такі компетенції властиві консалтинговим фірмам, які спеціалізуються на управлінні проектами і повинні забезпечувати консультативну підтримку проектних рішень щодо ДПП.

Методика виявлення ризиків, пов'язаних з державно - приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними (затверджена постановою КМ від 16.02.2011 № 232) застосовується під час проведення аналізу ефективності державно-приватного

партнерства, прийняття рішень про його здійснення, розподіл ризиків між державним і приватним партнерами, укладення договору між ними. Відповідно до методики оцінювання ризиків передбачає визначення ступеня ймовірності їх виникнення, можливих негативних наслідків, рівня загрози виникнення ризику, що може вплинути на виконання умов договору та обсяг можливих збитків. Рекомендовані методи оцінювання забезпечують системний підхід до оцінювання. Запропонована методикою оцінка використовується є складовим елементом управління ризиками в системі договірних відносин між сторонами ДПП.

Принципи розподілу ризиків:

- справедливий розподіл ризиків між державним і приватним партнерами;
- урахування особливостей виконання договору;
- урахування можливостей партнера щодо проведення оцінки та здійснення контролю за виникненням ризиків і їх впливом на виконання умов договору, своєчасного здійснення заходів для управління ними.

Методикою рекомендуються заходи для зменшення ймовірності настання ризиків та заходи по ліквідації наслідків настання ризиків. Наведені заходи мають узагальнений характер і за своєю суттю є адаптованими до ДПП теоретичними положенням. Їх застосування на практиці вимагатиме оцінювання конкретних ситуацій та ресурсних можливостей.

Заходи для ліквідації наслідків виникнення ризиків:

- надання державної підтримки;
- використання державним або приватним партнером додаткових коштів, необхідних для виконання умов договору, в обсязі, який визначається та погоджується партнерами;
- звільнення партнера від установленої договором відповідальності за невиконання або неналежне виконання його умов, якщо воно зумовлене виникненням ризику;
- припинення виконання партнерами певної умови договору;
- перегляд умов договору у зв'язку з виникненням ризику, зокрема продовження строку його дії;
- розірвання договору одним з партнерів з одночасним урегулюванням питання щодо відшкодування пов'язаних з цим збитків;
- зміна передбаченої договором тарифної політики щодо товарів, які виготовляються, робіт, які виконуються, та послуг, що надаються партнерами;
- передача окремих прав третім особам, у тому числі кредиторам, згідно з умовами договору, погодженими партнерами;
- страхування від невиконання або неналежного виконання відповідним партнером умов договору внаслідок виникнення ризику.

Партнери можуть здійснювати також інші не заборонені законодавством заходи.

Результати оцінювання ризиків представляються у формі звіту.

Порядок надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства (затверджено постановою КМ від 17.03.2011 № 279) визначає процедурні аспекти її отримання. Ним регламентуються умови надання державної підтримки, перелік документів, необхідних для отримання рішення про призначення державної підтримки, порядок прийняття та їх розгляду уповноваженими органами.

Державна підтримка надається як урахуванням:

- 1) актуальності та соціальної спрямованості заходів (програм), що здійснюються під час виконання договорів державно-приватного партнерства;
- 2) співвідношення витрат та очікуваного результату від здійснення заходів (програм);
- 3) результатів аналізу ефективності використання бюджетних коштів;
- 4) детальності техніко-економічних розрахунків і обґрунтування обсягу та форми надання державної підтримки;
- 5) інноваційності заходів (програм);

- | |
|--|
| <p>6) можливого негативного впливу на стан навколишнього природного середовища внаслідок виконання договорів державно-приватного партнерства;</p> <p>7) наявності кадрового, матеріально-технічного та методичного забезпечення для виконання договорів державно-приватного партнерства.</p> |
|--|

Застосування даного порядку на практиці обмежується фінансовими можливостями бюджетного фінансування проектів та програм державно-приватного партнерства, які конкретизуються щорічними бюджетами і можуть бути суттєво меншими, ніж на це розраховує приватний партнер. Крім того, державна підтримка надається після укладення договору. Відповідно, вона, як правило, не є зобов'язанням державного партнера, а тому форми та обсяг такої підтримки є не прогнозованими або взагалі вона може бути відсутня. В результаті, проект державно-приватного партнерства за яким враховувалася певна сума державної допомоги, може таїти в собі певні ризики, які суттєво можуть зменшити суму очікуваних вигід приватного партнера. Крім всього іншого процедура надання державної підтримки є тривалою, вимагає значних зусиль по підготовці документів та організації їх обороту – за відсутності коштів ці зусилля можуть біти марними.

Порядок надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно - приватного партнерства (затверджено постановою КМ від 9.02.2011 № 81) покликаний забезпечити систематичний зворотній зв'язок між державою та приватним партнером. Порядок зобов'язує приватного партнера щоквартально та за результатами року представляти в електронній та письмовій формі звіти про виконання договору та копії податкових декларацій з відповідними відмітками фіскальної служби. Затверджена форма звіту передбачає подання інформації по більше, ніж 8-и фінансово-економічних показниках за результатами сукупної господарської діяльності та більше ніж по 25 показниках по діяльності, яка здійснюється відповідно до договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства. Порядком визначаються також кінцеві терміни представлення інформації державному партнеру та ним, відповідно, уповноваженому органіві.

Рекомендований порядок передбачає додаткові навантаження на менеджмент приватного партнера з тим, щоб держава мала можливість моніторингу виконання відповідних договорів. Як наслідок, доповнюється список чинників, які протидіють зацікавленості приватних партнерів в участі у ДПП. Доцільним є його спрощення в плані скорочення кількості параметрів, які підлягають моніторингу, використання для звітування виключно режиму електронного документообігу, перегляду частоти подання звітних даних.

Закон України «Про концесії» конкретизує положення Закону «Про державно-приватне партнерство» у разі, якщо у рамках здійснення державно-приватного партнерства укладається договір про концесію. Обидва закони узгоджуються за базовими положеннями, хоча між ними є ряд нестыковок та суперечностей, про що відмічалось вище. Їх наявність дозволяє сторонам концесійних відносин оминати деякі позиції законодавства що в загальному регулюють здійснення ДПП. Перш за все це стосується аналізу ефективності та техніко-економічного обґрунтування здійснення ДПП. Це означає, що кожен із названих законів діє відносно самостійно, хоча і стосується регулювання концесійних відносин. Правда, сфера регулювання Закону «Про державно-приватне партнерство» є ширшою, оскільки під його дію попадають не тільки концесійні, а й інші договірні відносини.

Зміст закону «Про концесії» за більшістю положень повторює зміст закону «Про державно-приватне партнерство», проте кожен із них є відносно самостійним і регулює сфери, які не врегульовані іншим законом.

Відповідно до Закону «Про концесії» конкретизується поняття співробітництва між державними та приватними партнерами у даній сфері, а саме концесія трактується, як

«надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній чи фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії (строкове платне володіння), за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об'єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику».

Принципи концесійної діяльності показані табл. 1.2.15. (в таблиці похилим текстом виділено принципи, які співпадають згідно з ЗУ «Про концесію» та «Про державно-приватне партнерство»)

Таблиця 1.2.15

Принципи партнерської діяльності за законами «Про концесію» та «Про державно-приватне партнерство»

ЗУ «Про концесію»	ЗУ «Про державно-приватне партнерство»
<ul style="list-style-type: none"> – законність здійснення концесійної діяльності; – державне регулювання концесійної діяльності та контроль за її здійсненням; – здійснення концесійної діяльності на підставі концесійного договору; – вибір концесіонерів переважно на конкурсній основі; – врахування особливостей надання об'єкта у концесію в окремих сферах господарської діяльності; – комплексне використання об'єкта концесії; – взаємовигода сторін у концесійному договорі; – державні гарантії капіталовкладень концесіонера; – оплатне використання об'єкта концесії; – забезпечення законних прав та інтересів споживачів товарів (робіт, послуг), що надаються концесіонером; – стабільність умов концесійних договорів; – розподіл ризиків між сторонами концесійного договору; – участь держави, органів місцевого самоврядування у частковому фінансуванні об'єктів концесії, які мають соціальне значення. 	<ul style="list-style-type: none"> – рівність перед законом державних та приватних партнерів; – заборона будь-якої дискримінації прав державних чи приватних партнерів; – узгодження інтересів державних та приватних партнерів з метою отримання взаємної вигоди; – незмінність протягом усього строку дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, цільового призначення та форми власності об'єктів, що перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим, переданих приватному партнеру; – визнання державними та приватними партнерами прав і обов'язків, передбачених законодавством України та визначених умовами договору, укладеного у рамках державно-приватного партнерства; – справедливий розподіл між державним та приватним партнерами ризиків, пов'язаних з виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства; – визначення приватного партнера на конкурсних засадах, крім випадків, встановлених законом.

Як бачимо, законодавче регулювання концесійних відносин передбачає крім засад, визначених здійсненням державно-приватного партнерства, ряд принципів, що забезпечують державне регулювання і контроль, державні гарантії капіталовкладень, участь держави у частковому фінансуванні об'єктів соціального значення, взаємовигідність сторін у концесійному договорі, тощо.

Закон «Про концесію» визначає, що в концесію надаються об'єкти державної чи комунальної власності у встановлених законом сферах(список сфер є достатньо широким – можна говорити про більші можливості порівняно з переліком, передбаченим ЗУ «Про державно-приватні партнерства») – на пленарних засіданнях відповідні місцеві ради можуть приймати

рішення щодо додаткового переліку сфер господарської діяльності. У разі передачі в концесію цілісного майнового комплексу, його активи передаються акціонеру на баланс, а саме підприємство підлягає ліквідації. Земельна ділянка, на якій розташований об'єкт концесії, повноваження щодо розпорядження якою здійснює концесіодавець, надається в оренду концесіонеру разом з об'єктом концесії на строк дії концесійного договору.

Розділ II закону «Про концесію» регулює проведення концесійного конкурсу (представлений в табл. 1.2.12). Пропозиції щодо переліку конкретних об'єктів права державної власності та комунальної власності, які можуть надаватися у концесію, затверджуються відповідно Кабінетом Міністрів та на пленарних засіданнях відповідних рад. Рішення про надання концесії на об'єкт приймає відповідно Кабінет Міністрів та уповноважений орган місцевого самоврядування. Допускається проведення конкурсу з одним претендентом.

Організація і проведення концесійного конкурсу здійснюється концесіодавцем. Заявки, документи та матеріали, подані претендентами, розглядаються протягом 45 днів з останнього дня подачі заявки. Не пізніше, ніж за 10 днів до закінчення строку розгляду заявок претенденти вправі вносити зміни до поданих пропозицій.

Переможцем концесійного конкурсу визнається претендент, який запропонував кращі умови здійснення концесії, відповідно до умов концесійного конкурсу. З переможцем конкурсу не пізніше 3-х місяців з дня опублікування результатів конкурсу укладається договір концесії.

Порядок проведення концесійного конкурсу конкретизується Положенням про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію, затвердженим постановою КМ від 12.04.2000 № 642.

Концесійний договір укладається на строк, визначений у договорі, який має бути не менше 10 років та не більше 50 років (невідповідність з ЗУ «Про державно-приватне партнерство»).

Істотні умови договору концесії:

сторони договору;
види діяльності, роботи, послуги, які здійснюються за умовами договору;
об'єкт концесії (склад і вартість майна або технічні і фінансові умови створення об'єкта концесії);
умови надання земельної ділянки, якщо вона необхідна для здійснення концесійної діяльності;
перелік видів діяльності, здійснення яких підлягає ліцензуванню;
умови встановлення, зміни цін (тарифів) на виготовлені (надані) концесіонером товари (роботи, послуги);
строк дії договору концесії, умови найму, використання праці працівників - громадян України;
умови використання вітчизняних сировини, матеріалів;
умови та обсяги поліпшення об'єкта концесії та порядок компенсації зазначених поліпшень;
умови, розмір і порядок внесення концесійних платежів;
порядок використання амортизаційних відрахувань;
відновлення об'єкта концесії та умови його повернення;
відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань, що впливають з концесійного договору;
страхування концесіонером об'єктів концесії, взятих у концесію;
порядок внесення змін та розірвання договору;
порядок вирішення спорів між сторонами;
право на отримання інформації та проведення перевірки виконання умов договору;
порядок та умови передачі, у тому числі з наданням гарантії кредиторам, прав і зобов'язань, що впливають з концесійного договору;
порядок використання об'єктів права інтелектуальної власності.

У разі здійснення діяльності, яка підлягає ліцензуванню, в істотні умови договору включається обов'язок одержання концесіонером у встановленому порядку відповідної ліцензії

Концесійний платіж вноситься концесіонером відповідно до умов концесійного договору незалежно від наслідків господарської діяльності. Допускається зменшення концесійних платежів у разі списання переданих у концесію активів та, навпаки, їх збільшення у разі передання концесіонеру нових об'єктів, створених за рахунок місцевого або державного бюджетів. Передбачено звільнення від сплати концесійних платежів за нові об'єкти основних засобів та нематеріальних активів, створених (придбаних) коштом концесіонера. У разі передачі в концесію об'єктів незавершеного будівництва або створення (будівництва) нового об'єкта, концесійні платежі вносяться з часу одержання доходу від експлуатації, але не пізніше ніж через 6-ть місяців після введення об'єкта в експлуатацію, визначеного умовами концесійного договору. Методика розрахунку концесійних платежів визначається Постановою КМ від 12.04.2000 № 639.

Про укладання концесійного договору повідомляється Фонд державного майна. Укладені концесійні договори реєструються у встановленому постановою КМ від 18 січня 2000р. №72 «Про реєстр концесійних договорів».

У разі розірвання концесійного договору, закінчення строку його дії, ліквідації концесіонера у зв'язку з визнанням його банкрутом або анулювання ліцензії на здійснення відповідного виду господарської діяльності концесіонер зобов'язаний повернути концесіодавцю об'єкт концесії на умовах, зазначених у концесійному договорі. Якщо концесіонер допустив погіршення стану об'єкта концесії або його загибель, він повинен відшкодувати концесіодавцю збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель об'єкта сталися не з його вини.

У разі поліпшення майна, отриманого в концесію, яке здійснено за рахунок коштів концесіонера, чи створення концесіонером майна на виконання умов концесійного договору концесіодавець зобов'язаний відшкодувати концесіонеру витрати, зроблені у зв'язку із зазначеними поліпшеннями, або вартість створеного майна в частині, що не була компенсована концесіонером у результаті концесійної діяльності відповідно до умов концесійного договору.

Таблиця 1.2.16

Права і обов'язки концесіодавця та концесіонера відповідно до Закону «Про концесії»

	<i>Права</i>	<i>Обов'язки</i>
КОНЦЕСІОДАВЕЦЬ	<ul style="list-style-type: none"> ✓здійснювати контроль за дотриманням концесіонером умов концесійного договору; ✓надавати виключне право на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії; ✓вимагати дострокового розірвання концесійного договору в разі порушення концесіонером його умов; ✓вимагати від концесіонера відшкодування збитків у разі погіршення стану об'єкта концесії, яке сталося з вини концесіонера. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓передати концесіонеру об'єкт концесії у стані та строки, передбачені концесійним договором; ✓надати концесіонеру своєчасно і в повному обсязі передбачені концесійним договором документи, які підтверджують право концесіонера на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії; ✓вимагати звіт про використання амортизаційних відрахувань; ✓зберігати комерційну таємницю концесіонера; ✓не втручатися у господарську діяльність концесіонера; ✓якщо для здійснення концесійної діяльності необхідна земельна ділянка, забезпечити її надання у порядку, встановленому Земельним кодексом України.

КОНЦЕСІОНЕР	<ul style="list-style-type: none"> ✓ здійснювати підприємницьку діяльність на основі створення (будівництва) та (або) управління (експлуатації) об'єкта концесії; ✓ на виключне право на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії, якщо це передбачено умовами концесійного договору; ✓ вимагати розірвання концесійного договору у разі порушення концесіодавцем умов договору і відшкодування збитків, завданих невиконанням умов договору; ✓ на продовження строку дії концесійного договору у разі виконання його умов; ✓ отримувати плату за вироблені товари (роботи, послуги) згідно з умовами концесійного договору; ✓ використовувати амортизаційні відрахування на відновлення основних фондів, отриманих у концесію; ✓ на контрактній основі залучати до виконання спеціальних робіт на об'єкті концесії третіх осіб. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ виконувати умови концесійного договору; ✓ укладати відповідно до законодавства трудові договори (контракти), як правило, з працівниками - громадянами України; ✓ використовувати на об'єкті концесії технології, матеріали, техніку вітчизняного виробництва, якщо інше не передбачено умовами договору; ✓ утримувати об'єкт концесії в належному технічному стані; ✓ після закінчення строку, на який було укладено концесійний договір, передати об'єкт концесії в належному технічному стані концесіодавцю відповідно до умов договору; ✓ укладати договори оренди землі не пізніше одного року з дня набрання чинності договором концесії. За письмовим зверненням приватного партнера цей строк може бути продовжено, але не більш як на один рік.
--------------------	--	--

Концесіонер здійснює свою діяльність у будь-якій організаційно-правовій формі.

Правовий режим майна, що надається в концесію або створюється у зв'язку з виконанням умов концесійного договору регулюється такими основними положеннями:

- передача об'єктів у концесію не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт до концесіонера та не припиняє права державної чи комунальної власності на ці об'єкти;
- концесіонеру належить право власності на прибуток, отриманий від управління (експлуатації) об'єкта концесії, а також на продукцію, отриману в результаті виконання умов концесійного договору;
- нарахування амортизації на наданий у концесію об'єкт здійснюється концесіодавцем чи уповноваженим ним органом. Про суму нарахованих амортизаційних відрахувань концесіонеру повідомляється щоквартально у встановлений договором концесії строк;
- сума концесійної плати, що підлягає сплаті концесіонером за відповідний період зменшується на суму нарахованих амортизаційних відрахувань (але не більш як на суму концесійної плати);
- концесіонер зобов'язаний суму зменшення скерувати на поліпшення об'єкта концесії у порядку і в строк, встановлені договором концесії;
- за нецільове використання коштів до концесіонера застосовуються штрафні санкції в розмірі 100 відсотків сум, використаних за нецільовим призначенням, з нарахуванням пені в розмірі 1120 відсотків облікової ставки Національного банку України;
- концесіонер має право на адекватне і ефективне відшкодування витрат, зроблених у зв'язку з поліпшенням майна, отриманого в концесію, за рахунок отриманого прибутку, якщо інше не передбачено концесійним договором;
- - ризик випадкової загибелі або пошкодження об'єкта концесії несе концесіодавець, якщо інше не встановлено концесійним договором;
- - майно, отримане концесіонером або створене відповідно до умов концесійного договору, страхується концесіонером на користь того учасника концесійного договору, який несе ризик випадкової загибелі чи пошкодження об'єкта концесії.

Законодавство визначає державні гарантії прав концесіонерів. Держава гарантує додержання встановлених актами законодавства умов для провадження концесіонерами діяльності, пов'язаної з виконанням концесійних договорів, захист їхніх прав і законних інтересів.

Зміни, що вносяться до законодавства, не повинні погіршувати умов для провадження концесіонерами діяльності з реалізації проектів на умовах концесії.

Постанова КМ «Про затвердження Порядку визначення об'єктів концесії, концесіонерам яких можуть надаватись пільги щодо концесійних платежів, дотації, компенсації, та умов їх надання» від 13.07.2000 № 1114 визначає можливість компенсації за рахунок концесіодавця втрат концесіонеру у разі експлуатації низькорентабельних або збиткових об'єктів концесії. Пільги щодо концесійних платежів, дотації, компенсації призначаються об'єктам, що мають важливе соціальне значення щодо об'єктів права державної власності Мінекономрозвитку та Мінфіном за поданням міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій; щодо об'єктів права комунальної власності - виконавчим органом відповідної ради.

Пільги щодо концесійних платежів можуть надаватись концесіонерам у разі, коли протягом останнього звітного року до укладення договору концесії діяльність об'єкта концесії, який має важливе соціальне значення, була збитковою або рівень рентабельності (відношення прибутку до собівартості) був нижчим ніж 25 відсотків від середньої за галуззю (підгалуззю).

Таблиця 1.2.17

Умови надання концесіонерам пільг та їх розмір

Умови	Розмір пільг
Сума збитків від діяльності об'єкта концесії перевищує розмір річного концесійного платежу	Відстрочка у сплаті концесійних платежів на період до 2 років
Сума збитків від діяльності об'єкта концесії менше ніж розмір річного концесійного платежу	Відстрочка у сплаті концесійного платежу на період до 1 року
Сума прибутку, отриманого концесіонером від діяльності об'єкта концесії після сплати податків та інших обов'язкових платежів, менша від розміру річних концесійних платежів	Сплата 50 відсотків розміру концесійних платежів з відстрочкою у сплаті решти платежів на період до 2 років
Сума прибутку, отриманого концесіонером від діяльності об'єкта концесії після сплати податків та інших обов'язкових платежів, перевищує розмір річних концесійних платежів	Сплата 50 відсотків розміру концесійних платежів з відстрочкою у сплаті решти платежів на період до 1 року

У окремих випадках з урахуванням загальнодержавних інтересів або інтересів регіону в максимальному забезпеченні споживачів товарами (роботами, послугами) пільги щодо концесійних платежів, дотації і компенсації можуть надаватись концесіонерам на новостворюваних низькорентабельних об'єктах концесії, якщо протягом останнього звітного року перед поданням концесіонером заяви, документів та матеріалів щодо отримання пільг, дотацій і компенсацій рентабельність діяльності об'єкта концесії була нижчою ніж 25 відсотків від середньої за галуззю (підгалуззю).

Пільги можуть бути надані на термін до 2 років або до досягнення визначених концесіодавцем техніко-економічних показників діяльності об'єкта концесії, але не більш як на 2 роки.

Положення закону «Про концесію» конкретизуються рядом постанов КМ.

Постанова «Про затвердження Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію» від 12.04.2000 № 642 регламентує процедуру організації концесійного конкурсу. За даною постановою проведення конкурсу передбачає складний багатокроковий процес, що в певній мірі стримує наміри претендентів стати концесіонерами. За умови, коли об'єкт концесії за масштабом є невеликим, доцільним би було не проводити конкурс, а опрацювати можливість концесії напряму з потенційним інвестором з детальним опрацюванням всіх аспектів та прийняти рішення у разі перевищення вигід над витратами для всіх сторін концесійних відносин.

Проведення конкурсу, крім названого положення регламентується Порядком проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим (затверджено Постановою КМ від 11.04.2011р. №384). Слід відмітити, що обидва документи не суперечать за представленими в них нормами, проте редакція ряду положень різниться, що обумовлює необхідність розробки окремого положення кожного разу, коли передається об'єкт у концесію (саме таким чином діють концесіодавці на практиці).

Таблиця 1.2.18

Приклади розбіжностей в редакції положень з утворення конкурсної комісії за Положенням про проведення концесійного конкурсу та за Порядком проведення конкурсу з визначення приватного партнера

Положення	Порядок
Голова комісії та відповідальний секретар комісії обов'язково повинні бути представниками концесіодавця	Головою комісії призначається представник органу управління
Комісія: - розробляє умови конкурсу, конкурсну документацію та проект інформаційного оголошення про проведення конкурсу і подає їх концесіодавцю на затвердження; - готує висновки щодо визначення найкращих умов здійснення концесії, запропонованих учасниками конкурсу; готує висновки про визначення переможця концесійного конкурсу; - за дорученням концесіодавця повідомляє переможця про результати конкурсу.	Комісія: - розробляє конкурсну документацію, пропозиції щодо критеріїв оцінки конкурсних пропозицій та зважених коефіцієнтів за кожним таким критерієм, проект оголошення про проведення конкурсу та подає їх органіві управління на затвердження; - подає органіві управління протокол комісії про визначення переможця конкурсу для затвердження його результатів; - письмово повідомляє учасників конкурсу про його результати.
Засідання комісії є закритими.	Засідання комісії є відкритими, крім засідань, на яких проводиться оцінка конкурсних пропозицій та визначення переможця конкурсу.

Регламентована Положенням процедура передбачає наступний порядок дій:

- 1-ий крок: прийняття Концесіодавцем рішення про надання об'єкта в концесію;
- 2-ий крок – утворення конкурсної комісії;
- 3-ій крок – підготовка конкурсної документації. Склад конкурсної документації містить: інструкцію для претендентів, проект концесійного договору, інші документи (за рішенням концесіодавця).

Інструкція для претендентів повинна містити інформацію і вимоги щодо умов конкурсу, порядку його проведення, розроблення, оформлення і подання пропозицій, а у разі потреби – інформацію щодо об'єкта концесії, що повинна міститися у заяві для надання згоди органу Антимонопольного комітету на отримання об'єкта в концесію.

В склад документації щодо проведення конкурсу пропозицій входить:

- запрошення для участі у конкурсі пропозицій;
- пропозиція;
- пояснювальна записка до пропозиції.

4-ий крок – оголошення концесійного конкурсу. Інформація про оголошення концесійного конкурсу публікується в газетах «Урядовий кур'єр» та «Голос України» або у друкованому засобі масової інформації відповідного органу місцевого самоврядування (згідно з Порядком проведення конкурсу з визначення приватного партнера на власному веб-сайті органу управління та Міністерства).

Інформація про оголошення концесійного конкурсу та його умови повинна містити наступні відомості:

- ✓ орган, який надає концесію;
- ✓ об'єкт концесії (найменування, характеристики, тощо);
- ✓ розмір реєстраційного внеску;
- ✓ строк, на який надається концесія;
- ✓ строк, до якого подаються заявки на участь у концесійному конкурсі та конкурсна документація;
- ✓ строк, протягом якого оголошуються результати концесійного конкурсу;
- ✓ комісія, до якої слід звертатися з метою отримання додаткової інформації.

5-ий крок – подання заявок претендентів. Заявки на участь у концесійному конкурсі та пропозиції подаються протягом 60 календарних днів з дня оголошення конкурсу і розглядаються протягом 45 календарних днів з останнього дня їх подачі.

Перелік документів, які подаються претендентом на участь у концесійному конкурсі:

- ✓ заявка за встановленою формою;
- ✓ засвідчені в установленому порядку копії статуту або інших установчих документів, свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності;
- ✓ дані, які підтверджують можливість претендента забезпечити належне фінансування своєї концесійної діяльності;
- ✓ баланс підприємства (форма 1) - для резидентів;
- ✓ звіт про фінансові результати та їх використання (форма 2) - для резидентів;
- ✓ звіт про фінансово-майновий стан підприємства (форма 3) - для резидентів;
- ✓ розшифровка дебіторської та кредиторської заборгованості з позначенням дати їх виникнення;
- ✓ відомості щодо наявності досвіду та можливості технологічного і організаційного забезпечення такої діяльності.

Подання заявок та документів, які додаються до неї, завершується її реєстрацією у порядку, визначеному концесієдавцем, та її скеруванням останньому для прийняття рішення про допущення (недопущення) претендента до участі в конкурсі.

6-ий крок: організація та проведення конкурсу. Конкурс проводиться в один етап, за результатами якого комісія готує висновки концесієдавцю для визначення переможця.

Переможцем концесійного конкурсу визнається претендент, який запропонував найкращі умови здійснення концесії, відповідно до умов концесійного конкурсу.

Критерії визначення переможця концесійного конкурсу:

- ✓ надійність концесіонера, серйозність його намірів і намірів його партнерів;
- ✓ найбільш вигідна та надійна схема фінансування проекту (на стадіях будівництва або реконструкції об'єкта концесії);
- ✓ найбільша частка власних коштів, що вкладаються претендентом у фінансування об'єкта концесії;
- ✓ розмір витрат з експлуатації об'єкта концесії, який забезпечує оптимальну прибутковість від експлуатації об'єкта концесії, його самокупність;
- ✓ найкоротші строки окупності об'єкта концесії, надходження прибутків;
- ✓ найкоротші строки будівництва або реконструкції об'єкта концесії;
- ✓ найкращі умови використання об'єкта концесії для надання послуг щодо задоволення громадських потреб;
- ✓ максимальне використання у концесійній діяльності працівників - громадян України, в тому числі звільнених у зв'язку з ліквідацією державного або комунального підприємства, майно якого надано у концесію.

Рішення щодо визначення переможця концесійного конкурсу приймається більшістю голосів присутніх на засіданні членів комісії. За результатами конкурсу складається протокол, який підписується всіма членами комісії і не пізніше ніж через три дні після підписання надсилається концесієдавцю для прийняття рішення про переможця концесійного конкурсу.

7-ий крок - прийняття рішення. На підставі висновків комісії концесієдавець приймає рішення про переможця концесійного конкурсу у тижневий строк з моменту подання протоколу комісії. За дорученням концесієдавця комісія у п'ятиденний строк повідомляє переможця конкурсу про прийняте рішення і надсилає запрошення для узгодження кінцевого варіанта концесійного договору та його підписання. У випадках, передбачених законодавством, переможець конкурсу протягом 50 календарних днів з дня повідомлення про визначення його переможцем конкурсу зобов'язаний надати документ про згоду органу Антимонопольного комітету на отримання концесії.

8-ий крок – укладення договору. Підписання концесійного договору здійснюється концесієдавцем і переможцем концесійного конкурсу в тижневий строк після узгодження проекту концесійного договору та укладення договору оренди землі.

Концесійний договір вважається укладеним з дня досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору. Концесієдавець у триденний строк після підписання сторонами тексту договору повідомляє про укладення такого договору Фонд державного майна, який веде реєстр концесійних договорів. Концесійний договір вступає в силу з моменту його підписання.

Проблемними питаннями правового регулювання організації та проведення концесійного конкурсу є наступні аспекти. По-перше, законодавче регулювання, не дивлячись на наявність ряду нормативних підзаконних актів з даної проблеми, не врегулює всі практичні аспекти проведення конкурсу. Тому при організації конкурсу концесієдавці вимушені розробляти свої правові акти, які конкретизують організацію та проведення конкурсу щодо конкретного об'єкта концесії. Як підтверджує практичний досвід, вимагається прийняття концесієдавцем нормативного акту, що визначає засади проведення концесійних конкурсів на об'єкти права власності, яким слід регламентувати діяльність конкурсних комісій з проведення концесійних конкурсів на об'єкти права власності, порядок оголошення та проведення таких конкурсів, порядок подання, розгляду заявок на участь у концесійному конкурсі та визначення претендентів, порядок організації та проведення конкурсу пропозицій і оголошення переможця концесійного конкурсу та порядок укладання концесійних договорів

на означені об'єкти власності. Другим необхідним документом є акт, який регламентує оголошення конкурсу на об'єкт власності, який надається в концесію, за яким визначається інструкція для претендентів, які бажають приймати участь у концесійному конкурсі, конкретні концесійні умови щодо означеного(их) об'єкту(ів), вимоги до оформлення пропозицій претендентів, критерії і методика оцінки поданих пропозицій та проект концесійного договору на означені об'єкти власності.

По-друге, передумовою підготовки проекту конкурсної документації є організаційно-технічна підготовка об'єкта до надання в концесію, що включає його інвентаризацію, експертне оцінювання та інші дії по його підготовці до передачі в концесію. Цей аспект не опрацьований законодавством і вимагає врегулювання зі сторони концесієдавця.

По-третє, сама процедура проведення концесійного конкурсу є тривалою та складною, вимагає ряду погоджень, підготовки різних документів, їх засвідчення, тощо, що несприятливо впливає на зацікавленість інвесторів. В цій сфері вимагається спрощення процедури, яке дозволяє здійснити електронний обмін документів та відкритий доступ до баз даних реєстрації.

По четверте, у разі передачі в концесію об'єктів, експлуатація яких передбачає обов'язкове ліцензування, виникає ситуація, коли у концесіонера, якому на баланс передане майно, відсутня відповідна ліцензія. Це унеможливує надання концесіонером послуг і, відповідно, вимагає певних управлінських дій зі сторони учасників концесійних відносин. На практиці ця проблема розв'язується шляхом укладення між концесіонером та підприємством, яке до цього надавало послуги, договору на експлуатацію майна, переданого у концесію. Такий договір дозволяє підприємству, власнику ліцензії, експлуатувати відповідне майно без прийняття його на баланс і отримувати плату за надані послуги. За рахунок такої оплати проводиться перерахування коштів на рахунок концесієдавця, які дорівнюють договірній ціні за використання майна. В даному договорі доцільно також врегулювати питання усунення неполадок та ремонту майна на час перехідного періоду – до моменту отримання концесіонером ліцензії.

Методика розрахунку концесійних платежів (затверджена постановою КМ від 12.04.2000 №639) базується на використанні ринкової вартості об'єкта концесії, визначеної шляхом проведення незалежної оцінки, середньої фондовіддачі у відповідній галузі та середньої фондовіддача національної економіки в цілому. Розмір концесійного платежу за перший квартал, що настає після укладення договору концесії, коригується на індекс інфляції. Згідно з чинними положеннями, максимальний термін чинності результатів експертної оцінки (разом з допустимими термінами його подовження) не можуть перевищувати 1-го року. Подовження терміну оцінки для цілісних майнових комплексів є недопустимим з огляду на те, що за 1-ин рік після проведення експертної оцінки проходять зміни у вартісному та якісному складі майна, яке передається в концесію. Відповідно, виникає потреба проведення нового експертного оцінювання, що обумовить додаткові витрати концесієдавця. Враховуючи, що концесієдавцями найчастіше є органи державної влади та місцевого самоврядування, у них просто може не знайтись грошей для додаткових експертних оцінок. Тому законодавчо доцільно закріпити можливість актуалізації експертної оцінки з врахуванням змін, які пройшли у складі та вартості майна цілісного майнового комплексу (така актуалізація передбачена Національним стандартом №1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав»).

Враховуючи довго тривалість концесійних відносин, актуалізується проблема оцінювання майна в довгостроковому періоді. Законодавство не визначає періодичність проведення експертної оцінки. Запропонована методика коригування концесійних платежів виключно на індекс інфляції не враховує зміни з часом ринкової вартості майна, яке передане в концесію. Відповідно, виникає проблема періодичного оцінювання майна, яке перебуває у концесії, що

вимагає сторони концесійних відносин взяття на себе певних зобов'язань по проведенню та оплаті експертної оцінки.

Законом визначено, що при списанні майна, переданого в концесію, воно вилучається із складу майна, яке оцінювалося, та на відповідну суму зменшується вартість оціненого майна, яке передане у концесію. Відповідно, якщо за рахунок концесієдавця були введені додаткові основні засоби, їх експертна вартість збільшує суму експертної оцінки майна, переданого у концесію.

Чинне законодавство передбачає зменшення концесійних платежів на суму амортизаційних відрахувань на повне відновлення. Для цього в обов'язки концесієдавця або уповноваженого ним органу входить нарахування амортизації на передані в концесію основні засоби з подальшим щоквартальним інформуванням концесіонера про нараховані суми у встановлений договором термін.

В даній ситуації маємо нераціональний розподіл управлінських ролей. За умови, що облік основних засобів проводить концесіонер, логічно було б йому доручити і нарахування амортизації, що і було передбачено регулюванням концесійних відносин у сфері водопостачання, тепlopостачання та водовідведення. На сьогодні не врегульовані також питання сплати концесійних платежів за об'єкти, які наростили свою вартість або введені за рахунок амортизаційних відрахувань, що по суті є власністю концесієдавця.

Згідно з чинним законодавством передача об'єктів в концесію передбачає включення в ціни та тарифи на послуги, які надаються концесіонером, так званої інвестиційної складової. Така складова покликана компенсувати затрати концесіонера на поліпшення майна, його оновлення та модернізацію за рахунок споживача, що безумовно обумовить збільшення витрат споживачів на отримання послуг. Зростання витрат споживачів повинне згладжуватися відповідною соціально-економічною політикою.

Вступ України до Європейського співтовариства передбачає імплементацію положень директиви ЄС про концесії до українського законодавства. Слід відмітити, що директива ЄС про концесії зосереджена переважно на конкурсній процедурі, а не на інших аспектах, передбачених українським законодавством. Передбачені директивою загальні правила дозволять досягти узгодженості з ними національного законодавства та забезпечити укладання усіх державних договорів на співставних принципах, незалежно від їх типу.

Директивою ЄС про концесії регулюються наступні аспекти:

- визначення поняття «концесії» та сфери застосування законодавства; у тому числі винятки, порогові суми та положення про змішані договори;
- тендерна документація, зокрема технічні специфікації;
- конкурсна процедура, у тому числі вимоги щодо оголошень;
- термін дії договорів та деякі інші їх особливості, у тому числі можливість внесення змін до присуджених договорів, укладання договорів субпідряду та припинення договорів.
- Українське законодавство розроблено в контексті директиви ЄС, проте мають місце і певні розбіжності. Із аналізу даних розбіжностей та проведеного вище аналізу слідують наступні висновки та пропозиції:
- визначення концесії, передбачене Доктриною ЄС, доцільно ввести до закону «Про концесії» з подальшим його використанням у даному трактуванні в різних законодавчих актах. Дана зміна дозволить відділити договори концесії, які укладаються відповідно до закону «Про концесії» від інших договорів, укладення яких регулюється іншими законами, зокрема законом «Про здійснення державних закупівель»;
- винятки, передбачені Директивою ЄС про концесії та директивами про державні закупівлі, по суті, є ідентичними. В Україні немає необхідності їх запроваджувати, оскільки це обумовить альтернативні процедури, передбачені законодавством ЄС, але не

- передбачені Директивами про державні закупівлі;
- вітчизняне законодавство використовує відмінне від ЄС визначення замовника (див закон «Про державні закупівлі»). Директива ЄС про концесії передбачає порогову суму обороту, який Концесіонер планує отримати протягом терміну дії концесії у розмірі 5 186 000 євро. (відповідає директивам ЄС про державні закупівлі). Доцільно імплементувати визначення замовника, передбачене директивами, у чинну нормативно-законодавчу базу, включаючи законодавство про концесії. Необхідним є також надання поряд з існуючими нормами можливості укладати концесійні договори у будь-якій сфері з обмеженням порогової суми, визначеної директивами ЄС (при цьому необхідно буде оцінка таких договорів);
- технічні специфікації, згідно з Директивою ЄС про концесії, повинні забезпечувати реалізацію принципу об'єктивності/рівного ставлення, а також розрізнення специфікацій щодо технічної конфігурації та функціональності/продуктивності. Таке розрізнення особливо доцільне у випадках, коли технічні деталі лишаються повністю на розсуд концесіонера. Рекомендується при запровадженні концесії використовувати регулювання, що застосовується відповідно до закону про державні закупівлі;
- відповідно до Директиви ЄС про концесії доцільною є уніфікація положень щодо публікації інформації з приводу концесійного конкурсу (як вказувалося, в чинних нормативних актах є певні неузгодженості, які ускладнюють практичне їх використання). Українське законодавство про концесії не регулює питання комунікацій – вимагається їх внесення в нормативну базу з врахуванням вимог Директиви;
- чинні процедурні норми, визначені українським законодавством про концесії, досить відмінні між собою, а інколи не зовсім прозорі. Директива ЄС про концесії дозволяє замовникам самостійно визначати процедурні правила в кожному окремому випадку. На практиці це дуже важко реалізувати. Доцільно було б залишити замовникам вибір, але обмежити його конкретними процедурними нормами, передбаченими законом;
- доцільно запровадити підстави для відмови в участі в конкурсі, передбачені Директивою ЄС про концесії;
- вимагає уточнень і система критеріїв для відбору переможця – згідно з Директивою ЄС такі критерії повинні бути помірно гнучкими та відповідати інтересам концесіодавця; пріоритетними при виборі концесіонера рекомендуються показники обсягів інвестицій, строку дії договору та розподілу ризиків;
- Директива ЄС про концесії вимагає встановлення конкретного строку дії договорів, тривалість яких перевищує п'ять років, і, що більш важливо, такий строк повинен розраховуватись за результатами аналізу очікуваного періоду повернення інвестицій за кожним конкретним проектом. Ця умова націлена на оптимізацію співвідношення між вигодами і ризиками для інвестора. Відповідно, термін дії договору рекомендується включити в число критеріїв для відбору переможця конкурсу;
- доцільно використати норми Директиви ЄС про концесії в частині внесення змін до договору концесії, оскільки регулювання в даній царині є достатньо заплутаним і неоднозначним; це стосується можливості припинення договірних відносин у разі виявлення певних порушень;
- Директива ЄС про засоби правового захисту дозволяє здійснювати процедуру оскарження у звичайному судовому порядку. Доцільним є також винесення оскарження концесійних конкурсів на розгляд Антимонопольного комітету, як це передбачено чинним законодавством.
- вітчизняне законодавство не включає ряду положень, передбачених Директивою ЄС про концесії, що передбачає їх вивчення на предмет доцільності впровадження в правове поле.

Положення Директиви ЄС про концесії, які відсутні в чинному українському законодавстві щодо концесій

✓ Стаття 19, згідно з якою на договори про надання соціальних, освітніх, культурних та інших подібних послуг переважно місцевого значення поширюються спрощені вимоги.

Стосовно таких договорів цією статтею вимагається опублікування лише повідомлень про намір украсти договір та про факт його укладення. Подібне положення міститься у статті 74 Директиви ЄС про здійснення закупівель у державному секторі.

✓ Стаття 24, яка передбачає можливість резервування певних договорів для майстерень, що працевлаштовують осіб з обмеженими можливостями тощо. Подібне положення міститься у статті 20 Директиви ЄС про здійснення закупівель у державному секторі. З огляду на тривалість дії комерційних ризиків, пов'язаних із концесіями, практична цінність цього положення є сумнівною.

✓ Стаття 27 вимагає використання номенклатури ЄС і є подібною до статті 23 Директиви ЄС про здійснення закупівель у державному секторі.

✓ Стаття 28 щодо конфіденційності інформації, отриманої від учасників під час проведення процедури торгів, визначає правила для випадків, які не врегульовані національним законодавством. Відповідно, це положення фактично не встановлює жодних істотних зобов'язань і є подібним до положення, що міститься у статті 21 Директиви ЄС про здійснення закупівель у державному секторі.

✓ Стаття 35 визначає загальні зобов'язання зі вжиття заходів щодо протидії корупції та попередження конфлікту інтересів. Це положення аналогічне статті 24 Директиви ЄС про здійснення закупівель у державному секторі з різницею лише в тому, що стаття 24 стосується лише попередження конфлікту інтересів та не вимагає жодних заходів із протидії корупції. У цьому випадку найпростіше внести зміни до ЗДЗ (ЗУ «Про здійснення державних закупівель») у рамках загального процесу гармонізації українського законодавства зі стандартами ЄС. У цій частині законодавче регулювання концесій і договорів про державні закупівлі повинне бути аналогічним

Спільна діяльність, як форма державно-приватного партнерства, регулюється Цивільним кодексом України. Відповідно до пункту 1 статті 1130 цього кодексу за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети. При цьому у пункті 2 статті 1130 зазначено, що «спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство). Згідно з положеннями статті 1132 ЦК, за договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти для досягнення певної мети.

Специфікою договору про спільну діяльність одно векторна спрямованість обох сторін на досягнення єдиної мети; при укладанні всіх інших договорів досягнення певної мети (отримання майна, надання послуг, виконання робіт) стосується лише однієї сторони. Кожен партнер у рамках спільної діяльності має рівнозначні права та обов'язки, тобто відсутній підхід типу «кредитор - боржник». Організаційна форма спільної діяльності не передбачає створення юридичної особи, проте являє собою певну корпоративну структуру, в якій зобов'язання мають як майновий так і організаційний характер.

Виділяються наступні організаційно-правові форми спільної діяльності:

1) спільна діяльність без поєднання вкладів учасників. Договір про спільну діяльність без поєднання вкладів учасників характеризується наявністю спільної мети і відсутністю вкладників учасників;

2) спільна діяльність з об'єднанням вкладів учасників. Ці відношення оформляються за допомогою договору простого товариства;

3) спільна діяльність зі створенням юридичної особи. Зазначені види спільної діяльності, незважаючи на суттєві відмінності, мають риси, що їх об'єднують. Усі вони належать до багатосторонніх консенсуальних угод організаційного характеру.

Договори про спільну діяльність передбачені ЗУ «Про державно-приватне партнерство», як форми, за допомогою якої регулюються господарські відносини між підприємствами,

заснованими на базі державного/комунального майна, та приватними інвесторами у різних сферах економічної діяльності. Упереджуючи можливі зловживання з об'єктами державної власності чинне законодавство, зокрема Господарський кодекс (ст. 141), та ЗУ «Про управління об'єктами державної власності», визначило ряд обмежень щодо укладання договорів про спільну діяльність у разі, якщо однією із сторін є державний суб'єкт, а саме:

- заборона на внесення в якості вкладу у спільну діяльність основних фондів об'єктів державної власності, що не підлягають приватизації;
- під час укладення договору спільної діяльності розмір частки державного суб'єкта господарювання, а також господарських товариств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50 відсотків, має становити не менш як 50 відсотків спільного майна учасників спільної діяльності;
- вартість майна, що вноситься у спільну діяльність, учасником якої є державний суб'єкт господарювання, визначається на підставі незалежної оцінки із застосуванням бази оцінки, що відповідає ринковій вартості, згідно з вимогами законодавства про оцінку майна;
- визначення особливої процедури укладення деяких господарських договорів, зокрема ДСД.

До переваг договору спільної діяльності, як правової форми державно-приватного пратнерства, слід віднести наявність усталеної практики укладення договорів цього виду за участі державних суб'єктів господарювання. На відміну від інших форм договірної співробітництва, в рамках договору про спільну діяльність стороною відповідного договору може виступати державне підприємство безпосередньо, а не лише через орган в сфері управління якого перебуває це підприємство.

Згідно з законодавством щодо спільної діяльності та Порядку укладення державними підприємствами, установами, організаціями, а також господарськими товариствами, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50 відсотків, договорів про спільну діяльність, договорів комісії, доручення та управління майном, затвердженого постановою КМ 11.04.2012р. №296 визначена наступна процедура укладення господарських договорів, зокрема договорів про спільну діяльність з державним суб'єктом господарювання:

1) попереднє отримання погодження КМУ: для отримання такого рішення державний суб'єкт господарювання подає центральному органу виконавчої влади, до сфери управління якого він належить, звернення щодо погодження укладення договору спільної діяльності разом з такими документами: установчі документи сторін, інформація про приватного інвестора, бізнес-план, звіт про оцінку майна, яке передбачається використовувати за договором спільної діяльності, обґрунтування способу використання державного майна, а також проект договору спільної діяльності;

2) Центральний орган погоджує свій висновок щодо такого погодження з Міністерством економічного розвитку і торгівлі України, Міністерством фінансів України, Фондом державного майна України та Міністерством юстиції України.

Порядок передбачає, що за наявності погодження зазначених органів Центральний орган готує відповідний проект рішення КМУ (у формі розпорядження) впродовж місяця з дня надходження від державний суб'єкта господарювання звернення. Проект Рішення має містити посилання на всі істотні умови договору спільної діяльності щодо, зокрема, забезпечення підвищення ефективності використання державного майна, захисту майнових інтересів держави, унеможливлення відчуження державного майна, а також залежно від виду договору – розмір часток учасників, строк дії договору, порядок розподілу прибутку, покриття витрат та внесення додаткових вкладів та інші. Проект Рішення має також супроводжуватися висновком Центрального органу про відсутність встановлених законодавством заборон та обмежень на використання відповідного державного майна, а також про відповідність запропонованого договору спільної діяльності галузевим

концепціям і програмам розвитку. У разі прийняття рішення КМУ Центральний орган буде уповноважений видати Державному суб'єкту господарювання відповідний дозвіл на укладання договору спільної діяльності.

Порядок прямо не визначає необхідності укладення державним суб'єктом господарювання відповідних договорів, зокрема договору спільної діяльності, з приватним партнером, який би обирався на конкурсній основі. Таким чином, такий договір може бути укладений поза конкурсною процедурою.

Дискусійним залишається питання щодо розподілу між учасниками доходів, ризиків та збитків. За загальним правилом такий розподіл здійснюється пропорційно вартості внесків сторін в спільне майно, однак договором може бути передбачений і інший порядок.

При укладенні договору про спільну діяльність проблемним питанням є встановлення правового режиму спільного майна. За загальним правилом, внесене учасниками майно, яким вони володіли на праві власності, а також вироблена у результаті спільної діяльності продукція та одержані від такої діяльності доходи є спільною частковою власністю учасників. Чинне законодавство на сьогодні не регулює режим спільного майна. В даному випадку доцільно користуватися принципом державно-приватного партнерства, за яким протягом усього строку дії договору цільове призначення та форма власності майна, що належить державі, залишаються незмінними.

Специфіка спільної діяльності як форми ДПП дозволяє виділити її в якості найбільш гнучкої та пристосованої до сучасних потреб моделі взаємодії. Не утворюючи юридичної особи, сторони договору про спільну діяльність мають змогу об'єднати власні зусилля та майно задля досягнення єдиної для всіх мети. Така договірна конструкція дозволяє уникнути ряду легалізаційних процедур, спрямовуючи інтереси публічного та приватного секторів в єдине русло.

Однак, відсутність стабільної нормативної бази в даній сфері викликає низку проблем, що заважають залученню інвестицій для розвитку промисловості, покращенню регуляторного середовища та усуненню зайвих бюрократичних бар'єрів при здійсненні спільної діяльності. Численні законодавчі прогалини тлумачаться державними партнерами на свою користь, що спричинює суцільне домінування останнього над приватним партнером всупереч фундаментальним принципам державно-приватного партнерства.

У зв'язку з цим, раціональними є наступні пропозиції:

- доцільно розробити єдину державну політику щодо залучення приватного сектору економіки до спільної діяльності в галузі, в яких держава, зазвичай, виступає монополістом.
- важливим є прийняття профільного закону, який би гармонійно поєднував інтереси всіх учасників та обмежував дозвільну систему повноважень представників публічного сектору.

Підсумовуючи аналіз чинної нормативно-законодавчої бази, що регулює питання створення державно-приватних партнерств, слід вказати, що вона в цілому врегульовує дану проблему. Проте багатоманітність законів та різних підзаконних актів, які стосуються даного регулювання, обумовлюють використання різної логіки при побудові партнерських відносин. Вибір порядку дій в основному обумовлюється профільним законодавчим регулюванням, яке обирається учасниками пратнерства – найчастіше це закон «Про концесії», рідше законодавство про спільну діяльність. Закон «Про державно-приватне партнерство» скоріше є концептуальним. Складність процедур передбачена даним законом має своїм наслідком те, що він залишається як керівництво до дій, від яких учасники договірних відносин

намагаються втекти, застосовуючи паралельно діючі законодавчі норми. Законодавство щодо державно-приватного партнерства доцільно уніфікувати в напрямку його узгодженості з нормами ЄС.

1.3. Огляд законодавства Польщі щодо державно-приватних партнерств. Польський досвід реалізації проектів державно-приватного партнерства та передумови його реалізації в Україні

1.3.1. Світовий та Польський досвід реалізації проектів державно-приватного партнерства

Співпраця між органами державної влади та приватними структурами має в світі давню історію. Проте систематизовано даний тип співпраці було на початку 80-х років минулого сторіччя в Великобританії. З цього часу механізми державно-партнерства та законодавча база були значно розвинуті. Проте на сьогодні не існує міжнародно-признаного визначення терміну державно-приватного партнерства. Цей термін використовується для визначення широкого кола типів договорів між суб'єктами державного та приватного секторів, крім того різноманітні країни прийняли різні визначення, в залежності від тенденцій розвитку державно-приватного партнерства в цих країнах. Як правило, під терміном державно-приватного партнерства розуміють довготривалий контракт між приватною компанією та державним органом, на реалізацію суспільного значимого проекту з забезпечення суспільних активів та послуг, в яких приватна сторона несе значні ризики та відповідальність управління.

Як наслідок розвитку концепції державно-приватного партнерства в світі на сьогодні розроблена велика кількість варіантів взаємодії між бізнесом та державою, які умовно можна поділити на чотири основні групи:

- контракти підряду (на управління об'єктом та оренду об'єкта);
- концесії (обслуговування, експлуатація та передача об'єкта; обслуговування, оренда та передача об'єкта; будівництво, обслуговування, експлуатація та передача об'єкта);
- нові проекти або «проекти з нульового циклу»;
- продаж активів (повна або часткова приватизація).

Досвід формування державно-приватної взаємодії поширюється в усіх регіонах світу. За даними Світового банку, найпоширенішими об'єктами державно-приватного партнерства є:

- житлово-комунальна сфера;
- виробництво і транспортування електроенергії;
- водопостачання та водовідведення;
- телекомунікації та інформаційні технології;
- будівництво та утримання автошляхів;
- енергозбереження;
- експлуатація будівель бюджетного сектору економіки (аеропорти, порти, тюрми, школи);
- охорона здоров'я та лікарні;
- вантажні та пасажирські перевезення;
- об'єкти для спорту та відпочинку;
- підряди в сфері оборони

Перелік основних об'єктів у сфері державно-приватного партнерства має тенденцію до зростання.

Основними перевагами при реалізації проектів на умовах державно-приватного партнерства можна вважати:

- скорочення тиску на державний (місцевий) бюджет в короткостроковій перспективі за рахунок перенесення витрат бюджету на наступні 15-20 років;
- підвищення якості державних послуг населенню;
- забезпечення ефективнішої експлуатації об'єкта приватним партнером;
- створення об'єкта певної фіксованої вартості, визначеної на етапі конкурсу. Експлуатаційні витрати індексуються лише на коефіцієнт інфляції;
- використання досвіду та професіоналізму приватного сектору при збереженні державного контролю над активами;
- розподіл ризиків між державою та приватним партнером;
- стимулювання конструктивного діалогу між бізнесом та владою.

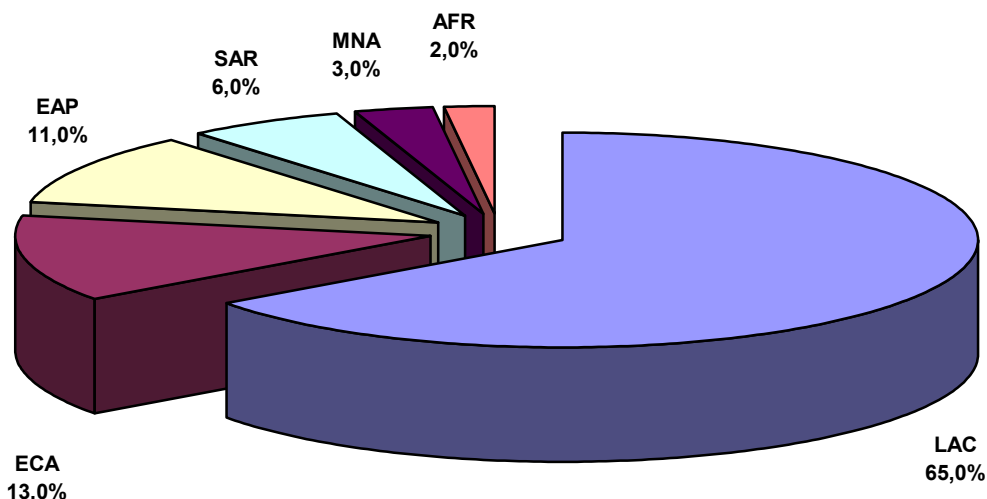
Утім, реалізація проектів на умовах державно-приватного має і такі недоліки:

- створення фінансових зобов'язань держави на довгострокову перспективу;
- потенційно високий ризик значних витрат держави у випадку розірвання договору про партнерство;
- часто відсутність досвіду реалізації проектів державно-приватного партнерства, відсутність фахівців достатньо високого рівня, зокрема;
- тривалість строків реалізації проектів державно-приватного партнерства та неможливість урахувати при укладенні договору всі ризики, зокрема, циклічність виникнення кризових явищ;
- високі витрати на етапі підготовки проекту (витрати на розробку ТЕО, оплату консультантів, юристів, аудиторів, проведення конкурсу та укладення договору);
- розрив у часі між реалізацією проекту та можливістю бюджету профінансувати його реалізацію;
- у бюджеті не відображається конкретний проект, відсутні дієві механізми відстеження його реалізації;
- потенційно висока корупційна складова.

В зв'язку із значними перевагами державно-приватного партнерства динаміка реалізації проектів в світі має стійку тенденцію до зростання. Проте велика кількість способів реалізації, сфер застосування та припущень стосовно визначення моменту фінансування проекту привела до того, що єдиної світової статистики проектів державно-приватного партнерства на сьогодні не існує. Різноманітні дослідження розглядають реалізацію таких проектів в окремих галузях та в розрізі певних груп країн світу. Проект PPPіrc Світового банку охоплює 139 країн, що розподілені на 6 регіонів: Латинської Америки та Карибського басейну (LAC); Європи і Центральної Азії (ECA); Східної Азії і Тихоокеанський регіон (EAP); Південної Азії (SAR); Близькій Схід і Північна Африка (MNA); Африка на південь від Сахари (AFR).

За даними Світового банку в обраних регіонах в період 1990 - 2014 років реалізовувалося більш ніж 6000 різноманітних інфраструктурних державних проектів за участю приватного капіталу. В 2014 році в стадії реалізації перебувало 239 проектів в сфері державно-приватного партнерства. Загальний обсяг інвестицій в 2014 році зріс на 6,0 % і становив 107,5 млрд. дол. США. Середній розмір інвестицій в проект також має тенденцію до зростання і в 2014 році становив 419 млн. дол. США (в 2002 році середній розмір проекту становив 112 млн. дол. США, в 2007 році – 244 млн. дол. США, в 2012 році зріс до 291 млн. дол. США). Більш ніж 65,0 % від загальних обсягів інвестицій в державно-приватне партнерство на сьогодні припадає на країни Латинської Америки та Карибського басейну.

Структура інвестицій в проекти державно-приватного партнерства в 2014 році
За даними Світового банку



В розрізі секторів 51 % від загальних обсягів інвестицій припадає на проекти в сфері транспорту, на енергетичні проекти 45 % та на сферу водопостачання і водовідведення припадає близько 4 % обсягів інвестицій.

Загальний обсяг інвестицій в розрізі секторів в 2014 році, млрд. дол. США
За даними Світового банку

Сектор	Середня інвестиція	Всього інвестицій	Частка, %	Зміна 2009 - 2013
Транспорт	1024	55,3	51,0	+ 40 %
Енергетика	228	48,2	45,0	- 36 %
Вода і каналізація	124	4,1	4,0	+ 19 %
Всього	361	107,5	100,0	- 9 %

Дослідження в сфері державно-приватного партнерства в Європі здійснюють:

- Економічна комісія ООН для Європи (UNECE);
- Європейський Центр Експертиз ДПП (ЕРЕС)
- Європейський інститут державного управління (ЕІРА)
- Європейський інвестиційний банк (ЕІВ)
- C.R.E.A.M. Europe PPP Alliance (C.R.E.A.M.)

Згідно даних ЕРЕС сукупна вартість профінансованих в Європі (дослідження включає країни ЄС-28, країни Західних Балкан та Туреччини) проектів державно-приватного партнерства становила 18,7 млрд. Євро, що на 15 % більше ніж в 2013 році (16,3 млрд. Євро). Кількість проектів зростає з 80 одиниць в 2013 році до 82 одиниць в 2014 році. Середній розмір проекту в 2014 році зріс до 229 млн. Євро (203 млн. Євро в 2013 році). Всього в Європі, згідно дослідження, фінансується 85 % проектів, що ініціюються. Всього 11 країн Європи в 2014 році профінансували проекти в сфері державно-приватного партнерства (6 країн в 2013 році) та 13 країн провели хоча би 1 транзакцію по підписаним угодам в сфері державно-приватного партнерства (14 – в 2013 році).

Європейські лідери в сфері ДПП в 2014 році
За даними ЕРЕС

Країна	Обсяг інвестицій, млн. Євро	Кількість проектів, од.
Великобританія	6600	24
Туреччина	3500	4
Німеччина	1500	7
Бельгія	1400	3
Нідерланди	1000	6
Італія	900	4
Ірландія	900	3
Франція	800	10
Іспанія	700	5
Данія	600	6
Греція	500	7
Австрія	200	1
Польща	100	2

Економічні сектори лідери в сфері ДПП в 2014 році
За даними ЕРЕС

Сектор	Обсяг інвестицій, млн. Євро	Кількість проектів, од.
Транспорт	11800	23
Охорона здоров'я	2200	15
Захист оточуючого середовища	1900	7
Освіта	1000	14
Загальні державні послуги	930	7
Житлово-комунальні послуги	800	6
Порядок та безпека	650	4
Телекомунікації	500	3
Відпочинок та культура	300	3

Найбільш активним економічним сектором в сфері державно-приватного партнерства в Європі виступає будівництво автомобільних та експлуатація доріг. В 2014 році було закрито 23 проекти на суму 11,8 млрд. Євро (в 2013 році було закрито лише 16 проектів). Значне зростання показав сектор охорони здоров'я з 12 проектів на суму 1,5 млрд. Євро в 2013 році до 15 проектів на суму 2,2 млрд. Євро в 2014 році. Проте реалізація проектів в сфері охорони оточуючого середовища скоротилася з 13 закритих проектів на суму 2,3 млрд. Євро в 2013 році до 7 проектів та 1,9 млрд. Євро в 2014 році. В сфері освіти кількість закритих проектів в 2014 році по відношенню до 2013 року скоротилася на 33 %.

Близько 23 проектів на Європейському ринку державно-приватного партнерства було профінансовано за рахунок інституційних інвесторів (страхові компанії, пенсійні фонди, тощо). Всього вони вклали в проекти державно-приватного партнерства близько 2,8 млрд. Євро (2,5 млрд. Євро в 2013 році). В більшості випадків інвестиції були здійснені в проекти з довгим терміном окупності від 24 до 43 років. Операції з інституційними інвесторами впроваджували Великобританія, Бельгія, Данія, Німеччина, Ірландія та Нідерланди.

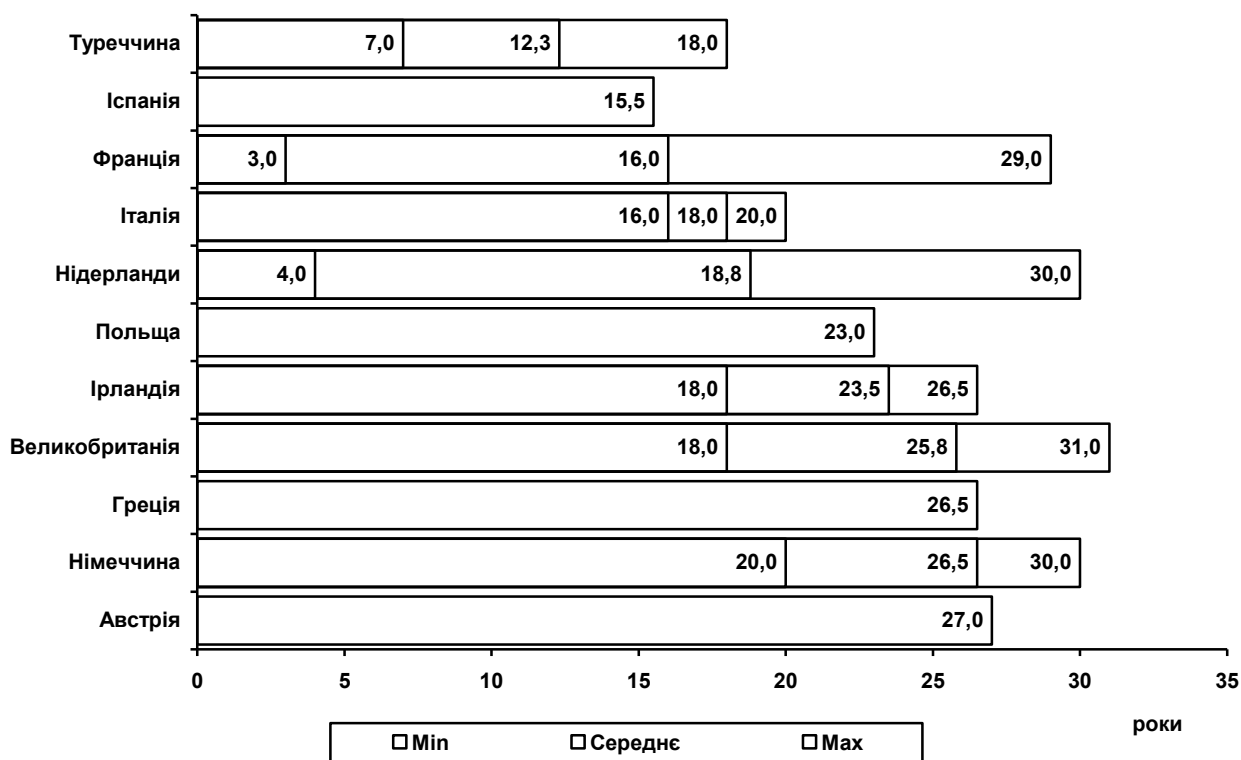
Всі сім проектів, що реалізуються в Греції, фінансуються за рахунок ЄС (гранти або кредити JESSICA).

Два проекти в Німеччині фінансуються за рахунок державного банку розвитку KfW IPEX-Bank.

Ще 14 проектів державно-приватного партнерства на загальну суму 3,3 млрд. Євро фінансуються за рахунок коштів Європейського інвестиційного банку (ЕІВ).

Незважаючи на значну участь державних банків в фінансуванні проектів державно-приватного партнерства, в більшості випадків проекти фінансуються за рахунок кредитів комерційних банків. В 2014 році комерційні кредити видавалися переважно на 21 рік, самий довгий термін кредитування склав 31 рік. Частка проектів з терміном кредитування на 25 років в 2014 році зросла на 40 %.

Терміни кредитування проектів ДПП в Європі
За даними ЕРЕС



Як вже було зазначено Польща входить до європейської групи лідерів в сфері державно-приватного партнерства. Проте дані Міністерства економіки Польщі значно відрізняються від даних Європейського Центру Експертиз ДПП (ЕРЕС), що скоріш за все обумовлено різницею в визначенні проектів державно-приватного партнерства та оцінкою факту їх реалізації. Так за даними Міністерства сьогодні в Польщі реалізується 83 проектів з державно-приватного партнерства та ще 129 проектів знаходиться в стадії розробки. Значною мірою кількість проектів державно-приватного партнерства Польщі корелюють з кількістю діючих в регіонах індустріальних парків. Аналіз стану державно-приватного партнерства, як правило, ускладнюється за рахунок великої тривалості проектів і неможливістю чітко визначити етапи на яких знаходиться стадія реалізації проекту. Тому навіть дані одного джерела інформації можуть мати істотні розбіжності в різних публікаціях.

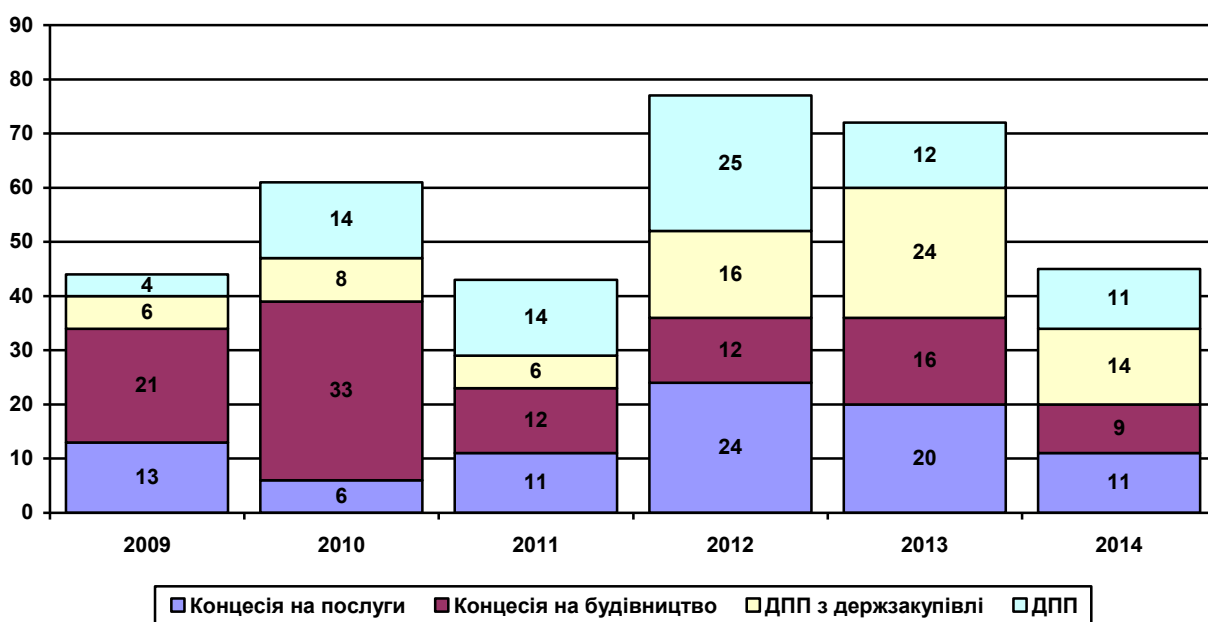


Проекти державно-приватного партнерства в розрізі регіонів Польщі За даними Міністерства економіки Польщі (діючі / стадія розробки)

За даними Міністерства економіки Польщі та Інституту державно-приватного партнерства в Польщі від 1 січня 2009 до 31 грудня 2014, державні структури спільно оголосили 342 процедури вибору приватного партнера або концесіонера, з них лише 82 процедури привели до укладання договору державно-приватного партнерства. Це означає, що тільки один з п'яти проектів приводить до успішної реалізації. Найбільша кількість проектів державно-приватного партнерства були оголошені в 2012 році і 2013 роках (відповідно - 77 та 72 проектів); найнижча кількість в 2011 році - 43 проектів; 2009 - 44 та 2014 - 45. Проте в 2011 році в Польщі було підписано найбільшу кількість контрактів – 18 проектів (41,9 % ефективності заявлених проектів). Для прикладу, в 2012 та 2013 роках було підписано лише 15 та 17 договорів, відповідно (близько 20 % ефективності). В 2014 році ефективність реалізації проектів зросла до 35,6 %, що було обумовлено більш ретельною підготовкою проектів державно-приватного партнерства. Всього за досліджуваний період 01.01.2009 - 31.12.2014 року в Польщі було оголошено 342 проекти державно-приватного партнерства, розпочато реалізацію 82 проекти, ефективність становила близько 24 %. Як видно за рисунку частота оголошень проектів з державно-приватного партнерства в Польщі має значні річні коливання, в той же час кількість проектів, що переходять в стадію реалізації стабільно утримується на рівні 15 – 18 проектів в рік, за винятком першого року після прийняття законодавчої бази про державно-приватне партнерство, що було обумовлено відсутністю досвіду у ініціаторів проектів.



Динаміка оголошень проектів та їх реалізації в Польщі 2009 – 2014 роки
За даними Інституту державно-приватного партнерства



Динаміка юридичних та фінансових процедур, ініційованих в період 2009 – 2014 роки
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Структура юридичних та фінансових процедур, ініційованих в період 2009 – 2014 роки
За даними Інституту державно-приватного партнерства

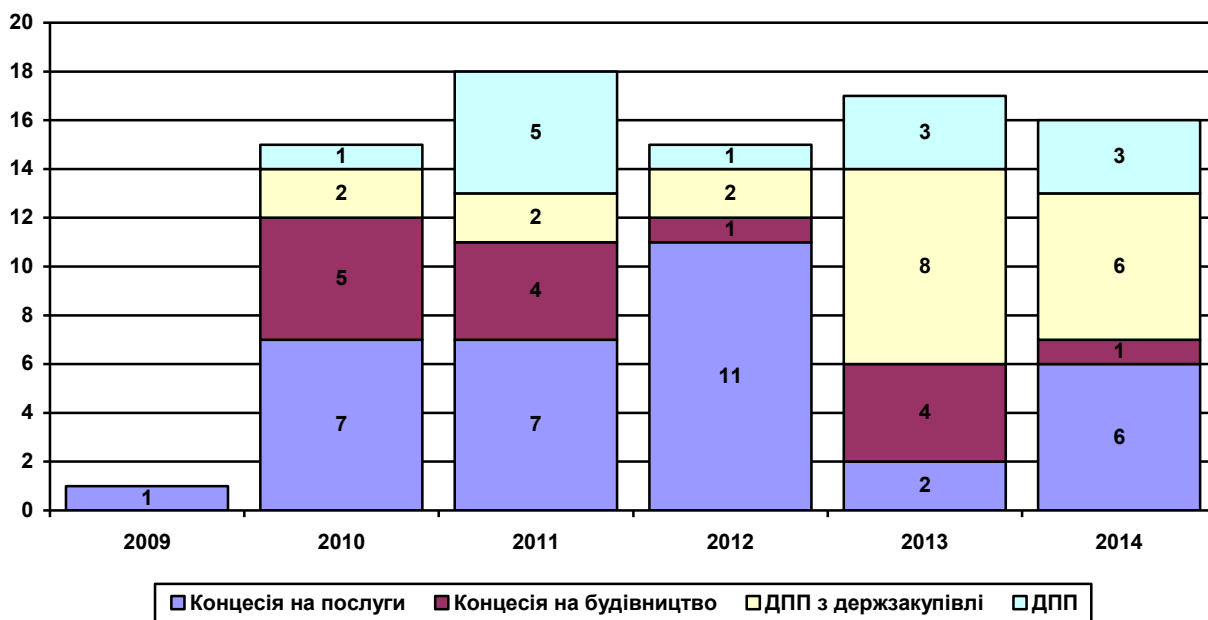
Тип партнерства	Кількість, од.	Частка, %
Концесія на послуги	85	24,9
Концесія на будівництво	103	30,1
ДПП з держзакупівлі	74	21,6
ДПП	80	23,4
Всього	342	100

Ключовим аспектом планування проектів державно-приватного партнерства є юридичні та фінансові процедури партнерства, що визначають умови співпраці між публічним та приватним партнером.

В період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року структура проектів була поділена відносно рівномірно, проте близько 55 % всіх проектів державно-приватного партнерства припадало на концесійні угоди відповідно до закону від 9 січня 2009 року «Про концесії на роботи або послуги». Ще 23,4 % угод, що було ініційовано в досліджуваний період розроблялося відповідно до закону від 19 грудня 2008 року «Про державно-приватне партнерство» і 21,6 % договорів розроблялося відповідно до закону від 29 січня 2004 року «Про державні закупівлі».

Найбільше проектів угод на концесію будівельних робіт (33) припадало на 2010 рік, що було обумовлено необхідністю розбудови інфраструктури до Євро2012 в умовах обмеженого бюджетного фінансування. Найменше таких проектів було в 2014 році (лише 9 проектів). Спеціалісти Інституту державно-приватного партнерства Польщі пояснюють скорочення проектів з концесій на будівництво тим, що громадськість все більше визнає необхідність участі держави в фінансуванні будівельних робіт та пов'язаних з цим ризиках проектів. В зв'язку з цими факторами з 2012 року зростає інтерес до концесії послуг, коли ризики приватного партнера припадають на утримання і управління об'єктом концесії. В результаті в 2012 – 2013 роках до 50 % ініційованих проектів (24 в 2012 році та 20 в 2013 році) припадало саме на концесійні угоди в сфері послуг. Ця статистика показує, що державний сектор визнає не тільки економічні вигоди від аутсорсингу послуг, але й вигоди, які пов'язані з більш ефективним управлінням інфраструктурою публічного сектору професійними операторами з досвідом роботи в обраних сферах.

Зменшення кількості проектів концесій для будівельних робіт, пов'язано з пропорційним збільшенням проектів розроблених відповідно до закону «Про державні закупівлі». Інститут державно-приватного партнерства Польщі припускає, що в цей період мало місце розділення проектів на складові: окремо будівництво на умовах державної закупівлі послуг і окремо подальша передача об'єкту в управління приватній компанії.



Динаміка юридичних та фінансових процедур, реалізованих в період 2009 – 2014 роки
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Структура юридичних та фінансових процедур, реалізованих в період 2009 – 2014 роки
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Тип партнерства	Кількість, од.	Частка, %
Концесія на послуги	34	41,5
Концесія на будівництво	15	18,3
ДПП з держзакупівлі	20	24,4
ДПП	13	15,9
Всього	82	100,0

Значно відрізняється від ініційованих проектів динаміка та структура проектів, що перейшли в стадію реалізації і за якими були підписані угоди державно-приватного партнерства. В період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року 41,5 % проектів, що перейшли в стадію реалізації, припадало на концесії з надання послуг. На концесії з будівництва припадало лише 18,3 % проектів, при цьому їх частка мала тенденцію до скорочення з 33,3 % в 2010 році до 6,3 % в 2014 році. Можна припустити, що така ситуація пов'язана з необхідністю знизити ризики приватних партнерів в спільних проектах, коли значна частина будівельних робіт фінансується за рахунок держави, а управління об'єктами здійснюється професійним приватним партнером. Відповідно до закону «Про державні закупівлі» здійснювалося 24,4 % проектів, проте їх частка в структурі реалізованих проектів державно-спільного партнерства мала тенденцію до зростання з 13,3 % в 2010 році до 47,1 % в 2013 році та 37,5 % в 2014 році.

Частка реалізованих проектів в період 2009 – 2014 років в розрізі типу партнерства
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Тип партнерства	Кількість проектів, од.	Реалізовано проектів, од.	Частка, %
Концесія на послуги	85	34	40,0
Концесія на будівництво	103	15	14,6
ДПП з держзакупівлі	74	20	27,0
ДПП	80	13	16,3
Всього	342	82	24,0

Як і слідувало очікувати найбільша ефективність реалізації була у проектів з концесій на надання послуг – 40,0 % за період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року, або 34 проекти з 85 ініційованих перейшли в стадію реалізації. Концесії на проведення будівельних робіт мали найбільшу кількість ініційованих проектів – 103 одиниці, проте в стадію реалізації перейшло лише 15 проектів або найменша частка серед проектів державно-приватного партнерства 14,6 %. Скоріш за все така ситуація обумовлена небажанням приватних партнерів нести ризики при реалізації великих інфраструктурних проектів і недостатніми гарантіями державного партнера в разі появи таких ризиків. Ефективність реалізації проектів партнерства з державних закупівель та з державно-приватного партнерства практично відповідає їх частці в загальній структурі державно-приватного партнерства (24,4 % і 27,0 % та 15,9 % і 16,3 %, відповідно).

Кількість нових проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Сфера ДПП	Кількість, од.	Частка, %
Спорт і відпочинок	77	22,5
Паркування	33	9,6
Комунальна інфраструктура	25	7,3
Водопостачання і каналізація	25	7,3
Енергетика	23	6,7
Охорона здоров'я	23	6,7
Освіта	21	6,1
Енергетична ефективність	19	5,6
Туризм	19	5,6
Транспортна інфраструктура	17	5,0
Телекомунікації	16	4,7
Поводження з відходами	11	3,2
Міська інфраструктура	10	2,9
Послуги	7	2,0
Ревіталізація	5	1,5
Культура	4	1,2
Інше	7	2,0
Всього	342	100,0

Найбільший відсоток всіх проектів, ініційованих в період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року, припадав на проекти в сфері спорту і відпочинку – 22,5 %, або 77 проекти. Висока частка державно-приватного партнерства припадає на проекти в сфері паркування (9,6 %). Більше 5 % в загальній структурі займали проекти з розвитку комунальної інфраструктури, водопостачання і водовідведення, енергетики, охорони здоров'я, освіти, енергетичної ефективності, туризму та рівно 5,0 % припадало на проекти в сфері транспортної інфраструктури. Інші сфери діяльності зайняли менш ніж 5 % ринку державно-приватного партнерства. Ця статистика показує велику різноманітність секторів в яких плануються спільні проекти державно-приватного партнерства.

В 2014 році найбільше було ініційовано проектів в сферах спорту та відпочинку і енергетичної ефективності, що загалом становило близько 31 % від всіх ініційованих проектів. По чотири проекти було ініційовано в сферах комунальної інфраструктури, водопостачання і водовідведення, туризму, що загалом склало близько 26,7 % від всіх проектів. Ще 20 % припадає на впровадження інфраструктури для паркування, енергетики та телекомунікації. На всі інші сфери громадської діяльності припадає лише 22,3 % від всіх ініційованих проектів.

Найбільше зростання відбулося в сфері енергетичної ефективності в 2014 році було ініційовано 58 % проектів від загальної кількості проектів в секторі в 2009 – 2013 років. Також в сфері туризму було ініційовано проектів більше ніж 26 % від періоду 2009 – 2013 років. Зростання відбулося в секторах міської інфраструктури (25 %), телекомунікації (23 %), поводження з відходами (22 %). В свою чергу, протилежна тенденція тривала в секторах транспортної інфраструктури, охорони здоров'я, послуг та благоустрою міських територій, де відбулося значне зниження кількості проектів з вибору приватного партнера.

Кількість нових проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Сфера ДПП	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Спорт і відпочинок	70	7
Паркування	30	3
Комунальна інфраструктура	21	4
Водопостачання і каналізація	21	4
Енергетика	20	3
Охорона здоров'я	21	2
Освіта	19	2
Енергетична ефективність	12	7
Туризм	15	4
Транспортна інфраструктура	16	1
Телекомунікації	13	3
Поводження з відходами	9	2
Міська інфраструктура	8	2
Послуги	7	0
Ревіталізація	5	0
Культура	3	1
Інше	7	0
Всього	297	45

Серед проектів, що були ініційовані в період з 1 січня 2009 року до 31 грудня 2014 року в секторі спорту і відпочинку було реалізовано 13,4 % від загальної кількості укладених договорів державно-приватного партнерства. Близько 12,2 % припало на сферу телекомунікації, що уклали 10 договорів. Ще сукупно 43,9 % проектів розпочало реалізацію в сферах водопостачання і каналізації (9 проектів), енергетичної ефективності (8 проектів), транспортної інфраструктури (7 проектів), комунальної інфраструктури (6 проектів) та освіти (6 проектів). В цілому на ці 7 секторів припадає близько 70 % угод державно-приватного партнерства, що були підписані в Польщі в період з 1 січня 2009 року до 31 грудня 2014 року.

Найменша кількість угод державно-приватного партнерства була підписана в сферах ревіталізації (2 угоди), міської інфраструктури (1 угода) та послуг (1 угода).

В той же час аналіз показує, що велика кількість підписаних угод не означає високої ефективності підготовки проектів. Так в сфері спорту і відпочинку було підписано лише 14,3 % ініційованих проектів. Найвища ефективність реалізації проектів мала місце в секторах:

- Телекомунікації (62,5 % від ініційованих проектів)
- Енергетична ефективність (42,1 % від ініційованих проектів)
- Транспортна інфраструктура (41,2 % від ініційованих проектів)
- Ревіталізація (40,0 % від ініційованих проектів)
- Поводження з відходами (36,4 % від ініційованих проектів)
- Водопостачання і каналізація (36,0 % від ініційованих проектів)

Кількість проектів, що почали реалізацію в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Сфера ДПП	Кількість, од.	Частка, %
Спорт і відпочинок	11	13,4
Телекомунікації	10	12,2
Водопостачання і каналізація	9	11,0
Енергетична ефективність	8	9,8
Транспортна інфраструктура	7	8,5
Комунальна інфраструктура	6	7,3
Освіта	6	7,3
Паркування	4	4,9
Енергетика	4	4,9
Охорона здоров'я	4	4,9
Туризм	4	4,9
Поводження з відходами	4	4,9
Ревіталізація	2	2,4
Міська інфраструктура	1	1,2
Послуги	1	1,2
Інше	1	1,2
Всього	82	13,4

Частка реалізованих проектів державно-приватного партнерства в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Сфера ДПП	Ініційовано, од.	Реалізовано, од.	Частка, %
Спорт і відпочинок	77	11	14,3
Паркування	33	4	12,1
Комунальна інфраструктура	25	6	24,0
Водопостачання і каналізація	25	9	36,0
Енергетика	23	4	17,4
Охорона здоров'я	23	4	17,4
Освіта	21	6	28,6
Енергетична ефективність	19	8	42,1
Туризм	19	4	21,1
Транспортна інфраструктура	17	7	41,2
Телекомунікації	16	10	62,5
Поводження з відходами	11	4	36,4
Міська інфраструктура	10	1	10,0
Послуги	7	1	14,3
Ревіталізація	5	2	40,0
Культура	4	0	0,0
Інше	7	1	14,3
Всього	342	82	24,0

В 2014 році державні структури увійшли в 16 контрактів державно-приватного партнерства і концесій в 8 секторів, що становило 24,2 % від всіх угод підписаних в період 2009 – 2013 років. Найбільша кількість договорів концесій в 2014 році підписано в сфері енергетики - 5 договорів державно-приватного партнерства, що становить в цілому 31,3 % усіх укладених в 2014 році договорів. Ще 3 договори були укладені в секторі водопостачання і каналізації, по 2 договори в секторах спорту і відпочинку та туризму. По 1 контракту в секторах: муніципальної інфраструктури, освіти, управління відходами, міської інфраструктури.

Найбільше зростання кількості підписаних угод державно-приватного партнерства в 2014 по відношенню до 2009 – 2013 років припадає на контракти в сфері енергетичної ефективності, зростання становило майже два рази. Зростання на 100 % відбулося в секторі туризму, та 50 % росту показав сектор водопостачання та водовідведення. Сфера управління відходами по кількості підписаних угод к періоду 2009 - 2013 років зросла на 33,3 %. Проте ніяких контрактів державно-приватного партнерства в 2014 році не було підписано в 7 секторах: транспортна інфраструктура, паркування, охорона здоров'я, енергетика, ревіталізація та послуги.

Кількість реалізованих проектів в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Сфера ДПП	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Телекомунікації	10	0
Спорт і відпочинок	9	2
Транспортна інфраструктура	7	0
Водопостачання і каналізація	6	3
Комунальна інфраструктура	5	1
Освіта	5	1
Паркування	4	0
Охорона здоров'я	4	0
Енергетика	4	0
Енергетична ефективність	3	5
Поводження з відходами	3	1
Туризм	2	2
Ревіталізація	2	0
Послуги	1	0
Міська інфраструктура	0	1
Інше	1	0
Всього	66	16

В період з 1 січня 2009 року до 31 грудня 2014 року найбільша кількість проектів державно-приватного партнерства була ініційована різноманітними органами місцевого самоврядування, всього 255 проектів або 74,6 % всіх проектів, що були ініційовані в досліджуваний період. Найбільше проектів ініціювали муніципалітети міст – 89 проектів або 35 % від всіх проектів, що були ініційовані місцевим самоврядуванням. Друге та третє місця посіли сільські та сільсько-міські громади 22 та 18 % відповідно. На наступних місцях міста на правах району – 15 %, районні управління – 4,5 %, адміністрації маршалів – 4,7 % та районні адміністрації – 0,8 % від всіх проектів, що були ініційовані органами місцевого самоврядування.

Інші державні установи ініціювали лише 87 проектів державно-приватного партнерства або 25,4 % від всіх проектів. До цих органів державної влади можна віднести бюджетні одиниці – 10,2 % всіх проектів, комунальні підприємства – 5,8 %, центр догляду за здоров'ям – 2,6 %, навчальні заклади – 1,8 %, уряд Польщі – 1,5 %, фонди – 0,6 % та інші державні установи – 2,9 %.

Кількість нових проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Кількість, од.	Частка, %
Міська гміна	89	26,0
Сільська гміна	55	16,1
Гміна сільсько-міська	45	13,2
Місто на правах повіту	38	11,1
Бюджетне об'єднання	35	10,2
Комунальна спілка	20	5,8
Управління повіту	14	4,1
Управління маршала	12	3,5
Центр догляду за здоров'ям	9	2,6
Університети	6	1,8
Державна адміністрація	5	1,5
Районне управління	2	0,6
Фонди	2	0,6
Інше	10	2,9
Всього	342	100,0

В 2014 році на 45 ініційованих проектів державно-приватного партнерства на органи місцевого самоврядування припадало 82 % або 37 проектів. Інші 8 проектів в 2014 році були ініційовані комунальними підприємствами (3 проекти), бюджетними одиницями (2 проекти) та по 1 проекту припадало на Центр догляду за здоров'ям, навчальні заклади та фонди.

Кількість нових проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Міська гміна	78	11
Сільська гміна	51	4
Гміна сільсько-міська	37	8
Бюджетне об'єднання	33	2
Місто на правах повіту	30	8
Комунальна спілка	17	3
Управління повіту	10	4
Управління маршала	10	2
Центр догляду за здоров'ям	8	1
Університети	5	1
Державна адміністрація	5	0
Районне управління	2	0
Фонди	1	1
Інше	10	0
Всього	297	45

В період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року по аналогії за кількістю ініційованих проектів, найбільшу кількість договорів державно-приватного партнерства реалізували органи місцевого самоврядування - 63 договорів, на частку яких припадає 76,8% всіх успішно реалізованих проектів. Найбільше договорів було реалізовано муніципалітетами міст та сільськими радами – по 16 підписаних угод, що становить половину всіх контрактів, які були підписані органами місцевого самоврядування до кінця 2014 року.

На другому місці ради сільсько-міських територіальних органів, що підписали 14 угод державно-приватного партнерства і часткою в 22 % у всій кількості договорів, що підписали органи місцевого самоврядування. Таким чином, найбільшу кількість договорів державно-приватного партнерства в Польщі на сьогодні реалізували органи муніципального рівня. Обсяг угод підписаний органами місцевого управління рівня округів та провінцій становлять лише 15 % від загального числа контрактів та концесій державно-приватного партнерства в період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року. Інші органи державної влади підписали за досліджуваний період 19 контрактів державно-приватного партнерства, що становить 23,2 % від всіх успішно реалізованих угод. Лідером з 8 підписаними контрактами виступає група бюджетних одиниць. Уряд та комунальні підприємства реалізували по 3 контракти з державно-приватного партнерства. Ще по 2 угоди припадають на навчальні заклади та Центр догляду за здоров'ям.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Кількість, од.	Частка, %
Міська гміна	16	19,5
Сільська гміна	16	19,5
Гміна сільсько-міська	14	17,1
Бюджетне об'єднання	8	9,8
Управління маршала	8	9,8
Місто на правах повіту	7	8,5
Державна адміністрація	3	3,7
Комунальна спілка	3	3,7
Управління повіту	2	2,4
Центр догляду за здоров'ям	2	2,4
Університети	2	2,4
Районне управління	0	0,0
Фонди	0	0,0
Інше	1	1,2
Всього	82	100,0

Проте велика кількість договорів, що вийшла на стадію реалізації в період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року від органів муніципального рівня управління, обумовлена не великою ефективністю ініційованих проектів, а активністю даних територіальних суб'єктів управління. Ефективність реалізації ініційованих проектів в цій групі коливається від 18 % (муніципалітет) до 31,1 % (гміна сільсько-міська). Найбільша ефективність реалізації проектів – 66,7 % або 8 з 12 ініційованих проектів припадають на управління маршалу або провінціальний рівень територіального самоврядування. Високий рівень ефективності проектів, що ініційовані державною адміністрацією, 60 %, скоріш за все обумовлено високим рівнем довіри до них з боку приватних інвесторів та значними обсягами фінансової підтримки та гарантіями з боку польського уряду. Достатньо великий рівень ефективності у проектів, що були ініційовані навчальними закладами – 33,3 % реалізації. Ефективність проектів, що були ініційовані таким недержавними організаціями, як бюджетні установи та центр догляду за здоров'ям, становили 22,9 та 22,2 % відповідно. Найменшу довіру у потенційних приватних інвесторів викликали проекти, що були ініційовані різноманітними фондами та районними адміністраціями. За період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року ними не було реалізовано жодного з 4 ініційованих проектів.

Частка реалізованих проектів державно-приватного партнерства в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Ініційовано, од.	Реалізовано, од.	Частка, %
Управління маршала	12	8	66,7
Державна адміністрація	5	3	60,0
Університети	6	2	33,3
Гміна сільсько-міська	45	14	31,1
Сільська гміна	55	16	29,1
Бюджетне об'єднання	35	8	22,9
Центр догляду за здоров'ям	9	2	22,2
Місто на правах повіту	38	7	18,4
Міська гміна	89	16	18,0
Комунальна спілка	20	3	15,0
Управління повіту	14	2	14,3
Районне управління	2	0	0,0
Фонди	2	0	0,0
Інше	10	1	10,0
Всього	342	82	24,0

В 2014 році в цілому з 16 договорів державно-приватного партнерства, майже 88 % були укладені з суб'єктами місцевого самоврядування. Тільки два контракти, що пов'язані з бюджетними підприємствами та навчальними закладами (по 1 контракту), були підписані не з органами місцевого самоврядування. Аналіз даних показує, що в 2014 році органи місцевого самоврядування уклали контрактів на 11 % більше ніж за період 2009 – 2013 років. В 2014 році не було укладено контрактів державно-приватного партнерства на рівні офісів маршалка, провінцій, районів, уряду, комунальних підприємств та центру догляду за здоров'ям. Це означає, що в 2014 році в секторі місцевого самоврядування контракти державно-приватного партнерства укладали лише суб'єкти муніципального рівня управління. Частка контрактів 2014 року муніципалітетів становила 33%, міського та сільського управління - 40%, місто на правах повіту - 75%, сільські ради - 23% бюджетні блоки - 14%. Таким чином, найбільший приріст кількості контрактів в 2014 році припадав на бюджетні підприємства та міські і сільські ради.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Сільська гміна	13	3
Міська гміна	12	4
Гміна сільсько-міська	10	4
Управління маршала	8	0
Бюджетне об'єднання	7	1
Місто на правах повіту	4	3
Комунальна спілка	3	0
Державна адміністрація	3	0
Управління повіту	2	0
Центр догляду за здоров'ям	2	0
Університети	1	1
Районне управління	0	0
Фонди	0	0
Інше	1	0
Всього	66	16

Процес ініціювання індустріальних парків в розрізі польських регіонів в цілому відповідає структурі промислового виробництва, обсягам інвестицій та розташуванню індустріальних парків в регіонах Польщі. Майже 60 % ініціатив припадає на п'ять найбіль розвинутих промислових воєводств: Малопольське, Мазовецьке, Дольнославське, Велькопольське та Слаське. Найменше проектів ініціюється в Подляському, Західнопоморському, Лодзькому та Світокризькому воєводствах.

Кількість нових проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Регіон	Кількість, од.	Частка, %
Малопольське	60	17,5
Мазовецьке	46	13,5
Дольнославське	33	9,6
Велькопольське	32	9,4
Слаське	31	9,1
Куявсько-Поморське	24	7,0
Поморське	22	6,4
Вармінсько-Мазурське	21	6,1
Любельське	16	4,7
Опольське	16	4,7
Любуське	9	2,6
Підкарпатське	8	2,3
Подляське	7	2,0
Західнопоморське	7	2,0
Лодзьке	5	1,5
Світокризьке	5	1,5
Всього	342	100,0

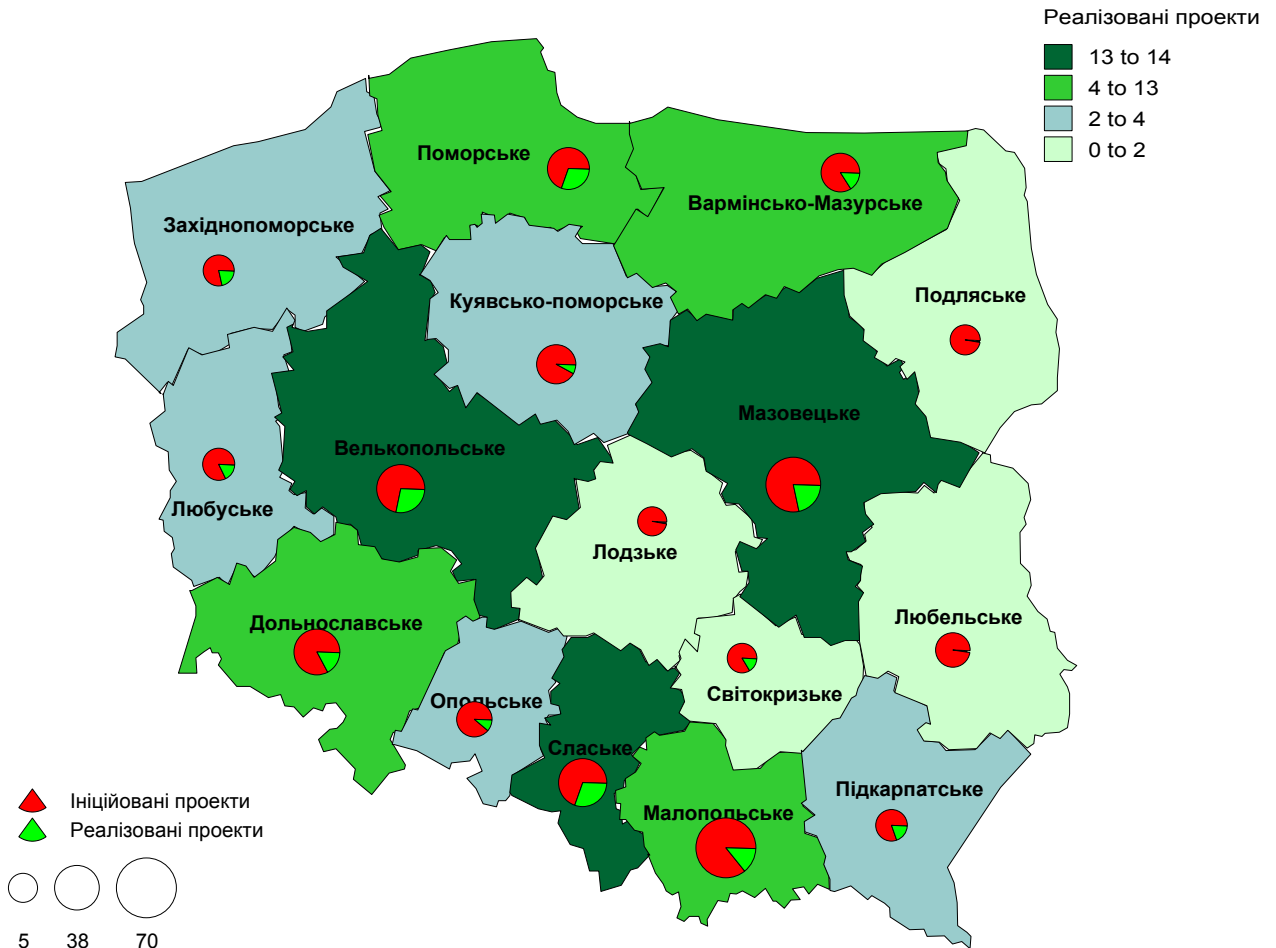
Структура реалізації угод державно-приватного партнерства за регіонами Польщі дещо відрізняється від структури ініційованих угод. Так само більшість угод (73,2 %) припадає на п'ять воєводств: Слаське, Мазовецьке, Велькопольське, Малопольське, Поморське. Дальнославське воєводство вийшло із списку лідерів за кількістю укладених угод державно-приватного партнерства. Найбільша ефективність реалізації проектів в досліджуваний період зафіксована в Поморському воєводстві (45,5 % від всіх проектів), Слаському (45,2 %) та Велькопольському (40,6 %). В Любельському, Подляському та Лодзькому воєводствах не було реалізовано ні одного з 28 задекларованих проектів. В більшості випадків ефективність реалізації проектів коливалася від 10 до 30 % при середній ефективності по Польщі 24 %.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Регіон	Кількість, од.	Частка, %
Слаське	14	17,1
Мазовецьке	13	15,9
Велькопольське	13	15,9
Малопольське	10	12,2
Поморське	10	12,2
Дольнославське	7	8,5
Вармінсько-Мазурське	4	4,9
Куявсько-Поморське	2	2,4
Опольське	2	2,4
Любуське	2	2,4
Підкарпатське	2	2,4
Західнопоморське	2	2,4
Світокризьке	1	1,2
Любельське	0	0,0
Подляське	0	0,0
Лодзьке	0	0,0
Всього	82	100,0

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Регіон	Ініційовано, од.	Реалізовано, од.	Частка, %
Поморське	22	10	45,5
Слаське	31	14	45,2
Велькопольське	32	13	40,6
Західнопоморське	7	2	28,6
Мазовецьке	46	13	28,3
Підкарпатське	8	2	25,0
Любуське	9	2	22,2
Дольнославське	33	7	21,2
Світокризьке	5	1	20,0
Вармінсько-Мазурське	21	4	19,0
Малопольське	60	10	16,7
Опольське	16	2	12,5
Куявсько-Поморське	24	2	8,3
Любельське	16	0	0,0
Подляське	7	0	0,0
Лодзьке	5	0	0,0
Всього	342	82	24,0



Реалізація угод державно-приватного партнерства в Польщі в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

В період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2013 року державні структури підписали в цілому 66 контрактів державно-приватного партнерства. В цей період, найбільша кількість договорів було укладено у трьох провінціях: Велькопольське воєводство (12) Мазовецьке (12) і Слзське (10) - всього 52% всіх угод. Проте в 2014 році лідером по підписанню угод державно-приватного партнерства залишилося лише Слзське воєводство на яке припадало 25 % всіх підписаних за рік контрактів (4 угоди або 28,6 % від всіх угод підписаних воєводством за досліджуваний період). Угоди 2014 року становили значну частку серед всіх контрактів регіонів в Дольнославському воєводстві – 28,6 % або 2 угоди з 7 підписаних, в Малопопському – 20,0 % (2 угоди з 10), Варміно-Мазурському – 25,0 % (1 угода з 4). Половина всіх угод в 2014 році були підписані в Куявсько-Поморському та Любуському воєводствах. Західнопоморське воєводство підписало в 2014 році 2 угоди державно-приватного партнерства, що становить 100 % контрактів в період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2014 року.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Регіон	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Велькопольське	12	1
Мазовецьке	12	1
Слаське	10	4
Поморське	9	1
Малопольське	8	2
Дольнославське	5	2
Вармінсько-Мазурське	3	1
Опольське	2	0
Підкарпатське	2	0
Куявсько-Поморське	1	1
Любуське	1	1
Світокризьке	1	0
Західнопоморське	0	2
Любельське	0	0
Подляське	0	0
Лодзьке	0	0
Всього	66	16

Інституту державно-приватного партнерства Польщі поділяє проекти державно-приватного партнерства за обсягами інвестицій: мікро проекти до 5 млн. зл. (близько 1,3 млн. дол. США), дуже малі – 5 – 20 млн. зл. (від 1,3 до 5,3 млн. дол. США), малі - 20 – 50 млн. зл. (5,3 - 13,2 млн. дол. США), середні – 50 – 100 млн. зл. (13,2 - 26,4 млн. дол. США), великі – 100 – 250 млн. (26,4 – 66 млн. дол. США), дуже великі проекти – ті що більше 250 млн. зл. або 66 млн. дол. США. За період з 1 січня 2009 року до 31 грудня 2014 року майже 72 % всіх проектів державно-приватного партнерства припадало на малі проекти до 13 млн. дол. США. При цьому мікро проектів до 1,3 млн. дол. США було ініційовано 98 одиниць, дуже малих до 5 млн. дол. США – 79 одиниць, та ще 69 проектів Інститут державно-приватного партнерства відніс до малих проектів від 5 до 13 млн. дол. США. На дуже великі проекти з обсягами фінансування більше 66 млн. дол. США припадало лише 6,1 % від всіх ініційованих проектів. Переважна більшість малих проектів припадала на органи місцевого самоврядування.

Кількість проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Обсяг інвестицій	Кількість, од.	Частка, %
Мікро до 5 млн.	98	28,7
Дуже малі від 5 до 20 млн.	79	23,1
Малі від 20 до 50 млн.	69	20,2
Середні від 50 до 100 млн.	29	8,5
Великий 100 – 250 млн.	25	7,3
Дуже великий більше 250 млн.	21	6,1
Нема даних	21	6,1
Всього	342	100,0

Аналізуючи кількість проектів ініційованих в період з 1 січня 2009 року 31 грудня 2013 року, можна визначити, що домінуючим типом договорів державно-приватного партнерства були угоди на мікро фінансування. Їх частка в цей період становила 30 % від всіх договорів державно-приватного партнерства. Проте в 2014 році мікро проекти втратили своє лідерство і становили лише 20 % від загального обсягу ініційованих угод. Натомість зросли частки дуже малих проектів з 22,9 % в період 2009 – 2013 років до 24,4 % в 2014 році, малих проектів з 19,9 до 22,2 % та середніх з 7,4 до 15,6 %. Великі проекти, що в 2009 – 2013 роках випереджали за кількістю середні з часткою в загальних обсягах в 8,1 %, в 2014 році займали лише 2,2 % поступаючись навіть дуже великим проектам, що в цьому році займали 4,4 % від загальних обсягів ініційованих проектів державно-приватного партнерства. Така ситуація скоріш за все обумовлена більшою ефективністю дуже великих проектів. В натуральних величинах великих і дуже великих проектів в 2014 році було ініційовано лише 1 і 2 проекти, відповідно.

Кількість проектів ініційованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Мікро до 5 млн.	89	9
Дуже малі від 5 до 20 млн.	68	11
Малі від 20 до 50 млн.	59	10
Середні від 50 до 100 млн.	22	7
Великий 100 – 250 млн.	24	1
Дуже великий більше 250 млн.	19	2
Нема даних	16	5
Всього	297	45

Загальна тенденція, що була визначена в процесі ініціювання проектів в період з 1 січня 2009 року до 31 грудня 2014 року, збереглася і в процесі їх підписання. Майже 82,9 % припадає на проекти з незначними обсягами фінансування: мікро проекти – 39 перейшло в стадію реалізації, дуже малі – 16 та малі – 13 проектів. В свою чергу, договори, що класифікуються як дуже великий або великий, займають частку лише 8,2% від загального числа реалізованих проектів. При цьому за кількістю підписаних угод дуже великі проекти значно випередили ті, що класифікуються як великі, і зайняли друге місце за ефективністю реалізації. В категорії дуже великі договори частка реалізованих угод становила 23,8 % від ініційованих проектів.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Обсяг інвестицій	Кількість, од.	Частка, %
Мікро до 5 млн.	39	47,6
Дуже малі від 5 до 20 млн.	16	19,5
Малі від 20 до 50 млн.	13	15,9
Середні від 50 до 100 млн.	5	6,1
Великий 100 – 250 млн.	3	3,7
Дуже великий більше 250 млн.	5	6,1
Нема даних	1	1,2
Всього	82	100,0

Ефективність реалізації ініційованих проектів в сегменті мікро проектів становила 39,8 %. Така ситуація скоріш за все обумовлена, по перше, незначними потребами в фінансуванні, що спрощує пошук потенційного інвестора, по друге, значно меншими ризиками при реалізації угоди. Як вже визначалося, на другому місці за ефективністю реалізації знаходяться дуже великі проекти. Їх висока ефективність обумовлена тим, що, як правило, такі проекти ініціюються урядовими організаціями, мають державну підтримку в фінансуванні і додаткові державні гарантії. На третьому місці дуже малі угоди про державно-приватне партнерство з ефективністю в 20,3 %. Всі інші сегменти ринку за обсягами фінансування по ефективності реалізації не перевищили 20 % від ініційованих проектів.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Регіон	Ініційовано, од.	Реалізовано, од.	Частка, %
Мікро до 5 млн.	98	39	39,8
Дуже малі від 5 до 20 млн.	79	16	20,3
Малі від 20 до 50 млн.	69	13	18,8
Середні від 50 до 100 млн.	29	5	17,2
Великий 100 – 250 млн.	25	3	12,0
Дуже великий більше 250 млн.	21	5	23,8
Нема даних	21	1	4,8
Всього	342	82	24,0

За період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2013 року майже 50 % всіх угод по державно-приватному партнерству в Польщі припадало на категорію мікро контрактів. В 2014 році їх частка значно скоротилася до 18,2 %. В цілому якщо в період 2009 – 2013 років на малі угоди до 50 млн. зл. припадало 84,8 % всіх угод, то в 2014 році їх частка становила лише 75,0 %. Натомість в 4 рази зросла кількість підписаних угод в категорії середні з 1 угоди за період 2009 – 2013 роки до 4 угод в 2014 році (або 25 % всіх підписаних угод). В категорії від 100 млн. зл. і більше за 2014 рік не було підписано жодної угоди.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
Мікро до 5 млн.	33	6
Дуже малі від 5 до 20 млн.	11	5
Малі від 20 до 50 млн.	12	1
Середні від 50 до 100 млн.	1	4
Великий 100 – 250 млн.	2	0
Дуже великий більше 250 млн.	6	0
Нема даних	1	0
Всього	66	16

Важливим фактором, що визначає умови контракту державно-приватного партнерства, є його тривалість. В період з 1 січня 2009 року по 31 грудня 2013 року 51,5 % всіх угод уклалися на термін від 5 до 15 років. В 2014 році дана тенденція збереглася і на цей період було укладено 62,5 % всіх угод державно-приватного партнерства. В період 2009 – 2013 років друге місце за кількістю укладених угод з часткою в 24,2 % займали контракти на термін від 15 до 30 років. Разом з контрактами на термін більше 30 років (2 угоди) їх частка становила 27,2 % від всіх підписаних угод. Проте в 2014 році частка довготривалих угод державно-приватного партнерства впала до 18,8 %, при цьому не було підписано жодного контракту на термін більше 30 років. Також в 2014 році скоротилася частка короткотермінових контрактів до 5 років з 19,7 % в 2009 – 2013 роках до 18,8 % або 3 підписаних угод.

Кількість проектів реалізованих в 2009 – 2014 роках
За даними Інституту державно-приватного партнерства

Ініціатор проекту	Проектів 2009 – 2013 роки	Проектів в 2014 році
До 5 років	13	3
Від 5 до 15 років	34	10
Від 15 до 30 років	16	3
Більше 30 років	2	0
Нема даних	1	0
Всього	66	16

За даними Міністерства економіки Польщі з 82 угод державно-приватного партнерства, що перейшли в стадію реалізації, 84 % або 69 контрактів досі знаходяться в процесі реалізації. В 9 % випадків (7 контрактів) угоди були успішно реалізовані. Ще 5 контрактів (близько 6 %) було розірвано на етапі реалізації і один контракт (1 %) так і не було профінансовано. В більшості випадків проекти до 5 млн. злотих фінансувалися на протязі 6 місяців від дати укладання договору, проекти в яких витрати перевищують 5 млн. злотих фінансувалися на протязі від 4 до 14 місяців. При цьому мікропроекти, як правило, фінансувалися за рахунок приватних партнерів. В більш кошторисних проектах значна частина позикового капіталу і урядових коштів (в тому числі грантів від ЄС при використанні гібридних моделей державно-приватного партнерства). Причинами розірвання контрактів державно-приватного партнерства виступали або нестача фінансування, або банкрутство приватного партнера.

Проведений аналіз ситуації на ринку державно-приватного партнерства в Польщі показує, що з моменту вступу в силу 2009 році нових правил, даний інструмент все частіше використовується як інструмент інвестицій в державний сектор. Ефективність реалізації проектів поступово зростає в часі, що свідчить про кращу підготовку і набуття досвіду органами державної влади та публічним сектором в Польщі. Характерним є поступове зменшення проектів спрямованих на інвестиції в інфраструктуру та зростання кількості проектів пов'язаних з наданням послуг. В більшості випадків процедура державно-приватного партнерства використовується місцевими органами самоврядування. Через їх обмежені фінансові можливості більшість угод державно-приватного партнерства за обсягами фінансування не перевищують значення 3 млн. злотих, а найбільша кількість угод зосереджена в регіонах, що характеризуються високими темпами економічного зростання.

Можна припустити, що в зв'язку з набуттям досвіду в плануванні проектів державно-приватного партнерства, більш реалістичним підходом до розподілу витрат та ризиків проектів між публічним та приватним сектором, найближчим часом польський ринок державно-приватного партнерства матиме подальший розвиток.

1.3.2. Огляд законодавства щодо державно-приватних партнерств

Польське законодавство в сфері державно-приватного партнерства спирається на міжнародне право та директиви Європейської комісії. До основних законодавчих норм міжнародного права відносно державно-приватного партнерства на сьогодні відносяться:

- UNIDO Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (BOT) Projects, 1996;
- OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000;
- UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000;
- UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003.

Основою міжнародного права на сьогодні виступає Керівництво ООН для законодавчих органів по проектах в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел UNCITRAL. Дане керівництво є основним джерелом, що описує світову практику застосування державно-приватного партнерства та використовується для розробки основних принципів відносно законодавчої бази державно-приватного партнерства. Інші міжнародні документи визначають загальні керівні принципи відносно природи, структури і характеристики державно-приватного партнерства, як на законодавчому рівні, так і їх впровадження.

В цілому Керівництво UNCITRAL охоплює наступні сторони законодавства стосовно державно-приватного партнерства:

I. Загальні законодавчі та інституційні рамки

Прийняття належних і ефективних юридичних рамок є попереднім елементом створення таких умов, які сприяли б приватним інвестиціям в інфраструктуру. Країнам, в яких такі юридичні рамки вже створені, важливо забезпечити, щоб законодавство було достатньо гнучким і враховувало необхідність пристосування до прогресу в різних секторах інфраструктури.

В. Конституційні, законодавчі та інституційні рамки

У даному розділі розглядаються загальні керівні принципи, на яких можуть ґрунтуватися юридичні рамки для здійснення проектів у області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

1. Загальні керівні принципи створення сприятливих конституційних і законодавчих рамок

а) Прозорість. Прозорі юридичні рамки характеризуються чіткими і доступними правилами, а також ефективними процедурами для їх застосування. Прозорі закони та адміністративні процедури обумовлюють передбачуваність, що дозволяє потенційним інвесторам оцінити витрати і ризики своїх інвестицій, і, таким чином, запропонувати найбільш вигідні умови. Прозорі закони та адміністративні процедури можуть також сприяти відкритості, якщо прийняті положення, що вимагають опублікування адміністративних рішень, включаючи, якщо це доречно, обов'язок вказувати підстави, на яких були прийняті такі рішення, і розкривати інформацію, що представляє публічний інтерес. Вони також перешкоджають довільним або неналежним діям або рішенням з боку організації-замовника

або її посадових осіб і, таким чином, сприяють зміцненню довіри до національної програми розвитку інфраструктури. Прозорість законів і адміністративних процедур має особливе значення, коли мета полягає в залученні іноземних інвестицій, оскільки іноземні компанії можуть бути незнайомі з практикою країни в справі видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури.

б) Справедливість. Юридичні рамки служать як засобом, за допомогою якого уряди регулюють і забезпечують надання загальнодоступних послуг своїм громадянам, так і засобом, за допомогою якого постачальники загальнодоступних послуг та їх споживачі можуть захищати свої права. Справедливі юридичні рамки враховують різні (причому, можливо, іноді й суперечливі) інтереси уряду, постачальників загальнодоступних послуг і їх споживачів і мають на меті забезпечення справедливої збалансованості таких інтересів. Комерційні міркування приватного сектора, право користувачів на отримання належних послуг як з точки зору якості, так і ціни, відповідальність уряду за забезпечення безперервності надання найважливіших послуг і його роль у сприянні розвитку інфраструктури - це тільки деякі з тих інтересів, які заслуговують належного визнання в законодавстві.

з) Довгострокова стійкість. Важлива мета внутрішнього законодавства з розвитку інфраструктури полягає в забезпеченні довгострокового характеру надання загальнодоступних послуг, причому все більш широке увага приділяється питанням екологічної стійкості. Недостатньо розвинені механізми для експлуатації та обслуговування публічної інфраструктури істотно обмежують ефективність у всіх секторах інфраструктури та безпосередньо ведуть до зниження якості послуг і підвищення витрат для користувачів. З законодавчої точки зору важливо забезпечити, щоб приймаюча країна володіла інституціональним потенціалом для виконання різних завдань, покладених на публічні органи, які беруть участь у проектах в області інфраструктури на різних етапах їх реалізації. Іншим чинником, що сприяє зміцненню довгострокової стійкості національної політики в галузі інфраструктури, є досягнення правильної збалансованості між наданням загальнодоступних послуг на конкурентній та монопольній основах. Конкуренція може сприяти скороченню загальних витрат і забезпечувати більш значні резервні потужності для надання найважливіших послуг.

2. Конституційне право і проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел

Країнам, що прагнуть сприяти розширенню приватних інвестицій в інфраструктуру, важливо провести огляд діючих конституційних норм, з тим щоб виявити можливі обмеження на здійснення проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. У ряді країн реалізація проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, затримувалася в результаті невизначеності в питанні про обсяг державних повноважень на надання підрядів на такі проекти.

Крім того, важливо враховувати конституційні норми, що стосуються власності на землю або об'єкти інфраструктури. Конституційне право деяких країн містить обмеження на приватну власність на землю і деякі засоби виробництва. В інших країнах приватна власність визнається, проте конституція оголошує деякі види інфраструктури власністю держави. Заборони та обмеження такого характеру можуть пред ставлять собою перешкоду для здійснення проектів, що передбачають приватну експлуатацію відповідного об'єкта інфраструктури або його приватну експлуатацію та приватну власність на нього

3. Загальне законодавство і спеціальне законодавство за окремими секторами

Законодавство часто відіграє центральну роль у залученні приватних інвестицій в проекти в галузі публічної інфраструктури. У законодавстві звичайно закріплюються принципи проведеної політики, передбачаються конкретні юридичні права, і відповідні закони можуть представляти собою важливу гарантію стабільності правового режиму і режиму регулювання. На практиці в більшості країн здійсненню проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, передувало прийняття законодавчих заходів, що встановлюють загальні правила видачі підрядів на такі проекти і їх здійснення.

У той же час в рамках загального законодавства, вже в силу його характеру, зазвичай неможливо врахувати всі конкретні потреби різних секторів. Навіть у тих країнах, які прийняли спільне законодавство, що регулює загальносекторальні питання, було полічено, що додаткове законодавство, що стосується конкретних секторів, дозволить законодавцю розробити норми, що враховують ринкову структуру в кожному секторі. Слід зазначити, що в багатьох країнах спеціальне законодавство по окремих секторах приймалося в період, коли національна інфраструктура в значній частині або навіть повністю охоплювалася державною монополією. Країнам, зацікавленим у стимулюванні інвестицій приватного сектора в інфраструктуру, доцільно провести огляд чинного спеціального законодавства по окремим секторам, з тим щоб визначити прийнятність таких актів для проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

Крім того, спеціальне законодавство по окремих секторах може зіграти важливу роль у створенні бази для регулювання окремих секторів інфраструктури. Рекомендації щодо законодавчих питань особливо корисні для тих країн, які знаходяться на початкових етапах створення чи розвитку національних механізмів регулювання. Таке законодавство також являє собою важливу гарантію того, що свобода розсуду здійснюють регулювання властей при виконанні їх функцій не є необмеженою, а визначається параметрами, встановленими законом. У той же час в цілому доцільно уникати прийняття жорстких або надмірно деталізованих законодавчих положень, що регулюють договірні аспекти реалізації проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, оскільки в більшості випадків подібні норми не відповідатимуть довгостроковим характером цих проектів.

С. Обсяг повноважень на видачу концесій

Реалізація проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, може зажадати прийняття спеціального законодавства або норм, що уповноважують держава передавати функції з надання загальнодоступних послуг приватним підприємствам. Ухвалення законодавчого акту, що прямо встановлює такі повноваження, може являти собою важливу міру, спрямовану на зміцнення довіри потенційних інвесторів, як національних, так і іноземних, до національної політики щодо стимулювання інвестицій приватного сектора в інфраструктуру. Центральні аспекти питання про повноваження на видачу концесій у зв'язку з проектами в області інфраструктури розглядаються у нижченаведених пунктах.

1. Уповноважені установи та відповідні області діяльності

У деяких правових системах урядові функції з надання загальнодоступних послуг не можуть делегуватися без попереднього встановлення відповідних повноважень в законодавчому порядку. Для тих країн, які прагнуть залучити приватні інвестиції в інфраструктуру, особливо важливо, щоб в законі чітко обмовлялися повноваження уряду передавати іншим підприємствам, ніж публічні органи, право на надання певних загальнодоступних

послуг. Таке загальне положення може бути особливо важливим у тих країнах, в яких надання загальнодоступних послуг є монополією уряду або в яких планується залучити приватні підприємства до надання деяких послуг, які в минулому надавалися населенню безкоштовно

У разі прийняття загального законодавства також доцільно чітко вказати ті публічні органи або рівні управління, які компетентні видавати підряди на проекти в галузі інфраструктури приватному сектору і діяти в якості організацій-замовників. З тим щоб уникнути непотрібних затримок, особливо доцільно прийняти норми, що дозволяють встановити тих фізичних або посадових осіб, які володіють повноваженнями на прийняття зобов'язань від імені організації-замовника (і, якщо це доречно, інших публічних органів) на різних етапах переговорів, а також повноваженнями на підписання проектної угоди. Корисно розглянути питання про обсяг тих повноважень, які можуть знадобитися іншим органам, ніж центральний уряд, для реалізації проектів, що входять в сферу їх компетенції. Стосовно до проектів, які передбачають участь посадових осіб або відомств на різних рівнях управління (наприклад, загальнонаціональному, регіональному чи місцевому), коли заздалегідь визначити всіх відповідних посадових осіб чи відомства неможливо, можуть знадобитися інші заходи для забезпечення належної адміністративної координації.

З метою забезпечення ясності буде, можливо, також доцільно вказати в такому загальному законодавстві ті сектори, в яких можуть надаватися концесії. Якщо це не буде визнано можливим або бажаним, то в як альтернатива в законодавстві можуть бути вказані ті області діяльності, які не можуть бути об'єктом концесії (наприклад, види діяльності, пов'язані з національною обороною або безпекою).

2. Мета і обсяг концесій

Буде, можливо, корисно визначити в законодавстві характер і мету проектів, що фінансуються з приватних джерел, в зв'язку з якими можуть бути видані концесії. Один з можливих підходів полягає у визначенні різних категорій проектів відповідно до обсягу прав і зобов'язань, прийнятих на себе концесіонером (наприклад, "будівництво-експлуатація-передача", "будівництво-власність-експлуатація", "будівництво-передача-експлуатація" або "Будівництво-передача"). У той же час, враховуючи широке розмаїття схем, які можуть застосовуватися у зв'язку з приватними інвестиціями в інфраструктуру, спроба дати вичерпне визначення всім таким формам може бути досить важкою. В якості альтернативи в законодавстві можна в загальному плані передбачити, що концесії можуть надаватися для мети покладання на яке-небудь підприємство, будь то приватне або публічне, зобов'язання виконати роботи в області інфраструктури або надавати певні загальнодоступні послуги в обмін на право стягувати ціну за використання об'єкта або приміщень або за надану послугу або вироблені товари, або в обмін на іншу плату або винагороду, узгоджені сторонами. Потім в законодавстві можна було б роз'яснити, що концесії можуть надаватися на будівництво та експлуатацію нового об'єкта або системи інфраструктури або на матеріально-технічне обслуговування, ремонт, відновлення, модернізацію, розширення та експлуатацію діючих об'єктів або систем інфраструктури, або тільки на надання загальнодоступних послуг і на управління наданням таких послуг.

Інша важлива проблема стосується характеру прав, що надаються концесіонеру, зокрема питання про те, чи є право на надання відповідної послуги винятковим або ж концесіонер буде діяти в умовах конкуренції з іншими об'єктами інфраструктури або постачальниками послуг. Виключне право може надаватися щодо обслуговування якого-небудь конкретного географічного регіону (наприклад, у випадку комунальної водорозподільної компанії) або всієї території країни (наприклад, у випадку національної залізничної компанії); виняткове

право може надаватися на поставку якого-небудь конкретного виду товарів або надання якого-небудь конкретного виду послуг одному конкретному клієнту (наприклад, коли електростанція є винятковим регіональним постачальником для певної лінії передачі і розподілу електроенергії) або обмеженій групі клієнтів (наприклад, коли національна компанія міжміського телефонного зв'язку забезпечує зв'язок з місцевими телефонними компаніями).

Вирішення питання про те, чи слід надавати виключні права в зв'язку з будь-яким конкретним проектом або категорією проектів, слід приймати з урахуванням політики приймаючої країни щодо відповідного сектора. Як це вже говорилося раніше, масштаби конкуренції в різних секторах інфраструктури істотно розрізняються. У той час як деякі сектори або їх сегменти мають характеристиками природних монополій - і в цьому випадку відкрита конкуренція зазвичай не є економічно ефективним варіантом, - інші сектори інфраструктури були успішно відкриті для вільної конкуренції.

Таким чином, до вирішення питання про виняткові права доцільно застосовувати гнучкий підхід. Кращим буде, можливо, такий порядок, коли законодавство замість того, щоб забороняти чи приписувати видачу виняткових концесій, буде дозволяти видачу виняткових концесій, якщо буде визнано, що це відповідає громадським інтересам, наприклад у випадках, коли виключні права виправдані з точки зору мети забезпечення технічної або економічної ефективності проекту. Можна встановити вимогу про те, що організація-замовник повинна буде до початку процедур відбору концесіонера вказати причини, в силу яких передбачається надання виключної концесії. Таке загальне законодавство може бути доповнено спеціальними законодавчими актами з окремим секторам, регулюючими питання про виняткові права з урахуванням кожного конкретного сектора.

D. Адміністративна координація

Залежно від структури адміністративних органів приймаючої країни в проектах в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, може знадобитися участь ряду публічних органів на різних рівнях управління. Наприклад, компетенція на встановлення різних положень і правил, що регулюють відповідний вид діяльності, може повністю або частково належати якомусь чи громадському органу на іншому рівні, ніж той орган, який несе відповідальність за надання відповідної послуги. Може також існувати таке становище, коли і регулюючі, та оперативні функції об'єднуються в одній організації, а повноваження на укладення урядових контрактів у централізованому порядку передано іншого публічного органу.

Міжнародний досвід, накопичений за останній час, показав доцільність покладання спільної відповідальності за розробку політики і забезпечення практичного керівництва щодо проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, на центральну групу, що входить в адміністративну структуру приймаючої країни. Така центральна група може також нести відповідальність за координацію роботи основних публічних органів, взаємодіючих з проектною компанією. В той же час зізнається, що в результаті особливої адміністративної структури створення такого механізму в ряді країн буде неможливим. Коли започаткування такої центральної групи неможливо, можуть бути вивчені інші заходи для забезпечення належного рівня координації діяльності різних зацікавлених публічних органів, як це розглядається в нижченаведених пунктах.

1. Координація підготовчих заходів

Один з важливих заходів, спрямованих на забезпечення успішної реалізації проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, - це вимога про те, щоб відповідний публічний орган проводив попередню оцінку техніко-економічної обґрунтованості таких проектів, включаючи економічні та фінансові аспекти, такі, як передбачувані економічні вигоди від проекту, кошторисні витрати і потенційний прибуток, очікувана від експлуатації об'єкта інфраструктури, а також екологічні наслідки реалізації проекту. У таких обґрунтуваннях, підготовлених організацією-замовником, слід, зокрема, чітко вказувати передбачувану віддачу проекту, представляти достатні підстави, що зумовлюють необхідність в інвестиціях, пропонувати механізм залучення приватного сектора до участі, а також описувати конкретні рішення стосовно вимогам, пред'являються до продукції проекту.

Після виявлення майбутнього проекту уряду слід визначити його відносно пріоритетність, а також виділити людські та інші ресурси для його здійснення. На цьому етапі бажано, щоб організація-замовник провела огляд чинних законодавчих або нормативних вимог, що стосуються експлуатації об'єктів інфраструктури пропонованого типу, з метою виявлення основних публічних органів, участь яких буде потрібно для реалізації проекту. На цьому етапі також важливо розглянути заходи, які можуть знадобитися для того, щоб організація-замовник і інші беруть участь публічні органи виконали ті зобов'язання, які, як вони це можуть розумно припускати, ляжуть на них у зв'язку з проектом. Наприклад, уряду може знадобитися завчасно вжити бюджетні заходи, з тим щоб організація-замовник або інші публічні органи могли виконати фінансові зобов'язання, що охоплюють кілька бюджетних циклів, наприклад, довгострокові зобов'язання щодо закупівлі продукції, виробленої в рамках проекту. Крім того, може знадобитися прийняття низки адміністративних заходів для надання певних форм підтримки у зв'язку з проектом, наприклад, в тому, що стосується звільнення від оподаткування та спрощення митного режиму, причому для їх прийняття може знадобитися значний час.

2. Заходи, спрямовані на полегшення видачі ліцензій та дозволів

Законодавство може зіграти корисну роль у справі полегшення видачі ліцензій і дозволів, які можуть знадобитися в ході здійснення проекту (наприклад, ліцензій, необхідних на підставі валютних правил; ліцензій на реєстрацію концесіонера як юридичної особи; дозволів на наймання іноземців; реєстраційні та гербові збори за використання земельних ділянок або оформлення власності на такі ділянки; ліцензії на імпорт обладнання та матеріалів; будівельні ліцензії; ліцензії на прокладку кабелів або трубопроводів; ліцензії на введення об'єкту в експлуатацію; і виділення частот для мобільного зв'язку). Видача таких ліцензій та дозволів може відноситися до компетенції різних органів на різних рівнях управління, і для їх отримання може знадобитися значний час, особливо коли стверджують органи або посадові особи спочатку не брали участь у розробці проекту або у відповідність його умов. Затримки в процесі введення об'єктів інфраструктури в експлуатацію в результаті відсутності необхідних ліцензій або дозволів з незалежних від концесіонера причин можуть призвести до підвищення вартості проекту, а також цін, які повинні виплачуватися користувачами.

Таким чином, рекомендується проводити завчасну оцінку потреб в ліцензіях і дозволах для цілей конкретного проекту, з тим щоб уникнути затримок на етапі реалізації. Один з можливих заходів для зміцнення координації видачі ліцензій і дозволів може полягати в тому, щоб, покласти на якийсь один орган повноваження на отримання заявок на ліцензії та дозволи, перепроведення їх відповідним відомствам і контроль за видачею усіх ліцензій та дозволів, перелічених у запиті пропозицій, та інших ліцензій, вимоги про які можуть бути введені згодом новими правилами. Крім того, в законодавчому порядку можна

уповноважити відповідні відомства видавати тимчасові ліцензії та дозволи і встановити термін, після закінчення якого ці ліцензії та дозволи будуть вважатися виданими, якщо не надійде відмова в письмовій формі.

У той же час слід зазначити, що розподіл адміністративних повноважень серед різних рівнів управління (наприклад, місцевого, регіонального і центрального) часто відображає основоположні принципи політичної організації країни. У силу цього є випадки, коли центральний уряд не може прийняти на себе відповідальність за видачу всіх ліцензій та дозволів або покласти таку координуючу функцію на який-небудь один орган. У подібних випадках важливо вжити заходів, спрямованих на те, щоб не допустити затримок, які можуть бути викликані таким розподілом адміністративних повноважень, наприклад, укласти домовленості між організацією-замовником та іншими зацікавленими публічними органами про полегшення процедур у зв'язку з будь-яким конкретним проектом або прийняти інші заходи, спрямовані на забезпечення належного рівня координації в діяльності різних зацікавлених публічних органів і на підвищення прозорості та ефективності процесу отримання ліцензій. Крім того, уряд може розглянути питання про надання певних запевнень в тому, що воно буде в максимально можливій мірі сприяти концесіонеру в отриманні ліцензій, необхідних відповідно до внутрішнього законодавству, наприклад, шляхом надання інформації та допомоги учасникам процедур у питаннях про тих ліцензіях, які потрібно отримати, а також про відповідні процедури та умови. З практичної точки зору на додаток до координації серед різних рівнів управління і різних публічних органів потрібно забезпечити послідовність у справі застосування критеріїв для видачі ліцензій та для забезпечення прозорості адміністративного процесу.

Е. Повноваження на регулювання послуг в області інфраструктури

На надання певних загальнодоступних послуг зазвичай поширюється спеціальний режим регулювання, який може встановлюватися з допомогою матеріально-правових норм, процедур, інструментів та інституційних структур. Такі рамки являють собою важливий інструмент для проведення урядової політики у відповідному секторі. Залежно від інституційної структури відповідної країни і розподілу повноважень між різними рівнями управління певні сектори інфраструктури можуть - повністю або спільно із загальнонаціональним законодавством - Регулюватися регіональним або місцевим законодавством.

Керівництво виходить з тієї передумови, що в приймаючій країні створені належні інституційні та ієрархічні структури і є необхідні людські ресурси для здійснення проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Проте в допомогу національним законодавчим органам, що розглядає питання про необхідність та доцільності створення регулюючих установ для контролю за наданням загальнодоступних послуг, в цьому розділі розглядаються деякі основні інституційні та процедурні питання, які можуть виникнути в зв'язку з цим. Обговорення, включене в цей розділ, відображає різні підходи, які були використані у внутрішньому законодавстві для встановлення рамок регулювання у зв'язку з проектами в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, однак Керівництво жодним чином не рекомендує використання будь-якої конкретної моделі або створення будь-якої конкретної адміністративної структури. Практична інформація і технічні консультації можуть бути отримані від міжнародних фінансових установ, які виконують програми з надання допомоги країнам-членам у створенні належних рамок регулювання (наприклад, від Світового банку та регіональних банків розвитку).

1. Секторальна компетенція і мандат регулюючих установ

Функції регулювання можуть бути організовані на секторальній або міжсекторальній основі. Країни, які обрали секторальний підхід, у багатьох випадках приймали рішення про включення тісно пов'язаних секторів або їх сегментів в один комплекс регулювання (наприклад, про створення загального регулюючого установи для енергетики та газу або аеропортів і авіаліній). Інші країни організували регулювання на міжсекторальній основі, причому в деяких випадках один регулююча організація несла відповідальність за всі сектори інфраструктури, а в інших - одна організація несла відповідальність за підприємства громадського користування (водо- і енергопостачання, газ, телекомунікації), а інша - за транспорт. У деяких країнах компетенція регулюючих установ може також поширюватися на кілька секторів в якомусь конкретному регіоні.

Регулюючі установи, компетенція яких обмежується тим або іншим конкретним сектором, зазвичай працюють над розвитком технічного експертного потенціалу, пристосованого до потреб конкретного сектора. Регулювання за окремими секторами може сприяти розробці правил і видів практики, пристосованих до потреб відповідного сектора. У той Водночас рішення щодо секторального або міжсекторального регулювання частково залежить від потенціалу відповідної країни в області регулювання. Країни, що володіють обмеженими знаннями та досвідом в області регулювання інфраструктури, можуть вважати кращим скоротити кількість незалежних структур і спробувати отримати економію за рахунок ефекту масштабу.

У законодавстві, що встановлює механізм регулювання, часто обмовляється ряд загальних цілей, на підставі яких повинна будуватися діяльність регулюючих установ, наприклад, сприяння конкуренції, захист інтересів користувачів, задоволення попиту, ефективність сектора або постачальників загальнодоступних послуг, їх фінансова стійкість, гарантії публічних інтересів або зобов'язань про надання загальнодоступних послуг і захист прав інвесторів. Наявність однієї або двох головних цілей допомагає роз'яснити мандат регулюючих установ та встановити пріоритети між іноді суперечними один одному завданнями. Чіткий мандат може також сприяти зміцненню автономії регулюючого установи і підвищенню його авторитету.

2. Інституційні механізми

Діапазон інституційних механізмів для регулювання секторів інфраструктури може бути самим різним. У той час як деякі країни покладають функції регулювання на урядові органи (наприклад, на відповідні міністерства або департаменти), інші країни віддали перевагу створенню автономних регулюючих установ, відокремлених від урядового апарату. Деякі країни прийняли рішення про те, щоб передбачити регулювання певних секторів інфраструктури автономним і незалежним органом, зберігши в той же час регулювання інших секторів за міністерствами. Іноді відповідні повноваження можуть бути розподілені між автономним регулюючим установою і урядом, як це часто має місце стосовно до питань ліцензування. З законодавчої точки зору важливо розробити такі інституційні механізми для реалізації функції регулювання, які будуть забезпечувати належний рівень ефективності роботи регулюючого установи з урахуванням політичних, правових та адміністративних традицій відповідної країни.

Ефективність режиму регулювання у багатьох випадках залежить від об'єктивності прийнятих в порядок регулювання рішень. Це, у свою чергу, вимагає, щоб регулюючі установи мали можливість приймати рішення без втручання або неналежного тиску з боку операторів інфраструктури та постачальників загальнодоступних послуг. У цих цілях у ряді країн законодавчі положення передбачають обов'язкову незалежність процесу прийняття

рішень щодо регулювання. З тим щоб забезпечити бажаний рівень незалежності, доцільно відокремити функції регулювання від оперативних функцій за рахунок передачі будь-яких функцій регулювання, які можуть як і раніше зберігатися у постачальників загальнодоступних послуг, якої-небудь юридично і функціонально незалежної організації. Незалежність у здійсненні функцій регулювання підкріплюється положеннями, спрямованими на запобігання конфлікту інтересів, такими, як заборона для персоналу регулюючого установи отримувати повноваження, приймати подарунки, укладати контракти або підтримувати будь-які інші зв'язки (прямі або через членів сім'ї або інших посередників) з регульованими компаніями, їх материнськими або дочірніми підприємствами.

У зв'язку з цим виникає ще одне питання, а саме питання про необхідність звести до мінімуму той ризик, що рішення будуть прийматися органом, який також є власником підприємств, що діють в регульованому секторі, або органом, що діє виходячи з політичних, а не технічних міркувань, або під впливом подібних органів. У деяких країнах було визнано за необхідне наділити регулює установа певним ступенем автономії по відношенню до політичних органам уряду. Питання незалежності та автономії слід розглядати не тільки на основі інституційного оформлення функції регулювання, але також і на основі функціональної автономії (тобто наявності достатніх фінансових і кадрових ресурсів для належного виконання покладених на відповідні органи обов'язків).

3. Повноваження регулюючих установ

Регулюючі установи можуть бути наділені повноваженнями на прийняття рішень, повноваженнями на складання висновків або чисто консультативними повноваженнями, або поєднанням цих різних рівнів повноважень залежно від предмета регулювання. У деяких країнах регулюють установи спочатку наділялися обмеженими повноваженнями, які згодом розширювалися в міру того, як відповідні установи доводили свою незалежність і професіоналізм. У законодавстві часто обмовляється, якими повноваженнями володіє уряд і якими – регулюючий установа. Чітке вирішення цього питання вельми важливо для того, щоб уникнути непотрібних колізій і непорозумінь. Інвесторам, а також споживачам та іншим зацікавленим сторонам необхідно знати, кому слід направляти різні запити, заявки чи скарги.

Наприклад, у багатьох країнах і уряд, і установа, що регулює, беруть участь у процесі відбору постачальників загальнодоступних послуг. Якщо рішення про надання підяду на проект приймається виходячи із загального судження, яке носить скоріше політичний, а не технічний характер, як це може часто мати місце в разі приватизації інфраструктури, остаточна відповідальність часто залишається за урядом. Якщо, проте, критерії прийняття рішення носять більш технічний характер, як це може мати місце при ліберальному режимі ліцензування в секторах виробництва електроенергії або телекомунікаційних послуг, то в багатьох країнах повноваження на прийняття цього рішення покладаються на незалежне регулююче установу. В інших випадках уряд до надання концесії може запитувати думку регулюючого установи. З іншого боку, в деяких країнах виключається пряма участь регулюючих установ в процесі видачі концесій на тій підставі, що це може вплинути на подальший регулювання надання відповідних послуг.

Компетенція регулюючих установ зазвичай поширюється на всі підприємства, що діють в регульованих ними секторах, без будь-якої різниці між приватними і державними підприємствами. Використання деяких повноважень або інструментів регулювання може в силу закону обмежуватися домінуючими постачальниками загальнодоступних послуг у відповідному секторі. Регулюючий установа може, наприклад, володіти повноваженнями на встановлення принципів ціноутворення тільки відносно уповноваженого чи домінуючого постачальника загальнодоступних послуг, в той час як новим учасникам, які виходять на ринок, може бути дозволено вільно встановлювати ціни.

Питання, по яких регулюють установи повинні приймати рішення, є найрізноманітнішими: від виконання нормативних функцій (наприклад, прийняття правил про надання концесій і встановлення умов сертифікації обладнання) до фактичної видачі концесій; крім того, до кола таких питань відносяться наступні: затвердження контрактів або рішень, запропонованих регульованими компаніями (наприклад, схеми доступу до мережі або контракту на доступ); визначення зобов'язання надавати певні послуги та контроль за його виконанням; нагляд над постачальниками загальнодоступних послуг (зокрема, стосовно до дотримання умов ліцензій, норм і виробничих цільових завдань); встановлення або коректування цін; перевірка субсидій, звільнень чи інших пільг, які можуть завдати шкоди конкуренції у відповідному секторі; санкції; і врегулювання суперечок.

4. Організаційна структура, персонал і бюджет регулюючих установ

Створюючи регулюючу установа, деякі країни обрали варіант, передбачає призначення однієї посадової особи, в той час як більшість інших держав зволіли заснувати регулюючу комісію. Створення комісії може дати більш надійні гарантії проти надання неналежного тиску або лобювання та може обмежити ризик прийняття поспішних рішень щодо регулювання. З іншого боку, що регулює установа, складається з однієї посадової особи, може приймати рішення більш оперативно і може бути більш підзвітним. З тим щоб полегшити управління процесом прийняття рішень в рамках регулюючої комісії, число її членів часто підтримується на незначному рівні (зазвичай три-п'ять членів). Призначення парного числа членів часто намагаються уникнути, з тим щоб не допустити створення тупикової ситуації, хоча, звичайно, може бути передбачено такий порядок, при якому голос головуючого буде вирішальним.

З метою зміцнення автономії регулюючої установи до процесу призначення його членів можуть бути притягнуті різні організації. В деяких країнах члени регулюючих установ призначаються главою держави на основі списку, представленого парламентом; в інших країнах виконавчі органи уряду призначають членів регулюючого установи при умови затвердження парламентом або з числа кандидатур, представлених парламентом, асоціаціями користувачів або іншими органами. Від посадових осіб регулюючих установ часто потрібна наявність мінімальної професійної кваліфікації, а також відсутність колізії інтересів, оскільки це може служити перешкодою для призначення на посаду. Мандати членів регулюючих рад можуть спливати в різні терміни, з тим щоб не допустити повної зміни або призначення всіх членів однієї і тієї ж адміністрацією; така практика також сприяє наступності в процесі прийняття рішень щодо регулювання. Призначення часто виробляються на фіксований термін, який може бути не поновлюваним і який може бути припинений до закінчення тільки по обмеженому числу причин (наприклад, засудження за вчинення кримінального злочину, психічний розлад, груба недбалість або нехтування обов'язками). Регулюючим установам часто доводиться мати справу з кваліфікованими юристами, бухгалтерами та іншими експертами, які працюють в регульованому секторі, і їм необхідно володіти такими ж досвідом, навичками і професіоналізмом, або спираючись на власні кадри, або за допомогою найму зовнішніх консультантів, коли це необхідно.

Найважливіше значення для належної діяльності регулюючого установи мають джерела стабільного фінансування. У багатьох країнах бюджет регулюючого установи фінансується за рахунок платежів та інших зборів з регульованого сектора. Платежі можуть бути встановлені в якості процентної частки від обороту постачальників загальнодоступних послуг або можуть стягуватися за видачу ліцензій, концесій та інших дозволів. У деяких країнах бюджет установи у разі потреби поповнюється за рахунок переказів бюджетних коштів, передбачених у щорічних фінансових законах. Однак такий порядок створює елемент невизначеності, що може несприятливо позначитися на автономії відповідної установи.

5. Процес і процедури регулювання

Рамки регулювання зазвичай включають процедурні норми, що визначають порядок виконання відповідними установами покладених на них різних повноважень з регулювання. Довіра до процесу регулювання вимагає прозорості та об'єктивності незалежно від того, здійснюються Чи повноваження з регулювання урядовим департаментом, або міністрам, або автономним регулюючим установою. Правила і процедури повинні бути об'єктивними і ясними, з тим щоб забезпечувати справедливість, неупередженість і своєчасність рішень, прийнятих регулюючим установою. З метою забезпечення прозорості слід встановити законодавча вимога про опублікування таких правил і процедур. У нормах про порядок регулювання слід вказувати причини, на яких вони ґрунтуються, і такі рішення повинні бути доступні для зацікавлених сторін, що може бути забезпечено за допомогою їх опублікування або інших належних засобів.

Прозорість може бути ще більш укріплена, якщо, як це потрібно в відповідно з деякими законами, що регулює установа буде публікувати щорічний звіт про стан відповідного сектора, в тому числі, наприклад, про рішення, прийняті ним за звітний період, про виниклі суперечки і шляхи їх вирішення. Такий щорічний звіт може також включати рахунки регулюючого установи та аудиторський висновок по них, складене незалежним ревізором. Крім того, у багатьох країнах законодавство вимагає, щоб цей щорічний звіт представлявся одному з парламентських комітетів.

Прийняті у порядок регулювання рішення можуть торкнутися інтересів різних груп, включаючи зацікавленого постачальника загальнодоступних послуг, його нинішніх або потенційних конкурентів, а також комерційних чи некомерційних користувачів. У багатьох країнах процес регулювання включає процедури консультацій у зв'язку з прийняттям важливих рішень або рекомендацій. У деяких країнах такі консультації проводяться у формі публічних слухань, а в інших передбачається підготовка консультативних записок, за якими запитуються коментарі зацікавлених груп. У деяких країнах також створені консультативні органи, які з користувачів та інших зацікавлених сторін, і встановлено вимогу про тому, щоб їхня думка вимагалось до прийняття важливих рішень і рекомендацій. Для підвищення прозорості коментарі, рекомендації або думки, вироблені в ході процесу консультацій, можуть публікуватися або можуть забезпечуватися інші можливості для публічного ознайомлення з ними.

6. Оскарження рішень регулюючого установи

Іншим важливим елементом встановленого в приймаючій країні режиму регулювання є механізми, за допомогою яких постачальники загальнодоступних послуг можуть клопотати про перегляд рішень, прийнятих в порядку регулювання. Як і стосовно до всього процесу регулювання, тут найважливішу роль відіграє високий ступінь прозорості та довіри. В цілях забезпечення довіри до процесу оскарження відповідні функції повинні бути покладені на організацію, що є незалежною по відношенню до регулюючого установі, яка прийняла попереднє рішення, до політичних владі приймаючої країни і до постачальників загальнодоступних послуг.

Розгляд клопотань про оскарження рішень регулюючих установ часто відноситься до компетенції судів, проте в деяких правових системах питання оскарження рішень регулюючих установ відносяться до виключної компетенції спеціальних судових органів, що розглядають тільки адміністративні питання, причому в деяких країнах такі органи відокремлені від судової системи в цілому. У тих випадках, коли процес оскарження викликає стурбованість (наприклад, в тому, що стосується можливих затримок і здатності суден дати належну оцінку складним економічним питань, з якими пов'язані рішення з

регулювання), функції з розгляду клопотань, принаймні в першій інстанції, можуть бути покладені на інший орган, а остаточне рішення за клопотанням може прийматися судами або адміністративними судовими органами. У деяких країнах подаються в порядку оскарження клопотання розглядаються незалежним міжсекторального наглядовим органом високого рівня. Крім того, маються країни, в яких такі клопотання заслуховуються спеціальними колегіями, що складаються з осіб, на яких покладено спеціально обговорені судові або наукові функції. Що стосується підстав, на яких може ґрунтуватися подане в порядку оскарження клопотання, то в багатьох випадках передбачаються певні обмеження, зокрема, в тому, що стосується права апеляційного органу замінювати оцінку фактичних обставин справи, яку він може підготувати на свій розсуд, ту оцінку, яка була вироблена органом, рішення якого оскаржується.

7. Врегулювання спорів між постачальниками загальнодоступних послуг

Між конкуруючими концесіонерами (наприклад, двома операторами систем стільникового телефонного зв'язку) або між концесіонерами надавачами послуги на різних сегментах одного і того ж сектора інфраструктури, можуть виникати суперечки. Такі спори можуть бути пов'язані з твердженнями про несправедливу торговельній практиці (наприклад, ціновому демпінгу), про неконкурентною практиці, що порушує політику відповідної країни в області інфраструктури або про порушення спеціальних зобов'язань постачальників загальнодоступних послуг. У багатьох країнах було вирішено, що для створення належних рамок для врегулювання подібних суперечок необхідні законодавчі положення.

По-перше, різні сторони можуть не мати договірних відносин між собою, які могли б передбачати належний механізм врегулювання суперечок. Але навіть у тих випадках, коли створення подібних договірних механізмів є можливим, приймаюча країна може бути зацікавлена в тому, щоб спори, пов'язані з певними питаннями (наприклад, умовами доступу до тієї чи іншої конкретної мережі інфраструктури), вирішувалися спеціальним органом, з тим щоб забезпечити послідовність у застосуванні відповідних правил. Крім того, певні суперечки між постачальниками загальнодоступних послуг можуть бути пов'язані з питаннями, які згідно із законодавством приймаючої країни розглядаються як і підлягають врегулюванню в арбітражному порядку.

Внутрішнє законодавство часто передбачає адміністративні процедури для вирішення спорів між постачальниками загальнодоступних послуг. Як правило, постачальники загальнодоступних послуг можуть подавати скарги до регулюючий установа чи до іншого урядове установа, яка несе відповідальність за застосування правил, які, як стверджується, були порушені (наприклад, урядовий орган, що виконує функції з забезпеченню дотримання законів і правил у сфері конкуренції); в деяких країнах такі установи наділяються повноваженнями на прийняття обов'язкового рішення по відповідному питанню. Такі механізми, навіть у тих випадках, коли вони є обов'язковими, не обов'язково забороняють особам, зазнали збитків, звертатися до судів, хоча в деяких правових системах суди можуть володіти лише повноваженнями на перевірку законності прийнятого рішення (наприклад, належного дотримання передбачених процедур), але не на перевірку рішення по суті справи.

II. Ризики, що пов'язані з проектами, і урядова підтримка

A. Загальні зауваження

Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, створюють можливість для зменшення обсягу публічних коштів і інших ресурсів, що виділяються на розвиток та експлуатацію інфраструктури. Вони також дозволяють переносити на приватний сектор ряд ризиків, яким в іншому випадку піддавалося б уряд. Точний розподіл ризиків між різними сторонами, як правило, визначається після розгляду ряду факторів, включаючи

публічну зацікавленість в розвитку відповідної інфраструктури і ступінь ризику, з яким стикається проектна компанія, інші інвестори і кредитори (а також ступінь їх здатності і готовності нести такі ризики при прийнятних витратах). Належний розподіл ризиків має істотно важливе значення для зменшення витрат на здійснення проектів та забезпечення успішної реалізації проекту. І навпаки, невдале розподіл ризиків, пов'язаних з проектом, можна поставити під загрозу фінансову життєздатність проекту або перешкодити його ефективному виконанню, що збільшить витрати на надання відповідної послуги.

У минулому позикові кошти для фінансування проектів в області інфраструктури залучалися на основі кредитної підтримки з боку спонсорів проекту, багатосторонніх установ та національних агентств з кредитування експорту, урядів та інших третіх сторін. В останні роки ці традиційні джерела вже не могли задовольняти зростаючі потреби в капіталовкладеннях в інфраструктуру, і фінансові кошти все ширше залучалися на основі проектного фінансування.

Для проектного фінансування як методу фінансування характерно прагнення встановлювати кредитоспроможність проектною компанією на "індивідуальній" основі ще до початку будівництва і отримання будь-яких надходжень, а також залучати позикові кошти на основі цієї кредитоспроможності. У літературі зазначалося, що проектне фінансування, можливо, являє собою ключ до вирішення завдання щодо залучення значних резервів капіталу, теоретично наявного на ринках капіталу, для інвестицій в інфраструктуру. У той же час з фінансової точки зору проектне фінансування володіє низкою відмінних складних особливостей. Основна з них полягає в тому, що в рамках структури проектного фінансування фінансують боку для відшкодування наданих ними коштів повинні покладатися в основному на активи і потоки готівки проектною компанією. У разі провалу проекту у них не буде права обороту на фінансові ресурси компанії-спонсора або іншої третьої сторони для відшкодування наданих ними коштів, або таке право буде досить обмеженим.

Фінансова методологія проектного фінансування вимагає точного прогнозування капітальних витрат, надходжень і кошторисних витрат, витрат, податків і фінансових зобов'язань за проектом. З тим щоб мати можливість з точністю і визначеністю спрогнозувати ці дані, а також розробити фінансову модель для проекту, зазвичай необхідно спроектувати "базові" суми надходжень, витрат і витрат проектною компанією на тривалий термін - часто на 20 років і більше, - з тим щоб визначити суми позикового і акціонерного капіталу, які можуть бути покриті проектом. При проведенні такого аналізу найважливішу роль грає виявлення і кількісна оцінка ризиків. У силу цього з фінансової точки зору в центрі концепції проектного фінансування знаходяться питання виявлення, оцінки, розподілу і зниження ризиків.

До числа найбільш важливих ризиків, оцінити і знизити які, проте, вельми складно, відносяться "політичні ризики" (ризики, пов'язані з несприятливими діями з боку приймаючої уряду, його відомств і судів, особливо в тому, що стосується видачі ліцензій і дозволів, прийняття в порядок регулювання норм, застосованих до діяльності проектною компанією і її ринків, оподаткування та виконання і забезпечення примусового виконання договірних зобов'язань) і "валютні" ризики (ризики, пов'язані з вартістю, можливістю перекладу і конвертованістю місцевої валюти). У зв'язку з необхідністю врахування таких ризиків у структури проектного фінансування, зокрема, часто включалися страхове покриття або гарантії міжнародних фінансових установ і агентств з кредитування експорту, а також гарантії приймаючої уряду.

В. Ризики, пов'язані з проектами, і розподіл ризиків

Використовуване в цій главі поняття "ризики, пов'язані з проектами" відноситься до таких обставин, які, за оцінкою сторін, можуть мати несприятливий вплив на вигоду, яку вони припускають отримати в результаті здійснення будь-якого проекту. Хоча можуть мати місце події, які будуть пов'язані з серйозним ризиком для більшості сторін (наприклад, фізичне знищення об'єктів в результаті стихійного лиха), схильність ризику кожної сторони буде різнитися залежно від її ролі у здійсненні проекту.

Поняття "розподіл ризиків" відноситься до вирішення питання про те, на якій стороні або яких сторонах повинні лежати наслідки виникнення подій, визначених як ризики, пов'язані з проектом. Наприклад, якщо проектна компанія зобов'язана здати об'єкт інфраструктури організації-замовнику, причому певне обладнання об'єкта має бути у функціонуючому стані, то проектна компанія несе ризик, пов'язаний з тим, що таке обладнання не зможе забезпечити досягнення узгоджених показників продуктивності. Матеріалізація такого ризику, пов'язаного з проектом в свою чергу може мати ряд наслідків для проектною компанії, включаючи її відповідальність за невиконання будь-якого договірною зобов'язання по проектному угодою або згідно з застосовуваним праву (наприклад, виплата відшкодування збитку організації-замовнику за затримку у введенні в експлуатацію відповідного об'єкта); певні збитки (наприклад, втрату доходу внаслідок затримки у введенні об'єкта в експлуатацію); або додаткові витрати (наприклад, на ремонт несправного обладнання або забезпечення поставки устаткування замість несправного).

Сторона, несуча той чи інший ризик, може вжити превентивних заходів з метою обмеження ймовірності матеріалізації такого ризику, а також конкретні заходи щодо захисту себе, повністю або частково, від наслідків цього ризику. Такі заходи часто називаються "зменшенням ризику". У попередньому прикладі проектна компанія ретельно перевірить надійність постачальників устаткування і пропонованої технології. Проектна компанія може зажадати від своїх постачальників устаткування надання незалежних гарантій щодо функціонування їх обладнання. На постачальника може бути також покладено обов'язок виплатити штраф або відшкодування заздалегідь оцінених збитків проектною компанії у зв'язку з несправністю його обладнання. У деяких випадках може бути створений цілий ряд більш менш складних договірних механізмів з метою пом'якшення наслідків ризику, пов'язаного з проектом. Наприклад, проектна компанія може поєднувати гарантії, надані постачальником обладнання, з комерційним страхуванням, що покриває деякі наслідки перерви в діяльності через несправність обладнання.

1. Огляд основних категорій ризиків, пов'язаних з проектами

Сторони можуть піддаватися ризику зриву здійснення проекту внаслідок непередбачених або надзвичайних подій, що не піддаються їх контролю; ці події можуть носити фізичний характер, наприклад стихійні лиха - повені, урагани або землетруси, - або ж може бути результатом діяльності людини, наприклад військові дії, цивільні безлади або терористичні акти. Непередбачені або надзвичайні події такого роду можуть тимчасово перервати виконання проекту або функціонування об'єкта, що в свою чергу може призвести до затримки в будівництві, втраті доходу та іншим збиткам. Серйозні події можуть завдати фізичний збиток об'єкту або навіть зруйнувати його до такої міри, що він не піддаватиметься відновленню.

а) Зрив здійснення проекту, викликаний несприятливими діями уряду ("політичний ризик")

Проектна компанія і кредитори піддаються ризику негативного впливу на виконання проекту дій організації-замовника іншого урядового відомства або законодавчого органу приймаючої країни. Такі ризики часто називаються "політичними ризиками", і їх можна підрозділити на три широкі категорії: "традиційні" політичні ризики (наприклад, націоналізація активів проектної компанії або введення нових податків, які ставлять під загрозу перспективи проектної компанії відносно виплати боргів і повернення інвестицій); "Регуляційні" ризики (наприклад, введення більш жорстких стандартів щодо наданої послуги або відкриття сектора для конкуренції) і "квазікомерційні" ризики (наприклад, порушення своїх зобов'язань організацією-замовником або перерви у здійсненні проекту внаслідок змін в пріоритетах і планах організації-замовника). На додаток до політичних ризиків, пов'язаних з приймаючою країною, деякі політичні ризики можуть бути результатом дій якогось іноземного уряду, наприклад, блокади, ембарго або бойкоту, введених урядами в країнах інвесторів.

б) Ризики на стадії будівництва і експлуатації

Основні ризики, з якими сторони можуть стикатися на стадії будівництва, полягають в тому, що будівництво об'єкта може бути взагалі не завершено або не може бути завершено в узгоджені терміни (ризик, пов'язаний із завершенням), або може бути завершено при більш високих витратах по порівнянні з початковою кошторисом (ризик перевищення витрат на будівництво), або ж що об'єкт по завершенні його будівництва не буде задовольняти критеріям, що стосуються рівня продуктивності (експлуатаційний ризик). На стадії експлуатації сторони можуть також зіткнутися з ризиком, пов'язаним з тим, що завершений об'єкт неможливо ефективно експлуатувати або обслуговувати, з тим щоб забезпечити очікуваний рівень потужності, віддачі або ефективності (експлуатаційний ризик), або що експлуатаційні витрати перевищать початкову кошторис (перевищення експлуатаційних витрат). Слід зазначити, що ризики на стадії будівництва і експлуатації зачіпають не тільки приватний сектор. Організація-замовник і користувачі в приймаючій країні можуть відчувати серйозний вплив в результаті перерви в наданні необхідних послуг. Уряд, виступаюче в якості представника публічних інтересів, буде, як правило, стурбоване ризиками, пов'язаними з технікою безпеки або екологічним збитком, яка може бути заподіяна в результаті неналежної експлуатації об'єкта.

Деякі з цих ризиків можуть бути створені проектною компанією або її підрядниками або постачальниками. Наприклад, перевищення витрат на будівництво і затримка в завершенні можуть мати місце в результаті застосування неефективних методів будівництва, зайвих витрат, недостатнього кошторисного фінансування або відсутності координації серед підрядників. Невідповідність об'єкта критеріям продуктивності може бути також результатом дефектів конструкції, непридатності використовуваної технології або несправності обладнання, поставленого постачальниками проектної компанії. На стадії експлуатації відсутність ефективності в роботі може бути наслідком, наприклад, неналежне обслуговування об'єкта або недбалості при експлуатації механічного устаткування. Перевищення експлуатаційних витрат може також обумовлюватися неналежним управлінням.

Разом з тим деякі з цих ризиків можуть виникати також в результаті конкретних дій організації-замовника, інших урядових установ або навіть законодавчого органу приймаючої країни. Експлуатаційні збої або перевищення витрат можуть виникати внаслідок неналежних технічних специфікацій, наданих організацією-замовником на стадії вибору концесіонера. Затримки і перевитрати можуть також обумовлюватися діями організації-замовника після видачі підряду на проект (затримки в отриманні тверджень і дозволів, додаткові витрати, викликані змінами у вимогах внаслідок неадекватного планування,

перерви в роботі, викликані контролюючими відомствами, або затримками у відведенні земельної ділянки, на якій передбачається будівництво об'єкта). Загальні законодавчі або регуляційні заходи, наприклад, більш жорсткі стандарти щодо техніки безпеки або умов праці можуть також призвести до збільшення витрат на будівництво або експлуатацію. Недоліки виробництва можуть бути викликані непостачанням необхідних матеріалів (наприклад, електроенергії або газу) публічними органами.

с) Комерційні ризики

"Комерційні ризики" пов'язані з можливістю того, що проект не буде в змозі забезпечити отримання очікуваних доходів внаслідок змін у ринкових цінах або попиті на вироблені товари або послуги. Обидві ці форми комерційних ризиків можуть серйозно підірвати здатність проектної компанії погашати свої борги і поставити під загрозу фінансову життєздатність проекту.

Комерційні ризики істотно різняться залежно від сектора і виду проекту. Ризик може розглядатися як мінімальний або помірний, якщо проектна компанія володіє монополією на надання відповідної послуги або якщо вона здійснює поставки одному клієнту на підставі угод про постійне придбання товарів або послуг. Разом з тим комерційні ризики можуть бути суттєвими у зв'язку з проектами, які залежать від надходжень на основі ринкової діяльності, зокрема тоді, коли існування альтернативних об'єктів або джерел поставок ускладнює складання достовірного прогнозу відносно користування або попиту. Це може стати джерелом серйозної заклопотаності, наприклад, у зв'язку з проектами будівництва платних автодоріг, оскільки платні дороги можуть стикатися з конкуренцією з боку безкоштовних доріг. Залежно від легкості, з якою водії можуть скористатися безкоштовною дорогою, доходи від платних доріг можуть бути важко прогнозованими, особливо в міських районах, в яких на постійній основі можуть будуватися або поліпшуватися альтернативні швидкісні і звичайні дороги. Крім того, показники завантаження доріг, як було встановлено, ще важче прогнозувати при будівництві нових платних доріг, особливо якщо мова не йде про розширення існуючої системи платних доріг, оскільки в цьому випадку не мається даних про дорожній русі, які можна було б використовувати в якості точки відліку.

д) Ризики, пов'язані з обмінним курсом, та інші фінансові ризики

Пов'язані з обмінним курсом ризики пов'язані з можливістю того, що зміни в обмінному курсі іноземних валют можуть змінити валютну вартість потоків готівкових коштів, що генеруються проектом. Ціни та збори, стягуються з місцевих користувачів або споживачів, по всій вірогідності, виплачуватимуться в місцевій валюті, тоді як позики і іноді також витрати на обладнання або паливо можуть бути виражені в іноземній валюті. Такий ризик може носити істотний характер, оскільки обмінні курси є особливо нестабільними в багатьох країнах, що розвиваються або країнах з перехідною економікою. Крім коливань обмінного курсу, проектна компанія може піддаватися ризику, пов'язаному з тим, що в результаті валютного контролю або зменшення резервів іноземної валюти може бути обмежена наявність на місцевому ринку іноземної валюти, яка необхідна проектної компанії для обслуговування свого боргу або відшкодування первісних інвестицій.

Ще один ризик, з яким стикається проектна компанія, пов'язаний з можливістю збільшення процентних ставок, що призведе до додаткових видатках на фінансування проекту. Цей ризик може носити істотний характер у зв'язку з проектами в області інфраструктури з урахуванням зазвичай великих сум запозичень і тривалої тривалості здійснення проектів, коли деякі позики надаються на період у кілька років. Кредити часто надаються за фіксованою процентною ставкою (наприклад, у вигляді боргових зобов'язань з фіксованою ставкою), що дозволяє зменшити ризик, пов'язаний з процентними ставками. Крім того,

пакет фінансування може включати схеми страхування від ризиків, пов'язаних з процентними ставками, наприклад, за допомогою здійснення свопів з процентними ставками або встановлення верхньої межі процентних ставок.

2. Договірні механізми розподілу та зменшення ризиків

З вищевикладеного випливає, що сторони повинні брати до уваги цілу сукупність чинників для дієвого розподілу ризиків, пов'язаних з проектами. З цієї причини в цілому недоцільно приймати законодавчі положення, зайво обмежують здатність учасників переговорів забезпечувати збалансований розподіл ризиків, пов'язаних з проектами, з урахуванням потреб окремих проектів. Проте уряду було б, можливо, корисно підготувати деякі загальні керівні вказівки для посадових осіб, що діють від імені національних організацій-замовників, наприклад, шляхом розробки рекомендаційних принципів, що стосуються розподілу ризиків.

Практичні керівні принципи, підготовлені для організацій-замовників у ряді країн, часто містять посилання на загальні принципи розподілу ризиків, пов'язаних з проектами. Один з таких принципів полягає в тому, що конкретні ризики повинні, як правило, покладатися на ту сторону, яка більшою мірою може оцінити ризик, контролювати і регулювати його. Додаткові керівні принципи передбачають покладання ризиків, пов'язаних з проектами, на ту сторону, яка має найбільш легкий доступ до інструментів хеджування (тобто до інвестиційних схем, що дозволяють компенсувати збитки по одній угоді за рахунок одночасного отримання прибутку за іншою) або найбільшу здатність диверсифікувати такі ризики або зменшувати їх при найбільш низьких витратах. Однак на практиці розподіл ризиків часто є чинником, пов'язаним як з політичними міркуваннями (наприклад, публічна зацікавленість у проекті, або сукупні зобов'язання організації-замовника за різними проектами), так і з відносною міцністю переговорних позицій сторін. Крім того, при розподілі ризиків, пов'язаних з проектами, важливо враховувати фінансове становище сторін, на які покладається конкретний ризик, а також їх здатність нести наслідки такого ризику, якщо він матеріалізується.

Проектна компанія і її підрядники, як правило, приймають на себе звичайні ризики, пов'язані з розвитком і експлуатацією інфраструктури. Наприклад, ризики, пов'язані із затримкою завершення будівництва та перевищенням кошторисних витрат, а також інші ризики, типові для етапу будівництва, як правило, покладаються на будівельного підрядника або підрядників допомогою укладення договору про будівництво "під ключ", згідно з яким підрядник приймає на себе повну відповідальність за проектування та спорудження об'єкта за фіксованою ціною, при дотриманні зазначеного терміну завершення будівництва та відповідно з конкретними експлуатаційними специфікаціями. Будівельний підрядник, як правило, несе відповідальність за відшкодування заздалегідь оцінених збитків або виплату штрафних неустойок за будь-яку затримку у завершенні будівництва. Крім того, підрядник, як правило, також повинен надати експлуатаційну гарантію, наприклад банківську гарантію або гарантійний зобов'язання. Окремі постачальники обладнання, як правило, також повинні надавати гарантії щодо функціонування їх обладнання. Експлуатаційні гарантії, надані підрядниками і постачальниками обладнання, часто доповнюються аналогічними гарантіями, наданими концесіонером організації-замовнику. Аналогічним чином, проектна компанія зазвичай зменшує обсяг покладених на неї експлуатаційних ризиків за допомогою укладення договору про експлуатацію і технічному обслуговуванні, згідно з яким експлуатаційна компанія бере на себе зобов'язання забезпечити необхідну віддачу і приймає на себе відповідальність за наслідки експлуатаційних збоїв. У більшості випадків механізми такого роду будуть життєво важливою вимогою успішного здійснення проекту. Кредитори, зі свого боку, будуть прагнути отримати захист від наслідків матеріалізації таких ризиків і вимагати, наприклад, переуступки надходжень по будь-яких зобов'язаннях, виданими з метою гарантувати виконання з боку підрядника. Угоди про кредитування зазвичай містять вимогу про те, щоб надходження за контрактними гарантіям депонувалися на заставному рахунку

кредиторів, що є додатковою заходом захисту від можливого неналежного використання коштів проектною компанією або від накладення арешту за клопотанням третіх сторін (наприклад, інших кредиторів). Проте кошти, що виплачуються за гарантійними зобов'язаннями, регулярно вивільняються для використання проектною компанією в міру необхідності покриття витрат на ремонтні роботи або експлуатаційних чи інших витрат.

З іншого боку, організація-замовник, як передбачається, прийме на себе ті ризики, які відносяться до подій, обумовлених власними діями цієї організації, таким як неадекватність технічних специфікацій, представлених на стадії відбору, або затримка, викликана нездатністю забезпечити узгоджені поставки. Можна також припустити, що організація-замовник буде нести відповідальність за наслідки зривів, викликаних діями уряду, наприклад, коли вона погоджується компенсувати проектною компанії будь-які збитки внаслідок прийняття заходів з контролю над цінами. Хоча деякі політичні ризики можуть бути зменшені шляхом придбання страхування, таке страхування, якщо воно взагалі надається щодо проектів у відповідній країні, може і не пропонуватися при прийнятних витратах. Так, потенційні інвестори і кредитори можуть звернутися до уряду, наприклад, з метою отримання гарантій від експропріації або націоналізації, а також гарантій того, що в разі таких дій буде виплачена належна компенсація. В залежності від їх оцінки рівня ризиків, які можуть виникнути в приймаючій країні, потенційні інвестори і кредитори можуть і не проявити готовність до підтримки здійснення проекту в відсутність такі запевнень чи гарантій.

Більшість ризиків, пов'язаних з проектами та зазначених у попередніх пунктах, можна в більшій чи меншій мірі розглядати як підпадають під контроль тієї чи іншої сторони. Разом з тим велика різноманітність ризиків, пов'язаних з проектами, виникає в результаті подій, що не піддаються контролю сторін або сталися внаслідок дій третіх сторін, і, таким чином, буде, можливо, необхідно розглянути інші принципи розподілу ризиків.

Наприклад, проектна компанія може очікувати, що ризик, пов'язаний зі зміною процентних ставок, а також ризик інфляції будуть перенесені на кінцевих користувачів або споживачів об'єкта за допомогою механізму підвищення цін, хоча це не завжди є можливим внаслідок обставин, пов'язаних з ринковими умовами, або заходів з контролю над цінами. Структура цін, узгоджена між проектною компанією і організацією-замовником, визначатиме ту ступінь, в якій проектна компанія зможе уникнути таких ризиків, або ж ту ступінь, в якій від неї очікуватиметься прийняття на себе деяких таких ризиків.

Інша категорія ризиків, які можуть бути розподілені на підставі різних схем, стосується таких зовнішніх подій, як військові дії, цивільні заворушення, стихійні лиха чи інші події, які взагалі не піддаються контролю сторін. У рамках традиційних проектів в області інфраструктури, здійснюваних публічним сектором, відповідна публічна організація, як правило, несе ризик, наприклад, руйнування об'єкта в результаті стихійних лих або аналогічних подій у тій мірі, в якій такі ризики не можуть бути покриті страхуванням. При здійсненні проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, уряд може віддати перевагу покладанню подібних ризиків на проектну компанію. Разом з тим в залежності від його оцінки конкретних ризиків, виникають у приймаючій країні, приватний сектор може і не бути готовим прийняти на себе ці ризики. Тому на практиці не існує єдиного рішення, що охоплює всю категорію таких ризиків, і найчастіше створюються особливі механізми, що регулюють кожен з них. Наприклад, сторони можуть погодитися в тому, що наступ деяких подій такого роду може тягти за собою звільнення зачепленої сторони від наслідків невиконання зобов'язань по проектному угодою і що будуть створені договірні механізми передбачають рішення стосовно деяких несприятливих наслідків, такі як продовження терміну дії контрактів з метою компенсації затримки, яка стала результатом подій, або навіть прямих платіж в певній формі при особливих обставинах. Ці механізми

будуть доповнюватися комерційним страхуванням, придбаним проектною компанією, якщо це можна буде зробити при прийнятних витратах.

Цілком можливо, що буде потрібно створити і спеціальні механізми, що стосуються розподілу комерційних ризиків. Такі проекти, як проекти в області мобільного зв'язку, володіють відносно високим потенціалом повернення прямих витрат, і в більшості випадків передбачається, що проектна компанія буде здійснювати такий проект, не розділяючи цих ризиків з організацією-замовником і не вдаючись до підтримки з боку уряду. У щодо інших проектів у галузі інфраструктури, таких як проекти по електроенергетиці, проектна компанія може вдаватися до створення спільно з організацією-замовником або іншим публічним органом договірних механізмів з метою зменшити обсяг лежачих на ній комерційних ризиків, наприклад, шляхом укладення довгострокових угод про придбання товарів або послуг, які гарантували б ринок для відповідної продукції за узгодженою ціною. Платежі можуть приймати форму зборів за фактичне споживання або наявність послуги або ж об'єднувати елементи і одного, і іншого, а застосовні ставки, як правило, є предметом положень, стосуються збільшення або індексації платежів з метою забезпечити захист реальної вартості надходжень від збільшення витрат на експлуатацію застарілого об'єкта. І нарешті, існують відносно капіталомісткі проекти з більш повільним розвитком потенціалу відшкодування витрат, такі як проекти в галузі водопостачання і деякі проекти з будівництва платних доріг, які приватний сектор може здійснювати неохоче, якщо не буде розташовувати якоїсь схемою спільного несення ризиків з організацією-замовником, наприклад, за допомогою гарантій фіксованих надходжень або погоджених платежів на основі пропускну здатності, незалежно від фактичного використання об'єкта.

Розподіл ризиків, яке в кінцевому рахунку буде погоджено організацією-замовником та проектною компанією, буде відображено в їх взаємних правах і зобов'язаннях, викладених у проектній угоді. Можливі законодавчі наслідки деяких положень, зазвичай включаються в проектні угоди, розглядаються в інших розділах Керівництва. Сторони будуть також укладати різні інші угоди, покликані зменшити або перерозподілити ризики, які вони приймають на себе (наприклад, кредитні угоди, контракти на будівництво, поставку обладнання, експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування, пряму угоду між організацією-замовником і кредиторами і, коли це використано, угоди про постійне придбання товарів або послуг і про довгострокові поставки.

С. Урядова підтримка

Викладене в попередньому розділі показує, що сторони можуть використовувати різні договірні механізми для розподілу та зменшення ризиків, пов'язаних з проектами. Проте такі механізми не завжди можуть бути достатніми для забезпечення ступеня впевненості, яка потрібна приватним інвесторам для того, щоб вони взяли участь у здійсненні проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. Цілком може виявитися необхідної деяка додаткова урядова підтримка для підвищення привабливості приватних інвестицій у здійснення проектів у галузі інфраструктури в приймаючій країні.

Урядова підтримка може приймати різні форми. В цілому будь-яку міру, прийняту урядом з метою поліпшення інвестиційного клімату для проектів у галузі інфраструктури, можна розглядати в якості урядової підтримки. З цієї точки зору наявність законодавства, дозволяє уряду видавати підряди на здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, або ж встановлення чітких повноважень на проведення переговорів і прийняття подальших заходів у зв'язку з проектами в області інфраструктури, можуть з'явитися важливими заходами на підтримку здійснення проектів у галузі інфраструктури. Однак використовуваний в Керівництві термін "урядова підтримка" має більш вузький зміст і стосується, зокрема, спеціальних заходів, в більшості випадків фінансового чи економічного характеру, які можуть бути прийняті урядом для поліпшення умов здійснення

якого-небудь конкретного проекту або ж для надання проектною компанії допомоги у зв'язку з деякими пов'язаними з проектами ризиками, які виходять за межі звичайної сфери дії договірних механізмів, погоджених організацією-замовником та проектною компанією з метою розподілу ризиків, пов'язаних з проектом. Заходи урядової підтримки, якщо вони можуть бути прийняті, як правило, утворюють невід'ємну частину урядових програм по залученню приватних інвестицій в проекти в галузі інфраструктури.

1. Політичні міркування, що стосуються урядової підтримки

На практиці рішення про підтримку здійснення будь-якого проекту ґрунтується на оцінці урядом економічної або соціальної значимості проекту та доцільності надання у зв'язку з цим додаткової урядової підтримки. Уряд може визначити, що приватний сектор може бути не в змозі самостійно фінансувати деякі проекти при прийнятних витратах. Уряд може також злічити, що певні проекти не можуть бути реалізовані без прийняття тих чи інших заходів підтримки, які зменшували б деякі ризики, пов'язані з цими проектами. Так, готовність приватних інвесторів і кредиторів здійснювати великі проекти в якій-небудь країні не тільки ґрунтується на їх оцінці конкретних ризиків, пов'язаних з такими проектами, але і обумовлюється ступенем їх задоволення інвестиційним кліматом в приймаючій країні, зокрема в секторі інфраструктури. Фактори, яким приватні інвестори можуть надавати особливе значення, включають економічну систему приймаючої країни і ступінь розвитку ринкових структур, а також ступінь, в якій дана країна вже досягла успіху у здійсненні проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел протягом ряду років.

За вищезгаданих причин ряд країн дотримувався гнучкого підходу при вирішенні питання про надання урядової підтримки. У деяких країнах це було досягнуто шляхом прийняття законодавчих положень, які пов'язують обсяг і вид підтримки з конкретними потребами окремих секторів інфраструктури. В інших країнах це було досягнуто шляхом наділення уряду приймаючої країни достатніми законодавчими повноваженнями для надання деяких видів запевнень чи гарантій при збереженні можливості на власний розсуд надавати такі запевнення або гарантії не у всіх випадках. Разом з тим уряд приймаючої країни буде зацікавлене в забезпеченні того, щоб обсяг і вид підтримки, наданої у зв'язку з яким-небудь проектом, не привели до прийняття на себе відкритих зобов'язань. Так, прийняття публічними органами надмірних зобов'язань внаслідок надання гарантій у зв'язку з яким-небудь конкретним проектом може перешкодити наданню ними гарантій у зв'язку з іншими проектами, які є, можливо, навіть більш важливими з погляду громадських інтересів.

Ефективність програм урядової підтримки приватних інвестицій в інфраструктуру можна підвищити шляхом впровадження відповідних методів бюджетного фінансування заходів урядової підтримки або ж оцінки загальних витрат, пов'язаних з іншими формами урядової підтримки. Наприклад, кредитні гарантії, надані публічними органами, зазвичай сполучені з меншими витратами, ніж витрати на кредитні гарантії, що надаються комерційними кредиторами. Різниця між ними (мінус вартість зборів та відсотків, виплачуваних проектною компанією) являє собою витрати для уряду і субсидію для проектною компанії. Разом з тим кредитні гарантії часто не фіксуються в якості витрат до тих пір, поки не пред'являється відповідну вимогу. Таким чином, фактична сума субсидії, наданої урядом, не фіксується, що може створити неправильне враження про те, що кредитні гарантії тягнуть за собою зобов'язання в меншому обсязі, ніж прямі виплати субсидій. Аналогічним чином, фінансові та економічні витрати, пов'язані із звільненням від податків, наданим урядом, можуть і не бути очевидними, що обумовлює їх меншу прозорість в порівнянні з іншими формами прямої урядової підтримки. За цими причинами країнам, що розглядає питання про прийняття програм підтримки проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, можливо, буде потрібно розробити спеціальні методи для оцінювання бюджетних витрат на прийняття таких заходів підтримки, як звільнення від оподаткування,

кредити і кредитні гарантії, надані публічними органами; такі методи повинні враховувати передбачувану поточну вартість майбутніх витрат або втрачених надходжень.

2. Форми урядової підтримки

Можливість надання прямої урядової підтримки, будь то у формі фінансових гарантій, публічних кредитів або гарантій щодо надходжень, може бути важливим елементом фінансової структури проекту. У нижченаведених пунктах коротко описуються форми урядової підтримки, які іноді вирішуються внутрішньодержавним законодавством, а також розглядаються можливі законодавчі наслідки, які вони можуть мати для приймаючої країни, але при цьому не наводиться рекомендацій щодо використання будь-якої з цих форм.

В цілому, крім адміністративних і бюджетних заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення виконання урядових зобов'язань в протязом усієї тривалості здійснення проекту, доцільно, щоб законодавчий орган розглянув можливу необхідність встановлення прямого законодавчого дозволу на надання деяких форм підтримки. Якщо встановлено, що урядова підтримка є доцільною, важливо, щоб законодавчий орган враховував зобов'язання приймаючої країни за міжнародними угодами про регіональну економічну інтеграції або лібералізації торгівлі, які можуть обмежувати здатність публічних органів договірних держав надавати фінансову або іншу підтримку компаніям, що діють на їх території. Крім того, якщо який-небудь уряд розглядає питання про надання підтримки здійсненню якого-небудь проекту в галузі інфраструктури, ця обставина повинно бути доведено до відома всіх потенційних учасників процедур в належний момент в ході процедури відбору

а) Публічні кредити і кредитні гарантії

У деяких випадках закон дозволяє уряду надавати проектній компанії безпроцентні кредити або кредити за низькою відсотковою ставкою з метою зменшення витрат на фінансування проекту. Залежно від застосовуються правил звітності деякі безпроцентні кредити, що надаються публічними установами, можуть бути вказані в якості надходжень в рахунках проектної компанії; при цьому платежі в погашення кредиту будуть розглядатися як витрати, віднімаються з метою оподаткування і бухгалтерського обліку. Більше того, субординовані позики, що надаються урядом, можуть поліпшити фінансові умови здійснення проекту за рахунок доповнення першорядних кредитів, наданих комерційними банками, без створення колізії з погляду черговості погашення. Урядові позики в цілому можуть надаватися всім проектним компаніям в якому-небудь секторі, або ж вони можуть обмежуватися наданням тимчасової допомоги проектній компанії у разі матеріалізації певних ризиків, пов'язаних з проектами. Загальна сума будь-якої такої позички може бути далі обмежена якоюсь фіксованою сумою або відсотковою часткою загальних проектних витрат.

Крім публічних кредитів, внутрішньодержавне законодавство деяких країн дозволяє організації-замовнику або іншому відомству уряду приймаючої країни надавати гарантії щодо погашення кредитів, узятих проектною компанією. Кредитні гарантії призначені для захисту кредиторів (і в деяких випадках інвесторів, також надають кошти на здійснення проекту) від невиконання проектною компанією своїх зобов'язань. Кредитні гарантії не тягнуть за собою негайного виділення публічних коштів, і вони можуть здаватися привабливішими для уряду, ніж прямі позики. Разом з тим кредитні гарантії можуть являти собою істотні зобов'язання у разі настання непередбачених обставин, і обсяг покладених на уряд ризиків може бути досить значним, особливо у випадку повного краху проектної компанії. Так, уряд в більшості випадків може знайти невелике розраду в можливий вступ, в порядку суброгації, в права кредиторів відносно неспроможною проектною компанії.

Таким чином, крім прийняття спільних заходів щодо підвищення ефективності програм урядової підтримки, можливо, було би доцільно розглянути конкретні положення, що

обмежують обсяг ризиків, прийнятих на себе урядом у зв'язку з кредитними гарантіями. Правила, що регулюють надання кредитних гарантій, можуть встановлювати максимальна межа, який може бути виражений у вигляді фіксованої суми або, якщо потрібна велика гнучкість, у вигляді певної відсоткової частки загальних інвестицій в який-небудь конкретний проект. Іншою мірою по обмеженню зобов'язань надає гарантії відомства при настанні непередбачених обставин може бути визначення випадків, коли такі гарантії можуть надаватися з урахуванням тих видів пов'язаних з проектом ризиків, які уряд може бути готове нести на спільній основі. Наприклад, якщо уряд розглядає питання про спільне несенні тільки ризиків, пов'язаних з тимчасовою перервою в роботі, викликаним подіями, непідвладними контролю сторін, то гарантії можуть обмежуватися випадком, коли проектна компанія тимчасово не в змозі обслуговувати свою заборгованість через настання спеціально обумовлених непередбачених подій поза сферою контролю цієї компанії. Якщо уряд бажає забезпечити більшу ступінь захисту кредиторам, то такі гарантії можуть охоплювати і постійну нездатність проектною компанією виплатити заборгованість по своїх кредитах з тих же причин. Однак у цьому випадку доцільно не усувати стимули для кредиторів до вживання заходів для продовження проекту, наприклад, шляхом визначення іншого прийняттого концесіонера або шляхом залучення якогось агента, призначеного для виправлення положення, викликаного невиконанням проектною компанією своїх зобов'язань. Таким чином, вимога коштів по урядовим гарантіям може обумовлюватися попередніми вичерпанням інших засобів захисту, наявних у кредиторів відповідно до проектного угодою, кредитними угодами або їх прямими угодами з організацією-замовником, якщо такі були укладені. У кожному разі повні кредитні гарантії уряду, рівнозначні повному захисті кредиторів від ризику невиконання своїх зобов'язань проектною компанією, не є спільною рисою проектів у галузі інфраструктури, здійснюваних за допомогою механізму проектного фінансування.

б) Участь в акціонерному капіталі

Ще одна форма додаткової підтримки з боку уряду може полягати в прямому чи непрямому участю в акціонерному капіталі проектною компанією. Участь уряду в акціонерному капіталі може допомогти досягненню більш сприятливого співвідношення між акціонерним капіталом і заборгованістю за допомогою доповнення капіталу, наданого спонсорами проекту, зокрема тоді, коли інші джерела акціонерного капіталу, такі як інвестиційні фонди, не можуть бути використані проектною компанією. Інвестиції уряду в акціонерний капітал можуть бути також корисними для виконання правових вимог приймаючої країни, що стосуються складу створюваних в країні компаній. Законодавство деяких країн, що регулює діяльність акціонерних товариств, або спеціальне законодавство, що стосується проектів у галузі інфраструктури, вимагає певної міри участі місцевих інвесторів в компаніях, заснованих в країні. Однак не завжди можна забезпечити необхідну ступінь місцевого участі на прийнятних умовах. Місцеві інвестори можуть не відчувати достатньої зацікавленості або не володіють достатніми фінансовими ресурсами для інвестування у великі проекти в галузі інфраструктури; вони можуть також негативно ставитися до необхідності прийняти на себе особливі ризики, пов'язані з проектами, або з мати досвідом ведення операцій при наявності таких ризиків.

Участь уряду може бути пов'язане з певними ризиками, які уряд, можливо, забажає врахувати. Зокрема, існує ризик того, що така участь може сприйматися як гарантія уряду, і тому сторони або навіть треті сторони можуть припускати, що уряд повністю підтримує даний проект або в кінцевому рахунку може навіть взяти його здійснення на себе у випадку невдачі проектною компанією. Якщо така гарантія не є навмисною, то слід прийняти відповідні положення, що уточнюють межі урядової участі в проекті.

с) Субсидії

У деяких країнах тарифні субсидії використовуються для того, щоб доповнити надходження проектною компанією у випадку, якщо фактичні доходи від проекту зменшуються нижче певного мінімального рівня. Надання послуг в деяких областях, в яких проектна компанія повинна здійснювати свої операції, може і не бути дохідним підприємством внаслідок незначного попиту або великих експлуатаційних витрат, або ж внаслідок того, що проектна компанія повинна надавати відповідну послугу певного про шарку населення за низькою вартістю. Таким чином, в деяких країнах закон дозволяє уряду брати на себе зобов'язання з надання субсидій проектною компанії, з тим щоб забезпечити можливість надання послуг за нижчою вартістю.

Субсидії, як правило, приймають форму прямих платежів проектною компанією, чи то у формі одноразових платежів або платежів, конкретно розрахованих для того, щоб доповнювати надходження проектною компанією. У останньому випадку уряд має забезпечити, щоб воно мало адекватними механізмами для перевірки точності виплати субсидій проектною компанією за допомогою, наприклад, включення в проектну угоду положень, стосуються аудиту та розкриття фінансової інформації. Альтернативою прямих субсидій може бути дозвіл проектною компанії перехресно субсидувати менш прибуткові види діяльності за рахунок доходів, отриманих від більш прибуткових операцій. Цього можна досягти шляхом об'єднання в рамках однієї і тієї ж концесії як дохідних, так і менш дохідних видів або областей діяльності, або шляхом надання проектною компанії права комерційної експлуатації окремого і більш прибуткового допоміжного об'єкту.

Разом з тим важливо, щоб законодавчий орган враховував практичні наслідки та можливі юридичні перешкоди наданню субсидій проектною компанією. Наприклад, встановлено, що субсидії перешкоджають вільній конкуренції, і законодавство багатьох країн, що стосується конкуренції, забороняє надавати субсидії чи інші форми прямої фінансової допомоги, які прямо не дозволені законодавством. Надання субсидій може також суперечити міжнародним зобов'язанням приймаючої країни за міжнародними угодами про регіональну економічну інтеграції або лібералізації торгівлі.

д) Суверенні гарантії

В проектах в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, термін "суверенні гарантії" іноді використовується для вказівки на один з двох видів гарантії, що надаються урядом приймаючої країни. До першого виду належать гарантії, надані урядом приймаючої країни для покриття порушення зобов'язань, прийнятих на себе організацією-замовником відповідно до проектного угодою. До другої категорії відносяться гарантії того, що уряд не буде перешкоджати проектною компанії у здійсненні певних прав, наданих їй відповідно до проектного угодою або впливають з законодавства країни, наприклад, права на репатріацію прибутку по завершенні проекту. Яку б форму не приймали такі гарантії, важливо, щоб уряд і законодавчий орган враховували здатність уряду оцінювати і ефективно регулювати обсяг прийнятих на себе ризиків, пов'язаних з проектами, а також визначати прийнятний рівень прямих або умовних зобов'язань, які вона може взяти на себе.

е) Гарантії виконання з боку організації-замовника

Гарантії виконання можуть використовуватися в тому випадку, коли організація-замовник є окремим або самостійною юридичною особою, на дії якого не поширюється відповідальність самого уряду. Такі гарантії можуть бути надані від імені уряду або якогось публічного фінансової установи приймаючої країни. Вони можуть також приймати форму гарантії, виданої міжнародними фінансовими установами та підкріпленої зустрічній гарантією уряду. Гарантії, надані урядом, можуть бути корисним засобом захисту проектною компанією

від наслідків невиконання з боку організації-замовника чи іншого публічного органу, що взяв на себе конкретні зобов'язання по проектному угодою. Найбільш широко поширені ситуації, в яких використовуються такі гарантії, включають наступні:

а) гарантії придбання товарів і послуг. В рамках цих механізмів уряд гарантує оплату товарів і послуг, що надаються проектною компанією публічним суб'єктам. Гарантії оплати часто використовуються в зв'язку з платіжними зобов'язаннями за угодами про "придбання продукції" в секторі електроенергетики. Такі гарантії можуть мати особливе значення в тому випадку, коли основним або єдиним споживачем проектною компанії є яка-небудь урядова монополія. Впевненість проектною компанії і кредиторів може бути додатково укріплена, якщо така гарантія підтримана яким-небудь міжнародною фінансовою установою;

б) гарантії поставок. Гарантії поставок можуть також надаватися з метою захисту проектною компанії від наслідків невиконання з боку підприємств публічного сектора, що поставляють товари і матеріали, необхідні для експлуатації будь-якого об'єкта, - наприклад, у тому, що стосується палива, електроенергії або водопостачання, - або ж з метою забезпечення виплати відшкодування, яке може належати з організації-замовника в Відповідно до угоди про постачання;

в) загальні гарантії. Ними є гарантії, покликані захищати проектну компанію від будь-якої форми невиконання зобов'язань організацією-замовником, а не від невиконання конкретно зазначених зобов'язань. Хоча загальні гарантії виконання, можливо, зустрічаються досить рідко, мають місце випадки, коли проектна компанія і кредитори можуть розглядати їх як умову, необхідне для здійснення проекту. Мова може йти, наприклад, про випадок, коли зобов'язання, прийняті на себе організацією-замовником, що не є пропорційними її кредитоспроможності, що може мати місце у зв'язку з великими концесіями, наданими муніципалітетами чи іншими автономними суб'єктами. Гарантії уряду можуть бути корисними для забезпечення виконання зобов'язань в натурі, наприклад, коли уряд приймаючої країни бере на себе зобов'язання замінити собою організацію-замовника стосовно до скоєння деяких дій (наприклад, в зв'язку з відведенням належної майданчики для видалення побічних продуктів).

В цілому можна сказати, що вельми важливо не переоцінити достатність тільки суверенних гарантій для захисту проектною компанії від наслідків невиконання з боку організації-замовника. За винятком випадку, коли їх мета полягає у забезпеченні виконання в натурі, суверенні гарантії зазвичай виконують компенсційну функцію. Так, вони не можуть замінити відповідні договірні засоби захисту у разі невиконання з боку організації-замовника. Різні види договірних засобів захисту або їх комбінації можуть використовуватися в різних випадках невиконання, наприклад, у разі невиконання зобов'язань можуть погашатися заздалегідь оцінені збитки, а підвищення тарифів або продовження строку дії договору можуть передбачатися для випадків додаткової затримки у здійсненні проекту, викликані діями організації-замовника. Крім того, для скорочення обсягу відповідальності, приймається на себе урядом, і зменшення ризику запитання по гарантії доцільно розглянути заходи, які спонукають організацію-замовника до дотримання зобов'язань по проектному угодою або до зусиль щодо усунення причин невиконання зобов'язань. Такі заходи можуть включати права гаранта на пряму суброгацію відносно організації-замовника або механізми внутрішнього контролю для забезпечення підзвітності організації-замовника або її агентів у випадку, наприклад, довільного або недбалого порушення її зобов'язань по проектному угодою, яке призводить до зажаданню по суверенній гарантії.

f) Гарантії стосовно несприятливих дій з боку уряду

На відміну від гарантій виконання, які захищають проектну компанію від наслідків невиконання з боку організації-замовника, гарантії, розглядаються в цьому розділі, відносяться до дій інших органів приймаючої країни, які завдають шкоди правам проектною компанії або іншим чином істотно зачіпають здійснення проектного угоди. Такі гарантії часто називаються "гарантіями від політичних ризиків".

Одним з видів гарантій, що передбачаються в національному законодавстві, є валютні гарантії, які зазвичай виконують три функції: гарантія конвертованості прибутку в місцевій валюті в іноземну валюту, гарантія наявності необхідної іноземної валюти та гарантія перекладу за кордон конвертованих сум. Валютні гарантії широко застосовуються в контексті тих фінансуються з приватних джерел проектів у галузі інфраструктури, які пов'язані зі значними сумами заборгованості, вираженої в інших валютах, ніж місцева валюта, зокрема, в тих країнах, валюта яких не є вільно конвертованою. Деякі закони також передбачають, що така гарантія може бути підкріплена банківською гарантією, виданої на користь проектною компанії. Валютні гарантії, як правило, не призначаються для захисту проектною компанії і кредиторів від ризиків коливань обмінного курсу або викликаного ринком девальвації, які вважаються звичайними комерційними ризиками. У той же час уряду іноді погоджуються надати допомогу проектною компанії у випадках, коли вона не в змозі погасити свою заборгованість в іноземній валюті в результаті надзвичайно різкої девальвації національної валюти.

Інший важливий вид гарантій може полягати в наданні проектною компанії та її акціонерам запевнень в тому, що вони не піддадуться експропріації без належної компенсації. Така гарантія, як правило, поширюється і на конфіскацію власності, що належить проектною компанії в приймаючій країні, і на націоналізацію самої проектною компанії, тобто конфіскацію акціонерного капіталу проектною компанії. Цей вид гарантій зазвичай передбачається в законодавстві, що стосується прямих іноземних інвестицій, а також у двосторонніх договорах про захист інвестицій.

j) Податкові та митні пільги

Іншим способом підтримки урядом приймаючої країни здійснення проектів, що фінансуються з приватних джерел, може бути надання в деякій формі звільнення від податків і митних зборів або зменшення їх розміру, або надання податкових і митних пільг. Внутрішнє законодавство, що стосується прямих іноземних інвестицій, часто встановлює особливі податкові режими для заохочення іноземних інвестицій, причому в деяких країнах було визнано корисним прямо поширити такий податковий режим на іноземні компанії, що беруть участь у здійсненні проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

Звільнення від податків або надання податкових пільг, як правило, включає звільнення від прибуткового податку або податку на прибуток, або від майнові податку на об'єкт або звільнення від прибуткового податку на відсотки, що приєднуються у зв'язку з кредитами та іншими фінансовими зобов'язаннями, взятими на себе проектною компанією. Деякі закони передбачають звільнення всіх угод, що стосуються проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, від гербових або аналогічних зборів. У деяких випадках закон встановлює певний преференційний податковий режим або передбачає, що проектна компанія буде користуватися пільгами на підставі того сприятливого податкового режиму, який в цілому встановлено для іноземних інвестицій. Іноді податкові пільги приймають форму більш сприятливою ставки прибуткового податку в поєднанні з зменшуваним об'ємом звільнення від податків протягом первинних років здійснення проекту. Такі звільнення та

пільги іноді надаються підрядникам, залученими проектною компанією, в особливості іноземним підрядникам.

Іншими заходами в області оподаткування, які іноді використовуються для сприяння здійсненню проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, є звільнення від податку на відсотки для іноземних кредиторів, які надали кредити у зв'язку з такими проектами. У багатьох правових системах будь-який відсоток, комісійний збір або винагороду у зв'язку з кредитом або заборгованістю, які прямо або побічно виплачують створені в країні компанії або які віднімаються з отриманого в країні доходу, вважаються місцевим доходом для цілей оподаткування. Тому і місцеві, і іноземні кредитори за проектами в області інфраструктури можуть підлягати обкладанню прибутковим податком в приймаючій країні, причому від проектною компанією може вимагатися утримувати суми податку з платежів іноземним кредиторам як нерезидентам приймаючої країни. Прибутковий податок, належний з кредиторів в приймаючій країні, звичайно приймається до уваги в ході переговорів між проектною компанією і кредиторами і може мати своїм результатом збільшення фінансової вартості проекту. У деяких країнах компетентні органи уповноважені надавати звільнення від оподаткування у зв'язку з платежами нерезидентам, які, як встановлено, виробляються для заохочення або активізації економічного або технічного розвитку приймаючої країни або ж як-небудь інакше вважаються пов'язаними з метою, що має велике значення з точки зору публічних інтересів.

Крім надання податкових пільг або звільнення від оподаткування, національне законодавство іноді передбачає полегшений порядок імпорту обладнання для використання проектною компанією шляхом звільнення від сплати митних зборів. Таке звільнення, як правило, відноситься до сплати імпортних мит щодо обладнання, механізмів, допоміжних матеріалів, сировинних матеріалів і предметів, що ввозяться в країну для цілей проведення попереднього обґрунтування, проектування, будівництва та експлуатації об'єктів у галузі інфраструктури. У тому випадку, коли проектна компанія бажає передати або продати ввезене обладнання на внутрішньому ринку, їй, як правило, необхідно отримати дозвіл організації-замовника, а відповідні імпортні мита, податок з обороту або інші податки потрібно заплатити відповідно до законодавства приймаючої країни. Іноді закон уповноважує уряд або надати звільнення від сплати митних зборів, або гарантувати, що розмір мита не буде збільшено на шкоду проекту.

h) Захист від конкуренції

Додаткова форма урядової підтримки може полягати у наданні запевнень в тому, що протягом певного строку не буде розроблятися будь-яких конкуруючих проектів у галузі інфраструктури або що жодне відомство уряду не буде конкурувати з проектною компанією прямо або через іншого концесіонера. Запевнення такого роду служать в якості гарантії того, що виключні права, які можуть бути надані концесіонеру, що не будуть анульовані на період здійснення проекту. Захист від конкуренції може розглядатися проектною компанією і кредиторами як вельми важливої умови участі в розвитку інфраструктури приймаючої країни. Національне законодавство деяких країн містить положення, згідно з якими уряд зобов'язується не чинити допомоги або підтримки здійсненню будь-яких паралельних проектів, які можуть призвести до конкуренції з проектною компанією. У деяких випадках законодавство встановлює зобов'язання уряду не зраджувати умови таких виняткових прав на шкоду проектною компанією без її згоди.

Положення такого роду можуть бути спрямовані на сприяння виникненню у спонсорів проекту і кредиторів впевненості в тому, що основні припущення, на підставі яких було видано підряд, будуть дотримуватися. Разом з тим вони можуть суперечити міжнародним зобов'язанням приймаючої країни за угодами про регіональної економічної інтеграції та лібералізації торгівлі. Крім того, вони можуть обмежувати здатність уряду реагувати на

збільшення попиту на відповідну послугу, як того можуть вимагати публічні інтереси, або ж забезпечувати можливість надання таких послуг різним категоріям користувачів. У зв'язку з цим вельми важливо ретельно враховувати інтереси різних сторін. Наприклад, необхідний рівень цін, що забезпечує прибуткову експлуатацію платної дороги, може перевищувати платоспроможність верств населення з низькими доходами. Таким чином, організація-замовник може бути зацікавлена у збереженні відкритою для населення безкоштовною дороги в якості альтернативи нової платній дорозі. У той же час, однак, якщо організація-замовник приймає рішення поліпшити або модернізувати альтернативну дорогу, то дорожній рух може бути відвернута від платної дороги, побудованої проектною компанією, що вплине на потік її надходжень. Аналогічним чином, уряд може побажати забезпечити вільну конкуренцію при наданні послуг в галузі міжміського телефонного зв'язку, з тим щоб розширити доступність таких послуг і зменшити їх вартість. Однак наслідком прийняття такого запобіжного може бути суттєве зменшення доходів, на які розраховувала проектна компанія.

В цілому, можливо, було б корисно уповноважити уряд надавати у відповідних випадках запевнення в тому, що винятковим правам проектної компанії не буде нанесено неналежного збитку в результаті наступних змін урядової політики без відповідної компенсації. Разом з тим може бути недоцільно приймати законодавчі положення, які виключають можливість внесення подальших змін в політику уряду щодо відповідного сектора, включаючи рішення про сприяння конкуренції або створенні паралельної інфраструктури. Можливі наслідки таких майбутніх змін для проектної компанії повинні бути передбачені сторонами в договірних положеннях, стосуються змін обставин. Особливо доцільно надати організації-замовнику необхідні повноваження на проведення переговорів з проектною компанією з питання про компенсацію, яка може належати у зв'язку зі збитками або збитком, які можуть виникнути внаслідок здійснення конкуруючого проекту в галузі інфраструктури, згодом розпочатого організацією-замовником, або в результаті будь-якої аналогічної заходи уряду, яка завдає шкоди виключним правам проектної компанії.

і) Допоміжні джерела надходжень

Одна з додаткових форм підтримки здійснення проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, може полягати в дозволі проектної компанії диверсифікувати свої інвестиції допомогою видачі їй додаткових концесій на надання допоміжних послуг або здійснення інших видів діяльності. У деяких випадках альтернативні джерела надходжень можуть також використовуватися в як субсидії, наданої проектною компанією з метою проведення політики, що полягає у встановленні низьких або контрольованих цін на основну послугу. За умови, що така допоміжна діяльність є досить прибутковою, вона може зміцнити фінансову здійсненність проекту: наприклад, право стягувати плату на якому-небудь існуючому мосту може служити в якості стимулу для здійснення нового проекту з будівництва платного моста. Разом з тим не слід переоцінювати відносну значимість допоміжних джерел надходжень.

З тим щоб дозволити проектної компанії здійснювати допоміжну діяльність, уряду, можливо, необхідно отримати законодавчу санкцію на надання проектною компанії права використовувати власність, що належить організації-замовнику, для цілей такої діяльності (наприклад, земельної ділянки, суміжною зі швидкісною магістраллю і виділяється для будівництва об'єктів обслуговування) або права стягувати збори за використання об'єкта, побудованого організацією-замовником. Якщо буде визнано за необхідне встановити контроль над розвитком і можливим розширенням такої допоміжної діяльності, то може бути передбачено вимога про отримання дозволу організації-замовника на те, щоб проектна компанія зробила істотне розширення об'єктів, що використовуються для такої допоміжної діяльності.

У деяких правових системах певні види допоміжних джерел надходжень, пропонувані урядом, можуть вважатися концесією, окремої від основної концесії, і у зв'язку з цим доцільно розглянути питання про можливі обмеження свободи проектної компанії укладати договори щодо експлуатації допоміжних об'єктів.

3. Гарантії, що надаються міжнародними фінансовими установами

Крім гарантії, що надаються безпосередньо урядом приймаючої країни, можуть використовуватися гарантії, що видаються такими міжнародними фінансовими установами такими, як Світовий банк, Багатостороннє агентство з інвестиційних гарантії і регіональні банки розвитку. Такі гарантії зазвичай захищають проектну компанію від деяких політичних ризиків, однак за певних обставин вони можуть також охоплювати порушення проектної угоди, наприклад, коли проектна компанія їх не виконує зобов'язань щодо своїх кредитів в результаті порушення будь-якого зобов'язання організацією-замовником.

1. Гарантії, надані багатосторонніми кредитними установами

На додаток до надання кредитів урядам і публічним органам багатосторонні кредитні установи, такі як Світовий банк і регіональні банки розвитку, розробили програми, що передбачають надання кредитів приватному сектору. Іноді вони можуть також надавати гарантії комерційним кредиторам щодо проектів в публічному і приватному секторах. У більшості випадків такі гарантії, видані цими установами, вимагають надання зустрічної гарантії урядом приймаючої країни.

Гарантії багатосторонніх кредитних установ покликані зменшувати ризики невиконання суверенних договірних зобов'язань або неповернення довгострокових кредитів, які приватні кредитори не готові нести і не здатні оцінити. Наприклад, гарантії, що надаються Світовим банком, можуть, як правило, охоплювати конкретно зазначені ризики (часткова гарантія від ризиків) або ж всі кредитні ризики протягом конкретно зазначеної частини періоду фінансування (часткова кредитна гарантія), про що стисло зазначається нижче. Більшість регіональних банків розвитку надають гарантії на умовах, аналогічних умовам Світового банку.

а) Часткові гарантії від ризиків

Часткова гарантія від ризиків охоплює конкретно зазначені ризики, що виникають в результаті невиконання суверенних договірних зобов'язань або внаслідок деяких політичних форс-мажорних подій. Такі гарантії забезпечують платіж у разі відмови від обслуговування заборгованості, з'явився результатом невиконання договірних зобов'язань, взятих на себе урядами або їх відомствами. Вони можуть охоплювати різні види невиконання, такі як відмова від підтримання узгодженої регуляторної основи, включаючи цінові формули; відмова забезпечувати вводяться ресурси, такі як паливо, що поставляється який-небудь приватної електроенергетичної компанії; відмова сплатити готову продукцію, наприклад, електроенергію, закуплену яким-небудь урядовим підприємством громадського користування у електроенергетичної компанії, або ж водні ресурси, придбані якої-небудь місцевої комунальною компанією водопостачання; відмова виплатити компенсацію за затримки або перерви у здійсненні проекту, викликані діями уряду чи політичними подіями; процедурні затримки; і несприятливі зміни в законодавстві або постановах, стосуються валютного контролю.

Коли багатосторонні кредитні установи беруть участь у фінансуванні якого-небудь проекту, вони іноді надають підтримку у формі відмови від права звернення стягнення на проектну компанію, яким вони в іншому випадку розташовували б, у випадку, якщо невиконання зобов'язань викликано подіями, зумовленими політичними ризиками. Наприклад,

багатостороння кредитна установа, що приймає гарантію завершення будівництва від проектною компанію, може погодитися з тим, що воно не буде вдаватися до примусового зажаданню по такої гарантію, якщо причина незавершення будівництва обумовлювалася політичним ризиком.

в) Часткові кредитні гарантії

Часткові кредитні гарантії надаються позичальникам з приватного сектора при наявності зустрічної гарантії уряду. Вони покликані охопити ту частину фінансування, терміни погашення якої є більш тривалими, ніж звичайний термін повернення кредитів, наданих приватними кредиторами. Такі гарантії, як правило, використовуються у відношенні здійснюваних за участю приватного сектора проектів, для фінансової життєздатності яких необхідні кошти, надані на довгостроковій основі. Часткова кредитна гарантія зазвичай продовжує терміни повернення кредитів і охоплює всі випадки неплатежу конкретно зазначеної частини заборгованості.

2. Гарантії надані Багатосторонньою агентством з інвестиційних гарантії

Багатостороння агенція з гарантії інвестицій (БАГІ) Пропонує довгострокове страхове покриття політичних ризиків щодо нових інвестицій, що походять з будь-якої держави-члена і призначених для будь-якого розвивається держави-члена, крім держави походження інвестицій. Таке покриття може також поширюватися на нові інвестиційні внески, пов'язані з розширенням, модернізацією або фінансовою реструктуризацією існуючих проектів, так само як і на придбання, пов'язані з приватизацією державних підприємств. Покриваються форми іноземних інвестицій включають акціонерний капітал, кредити акціонерів і кредитні гарантії, що видаються акціонерами, за умови, що кредити і кредитні гарантії розраховані на термін щонайменше в три роки. Можуть бути також застраховані кредити, що надаються іншим позичальникам, за умови одночасного страхування інвестицій акціонерів в проекти. Іншими формами інвестицій, які можуть бути застраховані, є договори про технічну допомогу та управління, а також угоди про франчайзинг та ліцензування за умови, що термін їх дії становить щонайменше три роки, а винагорода інвестора ув'язано з експлуатаційними результатами проекту. МИТІ здійснює страхування від наступних ризиків: обмеження на перекази іноземної валюти, експропріація, порушення договору, військові дії і цивільні безлади.

а) Обмеження на переказ валюти

Мета гарантії переказу іноземної валюти, що надаються, є аналогічними мети суверенних валютних гарантії, які можуть бути надані урядом приймаючої країни. Ця гарантія забезпечує захист від збитків, що виникають внаслідок нездатності інвесторів конвертувати місцеву валюту (капітал, відсотки, сума боргу, прибуток, роялті та інші надходження) в іноземну валюту для переказу за межі приймаючої країни. Таке страхове покриття захищає від надмірних затримок у придбанні іноземної валюти, викликаних діями або бездіяльністю уряду приймаючої країни, несприятливими змінами в законодавстві або правилах, що стосуються валютного контролю, і погіршенням умов, що регулюють конвертованість і переклад місцевої валюти. Девальвація валюти не покривається. Після отримання заблокованою місцевої валюти від інвестора БАГІ виплачує компенсацію у валюті, передбаченої його гарантійним договором.

в) Експропріація

Ця гарантія захищає від втрати застрахованих інвестицій в результаті дій уряду приймаючої країни, які можуть послабити або ліквідувати право власності на застраховані інвестиції, контроль в щодо таких інвестицій або інші майнові права в них. Крім прямої націоналізації і

конфіскації, покривається також "повзуча" експропріація, тобто ряд дій, які з плином часу призводять до фактичної експропріації. Покриття часткової експропріації надається на обмеженій основі (наприклад, щодо конфіскації коштів або матеріальних активів). Сумлінні, недискримінаційні заходи, прийняті урядом приймаючої країни на виконання законних повноважень по регулюванню, не підпадатимуть такою гарантією. У разі повної експропріації інвестицій у формі акціонерного капіталу БАГІ виплачує чисту балансову вартість застрахованих інвестицій. У разі експропріації коштів БАГІ виплачує застраховану частину заблокованих коштів. У відношенні кредитів і кредитних гарантій Агентство здійснює страхування непогашеної частини суми боргу та будь-яких накопичених і несплачених відсотків. Компенсація виплачується при переуступку Агентству інтересу інвестора в експропрійованих інвестиціях (наприклад, акцій чи інтересу в кредитній угоді).

с) Порушення договору

Ця гарантія захищає від збитків, що виникають у зв'язку з порушенням або анулюванням урядом приймаючої сторони договору з інвестором. У разі передбачуваного порушення або анулювання договору інвестор повинен бути в змозі вдатися до механізму врегулювання спорів (наприклад, арбітражу) у відповідності з основним договором і отримати відшкодування збитку. Якщо після закінчення конкретно зазначеного терміну інвестор не отримав платежу або якщо механізм врегулювання спорів не функціонує внаслідок дій, вжитих урядом приймаючої країни, то МИГІ виплачує компенсацію.

д) Військові дії і цивільні безлади

Ця гарантія захищає від збитків, що виникають унаслідок шкоди, заподіяної матеріальних активів, а також їх знищення або зникнення в результаті політично мотивованих військових дій або цивільних заворушень у приймаючій країні, в тому числі революції, повстання, державного перевороту, саботажу і тероризму. Відносно інвестицій в формі акціонерного капіталу БАГІ виплачує частку інвестора в балансовій вартості активів або покриває витрати на їх заміну і витрати на ремонт пошкоджених активів залежно від того, яка з цих сум є меншою. Відносно кредитів і кредитних гарантій БАГІ виплачує застраховану частину суми боргу і відсотків, не сплачених безпосередньо в результаті шкоди активам проекту, заподіяної військовими діями або громадськими заворушеннями. Покриття військових дій і цивільних заворушень також поширюється на події, які протягом однорічного періоду призводять до перерви в проектних операції, що мають важливе значення для загальної фінансової життєздатності проекту. Такого роду перерву в операціях відбувається тоді, коли інвестиції вважаються повністю втраченими; в цей момент БАГІ виплачує балансову вартість усіх застрахованих інвестицій у формі акціонерного капіталу.

4. Гарантії, що надаються агентствами по кредитуванню експорту та сприянню інвестування

Страхове покриття від деяких політичних, комерційних і фінансових ризиків, а також прямі кредити можуть бути отримані від агентств по кредитуванню експорту та сприянню інвестуванню. Агентства з кредитування експорту та сприянню інвестуванню, як правило, створюються в деяких країнах з метою надання сприяння експорту товарів або послуг, що відбуваються з даної країни. Агентства з кредитування експорту діють від імені урядів країн, які поставляють товари і послуги для якого-небудь проекту. Більшість агентств з кредитування експорту є членами Міжнародного союзу страховиків кредитів та інвестицій (Бернський союз), основні цілі якого включають заохочення міжнародного співробітництва та сприяння створенню сприятливого інвестиційного клімату, розробку та підтримання надійних принципів страхування експортних кредитів, а також встановлення і підтримання дисципліни з погляду кредитів, які використовуються в міжнародній торгівлі.

Хоча в кожній країні може бути отримана підтримка в різних формах, агентства з кредитування експорту зазвичай пропонують два види страхового покриття:

а) страхування експортних кредитів. У контексті фінансування проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, основна мета страхування експортних кредитів полягає у гарантуванні платежу продавцю в тому випадку, коли іноземному покупцеві експортованих товарів або послуг дозволено відстрочити платіж. Страхування експортних кредитів може приймати форму механізмів страхування "кредитів постачальнику" або "кредитів покупцю". В рамках механізмів кредитів постачальнику експортер та імпортер узгоджують комерційні умови, що передбачають відстрочку платежу, підтверджену оборотними інструментами (наприклад, перекладними або простими векселями), що видаються покупцем. При умови доведення кредитоспроможності експортер отримує страхове покриття від агентства з кредитування експорту в своїй країні. У рамках механізму кредитів покупцеві зобов'язання покупця здійснити платіж фінансується банком експортера, який у свою чергу отримує страхове покриття від агентства з кредитування експорту. Експортні кредити, як правило, поділяються на короткострокові (строк повернення становить зазвичай до двох років), середньострокові (зазвичай від двох до п'яти років) і довгострокові (понад п'ять років). Офіційна підтримка з боку агентств з кредитування експорту може приймати форму "чистого покриття", під яким розуміється страхування або гарантії, надані експортерам або кредитним установам без фінансової підтримки. Офіційна підтримка може також прийняти форму "фінансової підтримки", яка визначається як включає прями кредити зарубіжному покупцеві, рефінансування і всі форми підтримки процентної ставки;

б) страхування інвестицій. Агентства з кредитування експорту можуть запропонувати страхове покриття або безпосередньо позичальникові, або експортеру у зв'язку з певними політичними та комерційними ризиками. Типові політичні та комерційні ризики включають військові дії, повстання або революцію; експропріацію, націоналізацію або реквізицію активів; неможливість конвертувати валюту; і відсутність можливості придбати іноземну валюту. Страхування інвестицій, що надається агентствами з кредитування з експорту та, ЗВИЧАЙНО захищає Інвесторів якоїсь проектною компанією, створеної за кордоном, від застрахованих ризиків, але не саму проектну компанію. Страхування інвестицій може також поширюватися на цілий ряд політичних ризиків. Агентства з кредитування експорту, які готові забезпечити страховий охоплення таких ризиків, як правило, будуть вимагати надання достатньої інформації щодо правової системи приймаючої країни.

Умови, на яких агентства з кредитування експорту держав – членів Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) пропонують підтримку кредитних угод постачальника і покупця, повинні встановлюватися відповідно до Механізмом ОЕСР, що стосуються керівних принципів відносно експортних кредитів, що користуються офіційною підтримкою (який також називається "консенсусом ОЕСР"). Основна мета цього Механізму полягає у створенні прийнятною інституційної основи, дозволяє запобігати недобросовісній конкуренції за допомогою офіційної підтримки експортних кредитів. Щоб уникнути надання субсидій, що спотворюють ситуацію на ринку, Механізм регулює умови надання страхування, гарантій або прямого кредитування за підтримки урядів.

III. Вибір концесіонера

A. Загальні зауваження

У даній главі розглядаються методи і процедури, які рекомендується використовувати при видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Відповідно до рекомендацій таких міжнародних організацій, як ЮНІДО і Світовий банк, в Керівництві перевага віддається процедурам конкурентного відбору, хоча і

зазначається, що з урахуванням юридичних традицій відповідної країни можуть використовуватися також і прями переговори.

Процедури відбору, рекомендовані в цій главі, містять деякі елементи основного методу закупівель послуг відповідно до Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі товарів (робіт) та послуг

З урахуванням особливих потреб проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, таких як яскраво виражений етап попереднього відбору, був включений ряд змін. У випадку необхідності у цій главі дається посилання на положення Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі, які можуть доповнювати описувану процедуру відбору.

1. Процедури відбору, що розглядаються в Керівництві

Приватні інвестиції в інфраструктуру можуть здійснюватися в різних формах, кожна з яких вимагає застосування спеціальних методів вибору концесіонера. Для цілей розгляду можливих методів відбору відносно проектів у галузі інфраструктури, яким присвячено дане Керівництво, можна виділити три основні форми приватних інвестицій в інфраструктуру:

а) придбання підприємств громадського користування. Приватний капітал може бути інвестований в публічну інфраструктуру шляхом придбання фізичних активів чи акцій підприємств громадського користування. Такі угоди зазвичай здійснюються відповідно до правил, які регулюють процедури укладання договорів на реалізацію державної власності.

У багатьох країнах для продажу акцій підприємств громадського користування потрібен попередній дозвіл в законодавчому порядку. Методи реалізації часто включають пропозиція акцій на ринку цінних паперів або проведення конкурентних процедур, наприклад аукціонів або запрошень взяти участь у торгах, внаслідок чого майно передається стороні, що володіє необхідними кваліфікаційними даними і запропонувала найбільш високу ціну;

б) надання загальнодоступних послуг без розвитку інфраструктури. В рамках інших категорій проектів все необхідне обладнання належить постачальникам послуг і експлуатується ними, і в деяких випадках вони конкурують з іншими постачальниками на ринку відповідних послуг. У деяких національних законах передбачені спеціальні процедури, в відповідно до яких держава може дозволити приватному підприємству надавати загальнодоступні послуги на підставі виключної або невиключної "Ліцензії". Ліцензії можуть пропонуватися в рамках публічних процедур зацікавленим сторонам, які задовольняють кваліфікаційним вимогам, визначеним у законі або встановленим ліцензійним органом. У деяких випадках ліцензійні процедури передбачають проведення публічних аукціонів для зацікавлених сторін, що володіють необхідними кваліфікаційними даними;

с) спорудження та експлуатація публічної інфраструктури. У рамках проектів по спорудженню та експлуатації публічної інфраструктури приватні підприємства залучаються як для здійснення робіт, так і для надання послуг населенню. Процедури, що регулюють процес укладення таких договорів, в деяких відносинах аналогічні процедурам, які застосовуються при державних закупівлях робіт і послуг. Національні закони передбачають можливість застосування найрізноманітніших методів для публічних закупівель, від регламентованих конкурентних методів, таких, як процедури торгів, до менш регламентованих переговорів з потенційними постачальниками.

У цій главі головним чином розглядаються процедури відбору, які підходять для застосування щодо проектів у галузі інфраструктури, пов'язаних із зобов'язанням обраного приватного підприємства забезпечити спорудження, ремонт або розширення відповідної

інфраструктури в метю її подальшої експлуатації на приватній основі. Інші методи відбору постачальників загальнодоступних послуг за допомогою ліцензування або аналогічних процедур або просто методи реалізації державної власності за допомогою збільшення капіталу або пропозицій акцій спеціально не розглядаються.

2. Загальні цілі процедури відбору

Для укладення договорів на проекти в галузі інфраструктури організація-замовник може або застосувати методи і процедури, які вже передбачені в законах приймаючої країни, або розробити процедури, спеціально призначені для цієї мети. У кожному разі важливо забезпечити, щоб такі процедури в цілому сприяли досягненню основоположних цілей правил, що визначають порядок видачі публічних підрядів.

а) Економія і ефективність

У зв'язку з проектами в області інфраструктури поняття "економії" означає вибір такого концесіонера, який здатний виконати роботи і забезпечити послуги бажаної якості за найбільш вигідною ціною або пропозиція якого є найбільш вигідним з комерційної точки зору. У більшості випадків економія найкраще досягається за допомогою процедур, які сприяють конкуренції між їх учасниками. Наявність конкуренції спонукає учасників процедур пропонувати свої найбільш вигідні умови, а також може сприяти застосуванню найбільш ефективних і прогресивних технологій або виробничих методів для забезпечення таких умов.

Слід, однак, відзначити, що для забезпечення конкуренції аж ніяк не обов'язково, щоб у відповідному процесі відбору брало участь велике число компаній. Передусім це належить до великих проектів, коли у організації- замовника можуть матися причини для обмеження числа учасників процедур до прийняттого рівня. За умов наявності належних процедур організація-замовник може реалізувати переваги конкуренції навіть у тому випадку, якщо конкурентна база є обмеженою.

Досягненню економії може часто сприяти участь у процедурах відбору іноземних компаній. Участь іноземних компаній не тільки сприяє розширенню конкурентної бази, але може сприяти також тому, що організація-замовник або її країна зможуть придбати технології, яких немає на місцевому ринку. Участь іноземних компаній в процедурах відбору може бути необхідним у тому випадку, якщо не існує національної компанії з такою спеціалізацією, яка потрібна організації-замовнику. Країні, що бажає реалізувати переваги участі іноземних компаній, слід забезпечити, щоб такій участі сприяли відповідні закони і процедури.

Поняття "ефективності" означає вибір концесіонера протягом розумного строку, при мінімальному адміністративному тягарі і при розумних витратах як для організації-замовника, так і для учасників процедур. Крім витрат, які може понести сама організація-замовник внаслідок неефективних процедур відбору (наприклад, у результаті затримок або високих адміністративних витрат), надмірно дорогі і обтяжливі процедури можуть призвести до підвищення загальної вартості проекту або навіть спонукати компетентні компанії повністю відмовитися від участі в процедурах відбору.

б) Забезпечення об'єктивності процесу відбору та довіри до нього

Іншою важливою метою правил, що регулюють відбір концесіонера, є забезпечення об'єктивності цього процесу і довіри до нього. Так наприклад, належна система відбору зазвичай повинна містити положення, покликані забезпечити справедливий режим відносно учасників процедур, скоротити або обмежити ймовірність ненавмисних або навмисних

зловживань у процесі відбору з боку осіб, які здійснюють керівництво цим процесом, або з боку беруть участь у ньому компанії, а також забезпечити прийняття рішень стосовно відборі на належній основі.

Заходи щодо забезпечення об'єктивності процесу добору сприятимуть підвищенню суспільної довіри до цього процесу і до публічного сектору в цілому. Учасники процедур будуть, як правило, прагнути не витратити часу і, в деяких випадках, значних грошових сум для участі в процедурах відбору до тих пір, поки вони не будуть упевнені в тому, що до них буде проявлятися неупереджене ставлення і що ймовірність прийняття їх пропозицій або оферт є цілком реальною. Ті, хто бере участь у процедурах відбору, до яких вони не відчують такої довіри, будуть, ймовірно, прагнути збільшити вартість проекту для покриття високих ризиків і витрат на участь. Заходи, які забезпечують проведення процедур відбору на належній основі, можуть сприяти пом'якшенню або усуненню такої тенденції і сприяти досягненню більш сприятливих умов для організації-замовника.

З метою боротьби з корупцією урядових посадових осіб, у тому числі співробітників організацій-замовників, в приймаючій країні повинна бути створена загальна ефективна система санкцій. У їх число можуть входити санкції кримінального характеру, встановлені стосовно до протиправним діям посадових осіб, які проводять процес відбору, а також учасників процедур. Необхідно також вжити заходів до недопущення конфлікту інтересів, передбачивши, наприклад, вимога про те, що посадові особи організації-замовника, їх дружини, родичі та інші пов'язані з ними особи повинні утримуватися від участі в позиковому або акціонерному капіталі компанії, бере участь у процесі відбору, або що вони не повинні приймати пропозиції про виконання функцій директора або співробітника такої компанії. Крім того, в законодавстві, що регулює процедури відбору, має встановлюватися зобов'язання організації-замовника відхиляти офerti чи пропозиції, представлені стороною, яка, прямо або побічно, дає або погоджується дати будь-якій нинішньому чи колишньому посадовцю або службовцеві організації-замовника або іншого публічного органу винагороду в будь-якій формі, пропозиція про найм на роботу або будь-яку іншу цінну річ або послугу з метою здійснення впливу у зв'язку з процедурами відбору на вчинення якої-небудь дії, прийняття рішення або застосування якоїсь процедури організацією-замовником. Ці положення можуть бути доповнені іншими заходами, такими, як вимога про те, щоб всі компанії, запрошені до участі в процесі відбору, брали на себе зобов'язання не намагатися надавати неналежного впливу на рішення державних посадових осіб, що беруть участь у процесі відбору, і не перешкоджати яким-небудь іншим чином конкуренції шляхом змови або інших незаконних видів практики (іншими словами, мова може йти про укладення так званого "Угоди про чесній боротьбі"). Крім того, відповідно до процедур закупівель, прийнятими деякими країнами, від учасників торгів вимагається подання гарантій в тому, що жодній посадовій особі організації, що закуповує учасником торгів не було і не буде надаватися будь-яких прямих або непрямих пільг, що впливають із договору або з рішення про видачу відповідного підяду. Порушення цієї умови зазвичай розглядається в якості порушення істотної умови договору.

Зміцненню довіри інвесторів може також сприяти наявність належних положень, спрямованих на охорону конфіденційності захищеної правами власності інформації, яку вони представляють у ході процедур відбору. Такі положення повинні передбачати достатні гарантії того, що організація-замовник буде розглядати пропозиції таким чином, щоб уникнути розголошення їх змісту конкуруючим учасникам процедур; що будь-які обговорення або переговори будуть носити конфіденційний характер; і що комерційна чи інша інформація, яку учасники процедур можуть включити в свої пропозиції, не буде розкрита їх конкурентам.

с) Прозорість законів і процедур

Прозорість законів і процедур, що регулюють відбір концесіонера, сприятиме досягненню ряду згаданих вище програмних цілей. Прозорими є такі закони, в яких правила і процедури, що підлягають дотриманню організацією-замовником та учасниками процедур, повністю розкриті, не є надміру складними і викладені в систематизованому та доступному порядку. Процедури є прозорими в тому випадку, коли їх учасники мають можливість визначити, які процедури використовуються організацією-замовником і на якій основі вона приймає відповідні рішення.

Одним з найбільш ефективних методів підвищення прозорості та підзвітності є включення положень, що містять вимогу про те, що організація-замовник зобов'язана вести звіт про процедурах відбору. Звіт, в якому коротко викладається ключова інформація, що стосується таких процедур, полегшує здійснення права на оскарження учасником, інтереси якого порушені. Це, у свою чергу, буде сприяти тому, що правові норми, регулюючі процедури відбору, будуть в максимально можливій мірі автономними з погляду забезпечення їх дотримання і неухильного застосування. Крім того, наявність у законодавстві відповідних вимог щодо звітності полегшить роботу публічних органів, що виконують функції з ревізії або контролю, а також забезпечуватиме підзвітність організацій-замовників суспільству в цілому відносно видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури.

Важливим допоміжним засобом, що дозволяє досягти цілей економії, ефективності, об'єктивності та прозорості, є наявність адміністративних і судових процедур для оскарження рішень, прийнятих органами, беруть участь у процесі відбору.

3. Особливості процедур відбору

Як правило, економія в процесі видачі публічних підрядів може бути найкраще досягнута за допомогою застосування методів, які сприяють розвитку конкуренції серед учасників процедур в рамках чітко регламентованих формальних процедур. Для здійснення закупівель товарів (робіт) в звичайних обставинах національні закони, як правило, передбачають застосування таких процедур конкурентного відбору, як торги.

Формальні процедури, а також об'єктивність і передбачуваність, характерні для процедур конкурентного відбору, як правило, створюють оптимальні умови для забезпечення конкуренції, прозорості та ефективності. Так, використання процедур конкурентного відбору для проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, рекомендовано ЮНІДО, яка сформулювала докладний практичне керівництво про те, яким чином слід організувати такі процедури. Правила щодо закупівель за кредитами, наданих Світовим банком, також рекомендують використовувати процедури конкурентного відбору і передбачають, що концесіонер, відібраний у відповідності з процедурами торгів, прийнятними для Всесвітнього банку, зазвичай має право застосовувати свої власні процедури для видачі підрядів, необхідних для здійснення проекту. У той же час, якщо концесіонер не був вибраний згідно з такими конкурентними процедурами, видача субпідрядів повинна здійснюватися відповідно з конкурентними процедурами, прийнятними для Всесвітнього банку.

Слід, проте, відзначити, що до останнього часу не було розроблено якого-небудь міжнародного типового законодавства, спеціально призначеного для регламентування процедур конкурентного відбору в зв'язку з проектами в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. З іншого боку, положення національного законодавства, що стосуються конкурентних процедур для закупівель товарів (робіт) або послуг, можуть виявитися не повністю прийнятними для проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Так, міжнародний досвід у справі видачі підрядів на проекти в галузі

інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, показав, що традиційним формам процедур конкурентного відбору, наприклад проведенню торгів, притаманні певні обмеження. З урахуванням особливих питань, які виникають у зв'язку з проектами в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, і які коротко розглядаються нижче, урядам доцільно розглянути питання про адаптацію таких процедур для вибору концесіонера.

а) Коло потенційних учасників процедур

Видача підрядів на проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, як правило, пов'язана зі складними, тривалими і дорогими процедурами, причому значні масштаби більшості проектів у галузі інфраструктури знижують вірогідність отримання пропозицій від великої кількості достатньо кваліфікованих учасників процедур. Так, компетентні учасники процедур можуть бути не зацікавлені в участю у процедурах закупівель по дорогих проектах, якщо коло потенційних конкурентів надмірно широкий і якщо існує небезпека того, що вони змушені будуть конкурувати з нереалістичними пропозиціями чи пропозиціями, представленими некваліфікованими учасниками. Тому для видачі підряду на проекти в галузі інфраструктури зазвичай не рекомендується проводити відкриті торги без етапу попереднього відбору.

б) Визначення вимог до проекту

При традиційних публічних закупівлях будівельних робіт уряд, як правило, виступає в ролі розпорядника чи наймача, а вибраний підрядник виконує функції виконавця робіт. Основна увага в рамках процедур закупівель приділяється вихідним ресурсам, які будуть надані підрядником, тобто організація-замовник чітко визначає, що, яким чином і за допомогою яких засобів має бути побудовано. Тому запрошення взяти участь у торгах на здійснення робіт, як правило, супроводжуються обширними і вельми докладними технічними специфікаціями відносно закуповуваних категорій робіт і послуг. У таких випадках організація-замовник буде нести відповідальність за складання належних специфікацій, відповідних того типу інфраструктури, яку планується спорудити, а також за забезпечення можливостей для ефективної експлуатації такої інфраструктури.

У той же час для багатьох проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, організація-замовник може передбачати інше розподіл відповідальності між публічним і приватним секторами. У подібних випадках після визначення потреб у якій-небудь області інфраструктури організація-замовник може віддати перевагу такому варіанту, при якому відповідальність за вироблення найкращого рішення для задоволення відповідних потреб буде передана приватному сектору за умови дотримання певних вимог, які можуть бути встановлені організацією-замовником (наприклад, встановлених в порядку регулювання вимог, пов'язаних з питаннями виробничих характеристик і безпеки, а також вимог, що стосуються подання достатніх доказів того, що запропоновані технічні рішення є випробуваними і що вони задовольняють міжнародно визнаним стандартам у галузі безпеки і в інших областях). Так, в рамках процедури відбору, застосовуваної організацією-замовником, більше уваги може приділятися очікуваній віддачі об'єкта (тобто тим послуг або товарів, які надаватимуться або вироблятися), а не технічним специфікаціям щодо робіт, які повинні бути виконані, або ж коштів, які повинні бути використані для надання таких послуг.

с) Критерії оцінки

Для потреб проектів, які повинні фінансуватися, перебувати у власності і експлуатуватися публічними органами, товари, роботи або послуги зазвичай закуповуються за рахунок коштів, джерелом яких є затверджені бюджетні асигнування. Оскільки джерела

фінансування зазвичай є забезпеченими, основна мета організації, що закуповує полягає в тому, щоб отримати за витрачаються кошти продукцію найкращої якості. Тому при таких видах закупівель вирішальним фактором при визначенні найкращої пропозиції з числа відповідають формальним вимогам і технічно прийнятних пропозицій (тобто пропозицій, що перевищують мінімальний рівень вимог у відношенні як якісних, так і технічних аспектів) найчастіше є пропонувана загальна ціна будівельних робіт, яка розраховується на основі вартості будівництва та інших понесених підрядником витрат плюс певна норма прибутку.

У свою чергу проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, як правило, повинні бути автономними у фінансовому відношенні, тобто витрати на спорудження й експлуатацію повинні покриватися за рахунок власних доходів проекту. Тому крім витрат на будівництво і експлуатацію, а також ціни, яку повинні будуть оплачувати користувачі, буде потрібно прийняти до уваги цілий ряд інших чинників. Так наприклад, організації-замовнику необхідно буде ретельно розглянути питання про фінансову та комерційної здійсненності проекту, обґрунтованості механізмів фінансування, пропонувані учасниками процедур, а також надійності використовуваних технічних рішень. Зацікавленість у проведенні такого аналізу буде існувати навіть у тому випадку, якщо не передбачається ніяких урядових гарантій або платежів, оскільки незавершені проекти або проекти зі значним перевитратою кошторису або більш високими, ніж очікувалося, експлуатаційними витратами, часто чинять негативний вплив на загальні показники забезпеченості необхідними послугами і на громадську думку в приймаючій країні. Організація-замовник буде також прагнути до того, щоб сформулювати такі кваліфікаційні критерії і критерії оцінки, відповідно до яких належне значення буде надаватися необхідності забезпечення безперервного характеру надання відповідної загальнодоступною послуги, а також належного універсального доступу до неї. Крім того, враховуючи, як правило, вельми тривалі терміни концесій на інфраструктуру, організації-замовнику необхідно буде упевнитися в надійності і прийнятності механізмів, пропонувані для етапу експлуатації, а також ретельно оцінити елементи пропозицій, що стосуються послуг.

d) Переговори з учасниками процедур

Закони та правила, що регулюють процедури торгів, часто забороняють проведення переговорів між організацією-замовником та підрядниками щодо поданих ними пропозицій. Причина цього суворої заборони, який встановлюється також у статті 35 Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі, полягає в тому, що результатом таких переговорів може стати проведення свого роду "аукціону", в рамках якого пропозиція одного підрядника може бути використано для чинення тиску на іншого підрядника, з тим щоб він запропонував нижчу ціну або представив в іншому відношенні більш сприятливе пропозицію. Внаслідок такого суворої заборони підрядники, відібрані для поставок товарів або послуг у відповідності з традиційними процедурами закупівель, зазвичай зобов'язані підписати стандартний пакет договірних документів, який представляється їм в ході процедур закупівель.

У разі видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, існує інша ситуація. З урахуванням складності таких проектів і тривалості їх здійснення представляється малоімовірним, що організації-замовнику і відібраному учаснику процедур вдасться узгодити умови проекту проектної угоди без переговорів і корективів, що дозволяють привести такі умови у відповідність з конкретними потребами проекту. Це особливо вірно в разі проектів, пов'язаних зі створенням нової інфраструктури, коли завершальні переговори з фінансових і забезпечувальних механізмів проводяться тільки після вибору концесіонера. У той же час важливо забезпечити, щоб процедури таких переговорів були прозорими і щоб в їх результаті не змінювалися базові аспекти, на підставі яких проводилися конкурентні процедури.

4. Підготовка до процедур відбору

Видача підряду на проект в області інфраструктури, фінансований з приватних джерел, в більшості випадків виявляється складним заходом, вимагає ретельного планування і координації зусиль всіх щодепартаментів. Завдяки забезпеченню належної адміністративної та кадрової підтримки для здійснення відповідних процедур відбору уряд грає принципово важливу роль у сприянні забезпеченню довіри до процесу відбору.

а) Призначення комітету, що приймає рішення про видачу підряду

Однією з важливих підготовчих заходів є призначення комітету, який нести відповідальність за оцінку пропозицій і вироблення рекомендацій для організації-замовника щодо видачі підряду. Призначення кваліфікованих і неупереджених членів до складу відбіркового комітету не тільки є обов'язковою умовою ефективною оцінки пропозицій, але може також сприяти подальшому підвищенню довіри учасників процедур до процесу відбору.

Інша важлива підготовча міра полягає в призначенні незалежних консультантів, які надаватимуть допомогу організації-замовнику в процедурах відбору. На цьому початковому етапі організації-замовнику, можливо, буде потрібно залучити послуги незалежних експертів або консультантів для надання допомоги у встановленні належних кваліфікаційних критеріїв та критеріїв оцінки, у визначенні експлуатаційних показників (і, якщо це необхідно, проектних специфікацій) і в підготовці документації, яка повинна бути надана учасникам процедур. Може також виникнути необхідність в консультативних послугах для надання допомоги організації-замовнику в оцінці пропозицій, а також у складанні проекту проектного угоди і в проведенні переговорів по ньому. Консультанти можуть надати особливу допомогу у вирішенні найрізноманітніших технічних питань, за якими в урядовому апараті приймаючої країни може і не бути необхідних фахівців, зокрема, в тому, що стосується рекомендацій з інженерно-технічних питань (наприклад, з технічної оцінки проекту або споруди і технічним вимогам для включення в договір); екологічних консультацій (наприклад, з екологічної оцінки та експлуатаційним вимогам); або фінансових рекомендацій (наприклад, по фінансовим прогнозам, аналізу джерел фінансування, оцінці належного співвідношення між позиковим і акціонерним капіталом і оформленню документів, що містять фінансову інформацію).

в) Техніко-економічні обґрунтування та інші дослідження

Як вже зазначалося, одним з перших кроків, які повинні бути предприняті урядом у зв'язку з пропонованим проектом в області інфраструктури, є проведення попередньої оцінки його здійсненності, включаючи аналіз таких економічних і фінансових аспектів, як очікувані економічні вигоди проекту, кошторисна вартість і потенційні доходи, які, як передбачається, можна буде отримувати в результаті експлуатації об'єкта інфраструктури. Варіант створення об'єкта інфраструктури в якості проекту, фінансованого з приватних джерел, вимагає наявності позитивного висновку щодо здійсненності та фінансової життєздатності проекту. В рамках техніко-економічного обґрунтування проекту організація-замовник також, як правило, повинна буде проводити оцінку його екологічного впливу. У ряді країн було визнано доцільним залучити певні громадські організації до попередньої оцінкою екологічного впливу проекту і різних варіантів відомості такого впливу до мінімуму.

До початку процедур, в результаті яких проводиться відбір майбутнього концесіонера, організації-замовнику рекомендується проаналізувати і при необхідності розширити такі початкові дослідження. В деяких країнах організаціям-замовникам рекомендується сформулювати типові проекти для довідкових цілей (зазвичай на основі поєднання показників кошторисної вартості капітальних інвестицій, експлуатаційних витрат і витрат на

обслуговування), перш ніж пропонувати приватному сектору представити свої пропозиції. Мета таких типових проектів полягає в тому, щоб продемонструвати рентабельність комерційної експлуатації об'єкта інфраструктури, а також фінансову здійсненність проекту з точки зору загального обсягу інвестиційних витрат і його вартості для населення. Вони забезпечують також для організації-замовника вельми корисний інструмент, за допомогою якого можна проводити зіставлення і оцінку пропозицій. Наявність інформації, яка підтверджує, що організація-замовник ретельно розглянула технічні, економічні та фінансові аспекти проекту, а також проаналізувала пропоновану роль приватного сектора, сприятиме подальшому підвищенню довіри учасників процедур.

с) Підготовка документації

Процедури відбору для видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, як правило, припускають підготовку великої документації, включаючи проектний план, документацію для попереднього відбору, запит пропозицій, інструкції щодо підготовки пропозицій і проект проектної угоди. Якість і ясність документів, розповсюджуваних організацією-замовником, відіграє істотну роль у забезпеченні ефективності та прозорості процедури відбору.

Стандартна документація, складена в достатньо чітких формулюваннях, може стати важливим елементом, що полегшує проведення переговорів між учасниками процедур та потенційними кредиторами та інвесторами. Крім того, така документація може сприяти забезпеченню послідовності при вирішенні питань, характерних для більшості проектів в відповідному секторі. Проте при використанні стандартних договірних умов рекомендується брати до уваги можливість того, що у зв'язку з конкретним проектом можуть виникнути питання, які не були враховані при підготовці стандартного документа, або що проект може зажадати особливих рішень, які можуть відрізнитися від стандартних умов. Слід ретельно розглянути питання про необхідність досягнення належного балансу між рівнем бажаного однаковості для проектних угод конкретного типу і можливостями для прояву гнучкості, які можуть знадобитися для відшукування рішень, що враховують потреби конкретних проектів.

В. Попередній відбір учасників процедур

Враховуючи складність проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, організація-замовник, можливо, забажає обмежити кількість учасників процедур, від яких згодом будуть запитуватися пропозиції, тільки тими учасниками, які задовольняють певним кваліфікаційним критеріям. При традиційних урядових закупівлях процедури попереднього відбору можуть складатися в перевірці задоволення певним формальним вимогам, наприклад, може вимагатися уявлення належних доказів технічних можливостей або попереднього досвіду участі у відповідній категорії закупівель, причому всі учасники торгів, що задовольняють критеріям попереднього відбору, автоматично допускаються до етапу торгів. Процедури попереднього відбору у зв'язку з проектами в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, можуть, у свою чергу, включати елементи оцінки та відбору. Наприклад, можуть мати місце випадки, коли організація-замовник складає список пройшли попередній відбір учасників процедур відповідно до отриманих ними оцінками.

1. Запрошення до участі у процедурах попереднього відбору

З метою сприяння прозорості та конкуренції рекомендується публікувати запрошення до участі в попередньому відборі таким чином, щоб воно знайшло достатньо широкий відгук для забезпечення ефективного рівня конкуренції. Закони багатьох країн визначають публікації, зазвичай офіційну газету або інші офіційні видання, в яких повинні публікуватися

запрошення до попереднього відбору. З метою сприяння участі іноземних компаній, а також забезпечення максимальної конкуренції організація-замовник, можливо, забажає публікувати запрошення до попереднього відбору також і на одній з мов, звичайно використовуваних в міжнародній торгівлі, в газеті, що має широке міжнародне поширення, або у відповідному спеціалізованому виданні, або технічному чи професійному журналі, що має широке міжнародне поширення.

Документація для попереднього відбору повинна містити достатню інформацію, яка дозволить учасникам процедур встановити, відповідність роботи і послуги, що вимагаються для проекту, того типу, який вони в змозі надати, і, в разі позитивної відповіді на це питання, яким чином вони можуть взяти участь у процедурах відбору. У запрошенні до участі в процедурах попереднього відбору крім вказівки об'єкта інфраструктури, який необхідно спорудити або модернізувати, повинна міститися інформація по іншим суттєвим елементам проекту, таким, як послуги, які надаватимуться концесіонером, фінансові механізми, які передбачає використовувати організація-замовник (наприклад, чи буде проект повністю фінансуватися за рахунок платежів або зборів з користувачів або ж можуть бути надані публічні кошти у вигляді прямих платежів, позик або гарантій), і, якщо це вже відомо, короткий виклад основних умов проектної угоди, яка буде укладена в результаті процедур відбору.

Крім цього, в запрошення до участі в процедурах попереднього відбору слід включати загальну інформацію, аналогічну тій, яка зазвичай міститься в документації для попереднього відбору згідно загальним нормам, регулюючим публічні закупки.

2. Критерії попереднього відбору

Як правило, від учасників процедур буде вимагатися продемонструвати, що вони володіють необхідними професійними і технічними кваліфікаційними даними, фінансовими і людськими ресурсами, обладнанням та іншими матеріальними можливостями, управлінської компетентністю, надійністю і досвідом, які необхідні для здійснення проекту. Додаткові критерії, які можуть мати особливе значення для проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, можуть включати здатність керувати фінансовими аспектами проекту, а також попередній досвід з експлуатації публічної інфраструктури або за поданням послуг під здійснюваним в порядок регулювання наглядом (наприклад, якісні показники їх попередньої діяльності, масштаби і вид проектів, раніше здійснених учасниками процедур); досвідченість ключового персоналу, який передбачається залучити до здійснення проекту; достатній організаційний потенціал (включаючи мінімальні рівні будівельного і експлуатаційного обладнання, а також обладнання для матеріально-технічне обслуговування); можливості для забезпечення фінансових потреб інженерно-конструкторського, будівельного і експлуатаційного етапів проекту (підтвержені, наприклад, доказами здатності учасників процедур надати необхідний за проектом акціонерний капітал і достатніми доказами хорошого фінансового становища учасника процедур, наданими надійними банками). Кваліфікаційні вимоги повинні охоплювати всі етапи здійснення проекту в області інфраструктури, включаючи, якщо це необхідно, фінансове управління, інженерно-технічні питання, будівництво, експлуатацію та обслуговування. Крім цього, від учасників процедур буде вимагатися продемонструвати, що вони відповідають таким іншим кваліфікаційним критеріям, які зазвичай застосовуються згідно загальним законам приймаючої країни в області закупок.

Один з важливих аспектів, який має бути розглянутий організацією-замовником, стосується взаємозв'язку між видачею підряду на відповідний конкретний проект і політикою, що проводиться урядом відносно відповідного сектора. Якщо ставиться мета сприяння розвитку конкуренції, уряд може бути зацікавлене в тому, щоб на відповідному ринку або у відповідному секторі не панувало якесь одне підприємство (наприклад, щоб кількість

місцевих телефонних компаній, що діють на будь-якої конкретної території і контрольованих однієї і тієї ж компанією, не перевищувало певного граничного числа). Для проведення такої політики та недопущення панування на ринку тих учасників процедур, яким, можливо, вже була видана концесія у відповідному секторі економіки, організація-замовник може побажати включити в документацію для попереднього відбору положення про нові концесії, що обмежують участь таких учасників процедур або перешкоджають видачу їм нових підрядів. З метою забезпечення прозорості доцільно передбачити в законодавстві, що в тих випадках, якщо організація-замовник резервує за собою право відхилити пропозицію на цих чи інших аналогічних підставах, в запрошення до участі в попередньому відборі повинна бути включена належна інформація про такі обставини.

Кваліфікаційні вимоги повинні на рівних підставах застосовуватися щодо всіх учасників процедур. Організація-замовник не повинна встановлювати якихось критеріїв, вимог або процедур щодо кваліфікаційних даних учасників, крім передбачених у документації для попереднього відбору. При розгляді професійних і технічних кваліфікаційних даних консорціумів, створених для участі в процедурах, організація-замовник повинна враховувати індивідуальну спеціалізацію членів консорціуму і визначати, чи є сукупні кваліфікаційні дані членів консорціуму достатніми для задоволення потреб усіх етапів проекту.

3. Питання, пов'язані із участю у процедурах консорціумів

З урахуванням значних масштабів більшості проектів у галузі інфраструктури зацікавлені компанії, як правило, беруть участь у процедурах відбору через спеціально створені для цих цілей консорціуми. Тому інформація, запитувана у членів консорціуму, що бере участь у процедурах, повинна стосуватися як консорціуму в цілому, так і його окремих учасників. Для спрощення контактів з організацією-замовником у документації для попереднього відбору, можливо, доцільно запропонувати кожному консорціуму призначити одного зі своїх членів в якості координатора по всіх видах зв'язку з організацією-замовником. Організації-замовнику в цілому доцільно передбачити вимогу про те, щоб члени консорціуму, що бере участь в процедурах, представили завірене під присягою заяву про те, що в випадку, якщо їм буде виданий поспіль, вони нестимуть солідарні зобов'язання по проектному угодою від імені консорціуму. В якості альтернативи організація-замовник може зарезервувати за собою право вимагати на більш пізньому етапі, щоб члени обраного консорціуму створили незалежну юридична особа для реалізації проекту.

Крім того, організації-замовнику рекомендується ретельно проаналізувати складу консорціуму і стан материнських компаній. Може виявитися, що одна компанія, прямо або через свої дочірні компанії, увійде до складу більш ніж одного консорціуму для подання пропозицій щодо одного і того ж проекту. Така ситуація неприпустима, оскільки в цьому випадку виникає небезпека витоку інформації або змови між конкуруючими консорціумами, що підриває довіру до процедур відбору. Тому рекомендується вказати в запрошенні до участі у процедурах попереднього відбору, що жоден з членів консорціуму, що пройшов кваліфікаційний відбір, не може, прямо або через дочірні компанії, брати участь більш ніж в одному реченні про реалізацію проекту. Порушення такого правила повинне призводити до дискваліфікації відповідного консорціуму і окремих компаній, що є його членами.

4. Попередній відбір і національні преференції

Законодавство деяких країн передбачає можливість надання певного преференційного режиму для національних підприємств або ж спеціального режиму учасникам процедур, які зобов'язуються використовувати національні товари або наймати місцеву робочу силу. Такий преференційний або спеціальний режим в деяких випадках передбачається як істотного кваліфікаційної вимоги (наприклад, мінімальна частка національного участі в консорціумі)

або в якості умови для участі в процедурах відбору (наприклад, призначення місцевого партнера в якості лідера консорціуму, що бере участь у процедурах).

Надання національних преференцій пов'язано з цілою низкою проблем. По-перше, використання таких преференцій не допускається керівними принципами деяких міжнародних фінансових установ та може не відповідати міжнародним зобов'язанням, прийнятим на себе багатьма державами чинності угод про регіональної економічної інтеграції або полегшенні торгівлі. Крім того, з точки зору приймаючої країни, важливо оцінити очікувані вигоди в зіставленні з вадами позбавлення організації-замовника можливості знайти найкращі варіанти задоволення національних потреб в галузі інфраструктури. Також важливо не допустити повної ізоляції від іноземної конкуренції, що може призвести до збереження низького рівня економії, ефективності та конкуренції в відповідних секторах національної промисловості. Тому багато країни, що бажають надати вітчизняним постачальникам певні пільги і в той же час прагнуть скористатися перевагами міжнародної конкуренції, утримуються від прямого виключення іноземних учасників або висунення обмежувальних кваліфікаційних вимог. Національні преференції можуть приймати форму спеціальних критеріїв оцінки, що передбачають преференційну поправку для національних учасників процедур або учасників, які пропонують закуповувати матеріали, послуги та продукцію на місцевому ринку. Метод преференційної поправки, який передбачається в пункті 4 (д) статті 34 Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі, є більш прозорим, ніж суб'єктивні кваліфікаційні критерії або критерії оцінки. Крім того, такий метод дозволяє організації-замовнику віддавати перевагу місцевим учасникам процедур, які в змозі наблизитися до конкурентоспроможним міжнародним стандартам, причому це можна зробити без винятку конкуренції з боку іноземних компаній. Якщо планується надати національні преференції, то рекомендується оголосити про це заздалегідь, бажано у запрошенні до участі в попередньому відборі.

5. Часткове відшкодування витрат на участь у процедурах відбору

Ціна, що стягується за документацію для попереднього відбору, повинна відображати тільки витрати на друкування документації для попереднього відбору та її надання учасникам процедур. Вона не повинна використовуватися в якості додаткового засоби обмеження числа учасників процедур. Ця практика не тільки є неефективною, а й призводить до подальшого підвищенню спочатку високої вартості участі в процедурах відбору. Значні витрати на підготовку пропозицій щодо проектів у галузі інфраструктури і відносно високі ризики, пов'язані з тим, що процедура відбору може не привести до укладення договору, можуть послужити стримуючим фактором для деяких компаній при прийнятті рішення про участь у консорціумі для подання пропозиції, особливо в тому випадку, коли вони не знайомі з процедурами відбору, які застосовуються в приймаючій країні.

Тому в деяких країнах організації-замовнику дозволено розглядати можливість створення механізмів для компенсації витрат учасників процедур, які пройшли попередній відбір, якщо здійснення проекту не може бути продовжене з не залежних від них причин, або для часткового відшкодування витрат, понесених ними після етапу попереднього відбору, якщо це виправдано в кожному конкретному випадку з урахуванням складності проекту і можливості суттєвого підвищення якості конкуренції. Про таке часткове відшкодування або компенсації витрат, якщо такі передбачаються, рекомендується завчасно повідомляти учасників процедур, бажано у запрошенні до участі в процедурах попереднього відбору.

6. Процедури попереднього відбору

Організації-замовнику слід відповідати на будь-який запит бере участь у процедурах консорціуму щодо роз'яснень у зв'язку з документацією для попереднього відбору, отриманий організацією-замовником в розумні терміни до закінчення остаточного терміну

подання заявок, з тим щоб учасники процедур могли своєчасно представити свої заявки. Відповідь на будь-який запит, який, як це можна розумно припускати, представляє інтерес для інших учасників процедур, повідомляється без вказівки, від кого надійшов запит, всім учасникам, яким організація-замовник надала документацію для попереднього відбору.

У деяких країнах у практичних посібниках з процедурам відбору національним організаціям-замовникам рекомендується обмежувати кількість потенційних пропозицій до мінімально можливого рівня, що дозволяє забезпечити достатню конкуренцію (наприклад, три або чотири пропозиції). Для цих цілей такі країни застосовують систему кількісних оцінок з технічних, управлінських і фінансових критеріям з урахуванням характеру конкретного проекту. Вважається, що кількісні критерії попереднього відбору легше застосовувати, ніж якісні критерії, пов'язані з оцінкою різних достоїнств, і що вони є більш прозорими. У той же час при встановленні системи кількісних оцінок важливо уникати зайвого обмеження свободи розсуду організації-замовника при оцінці кваліфікаційних даних учасників процедур. Організації-замовнику може також знадобитися врахувати той факт, що керівництва з питань закупівель, підготовлені деякими багатосторонніми фінансовими установами, забороняють використання процедур попереднього відбору для обмеження кола учасників процедур яким-небудь заздалегідь встановленим числом. У будь-якому випадку, якщо передбачається використовувати таку систему оцінок, на цю обставину слід прямо вказати в документації для попереднього відбору.

Після завершення етапу попереднього відбору організація-замовник зазвичай становить короткий список учасників процедур, які пройшли попередній відбір і яким буде згодом запропоновано представити пропозиції. Одна з практичних проблем, з якою іноді стикаються організації-замовники, пов'язана з пропозиціями про зміни у складі беруть участь в процедурах консорціумів в ході процесу відбору. З погляду організації-замовника, як правило, доцільно виявляти стриманість у відношенні пропонованих змін окремих членів беруть участь у процесах консорціумів після завершення етапу попереднього відбору. Зміни у складі консорціумів можуть призвести до істотного відхилення від тієї основи, яку використовувала організація-замовник при складанні короткого списку беруть участь у процедурах консорціумів, які пройшли попередній відбір, а також може поставити під сумнів об'єктивність процедур відбору. Як правило, брати участь у процедурах на етапі остаточного відбору слід дозволяти тільки тим учасникам, які пройшли попередній відбір, якщо тільки організація-замовник не переконається в тому, що новий член консорціуму задовольняє критеріям попереднього відбору по суті в такій же мірі, як і вибувають член цього консорціуму.

Хоча критерії, що використовувалися для попереднього відбору учасників процедур, знову розглядати на етапі остаточної оцінки не слід, організація-замовник, можливо, забажає зарезервувати за собою право вимагати на будь-якому етапі процесу відбору, щоб учасники процедур знову продемонстрували свої кваліфікаційні дані у відповідності з тими ж критеріями, які були використані при їх попередньому відборі.

С. Процедури запиту пропозицій

У цьому розділі розглядаються процедури запиту пропозицій у пройшли попередній відбір учасників процедур. Описувані процедури по ряду аспектів аналогічні процедурам залучення пропозицій, які є кращим методом закупівлі послуг, як він передбачається в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про закупівлі, з деякими корективами, які необхідні для врахування потреб організацій-замовників, що видають підряди на проекти в галузі інфраструктури.

1. Етапи процедури

Після попереднього відбору учасників процедур організації-замовнику рекомендується проаналізувати початкове техніко-економічне обґрунтування і формулювання вимог до віддачі й експлуатаційними характеристиками, а також розглянути питання про те, чи існує необхідність у перегляді таких вимог у світлі інформації, отриманої в ході процедур попереднього відбору. На цьому етапі організації-замовнику вже слід визначити, чи буде для запити пропозицій використовуватися одно- або двоетапна процедура.

а) Одноетапна процедура

Вибір між одно- або двоетапною процедурою запити пропозицій буде залежати від характеру контракту, від того, наскільки точно можуть бути визначені технічні вимоги, і від того, чи використовуються для відбору концесіонера показники ефективності віддачі проекту (або експлуатаційні показники). Якщо буде визнано, що розробка експлуатаційних показників або проектних специфікацій з необхідним ступенем точності або остаточності є практично можливою і бажаною для організації-замовника, то процес відбору може бути організований в якості одноетапної процедури. У цьому випадку після проведення попереднього відбору учасників процедур організація-замовник перейде безпосередньо до процедури остаточного запити пропозицій.

б) Двоетапна процедура

У той же час є випадки, коли організація-замовник може бути не в змозі сформулювати свої потреби за допомогою проектних специфікацій або експлуатаційних показників, які були б достатньо докладними й точними для того, щоб дозволити підготувати пропозиції, оцінити їх і зіставити на однаковій основі з урахуванням цих специфікацій і показників. Справа може складатися таким чином, наприклад, у випадку, коли організація-замовник не визначила вид технічних і матеріальних впроваджуються ресурсів, які відповідали би потребам відповідного проекту (наприклад, вид будівельних матеріалів для використання при спорудженні моста). У подібних випадках з точки зору отримання найбільш вигідної пропозиції може бути визнано небажаним, щоб організація-замовник діяла на основі специфікацій або показників, які вона склала б без обговорення з учасниками процедур питання про їх точних можливостях і про можливі запропонованих варіантах. З цією метою організація-замовник, можливо, побажає розділити процес відбору на два етапи з тим, щоб створити певні можливості для гнучкості при проведенні обговорень з учасниками процедур.

У тих випадках, коли процедура відбору розділяється на два етапи, при первісному запиті пропозицій учасникам процедур зазвичай пропонується представити пропозиції, що стосуються специфікацій на товари або послуги, які повинні бути результатом проекту, інших характеристик проекту, а також інших запропонованих договірних умов. Запрошення до подання заявок дозволить учасникам процедур запропонувати свої власні рішення для задоволення конкретних потреб у галузі інфраструктури відповідно до визначених стандартів послуг. Пропозиції, подані на цьому етапі, будуть, як правило, являти собою рішення на основі інженерно-конструкторської концепції або експлуатаційних показників без вказівки фінансових елементів, таких як передбачувані ціни або рівень винагороди.

У тій мірі, в якій умови договірної оформлення проекту вже відомі організації-замовнику, вони повинні включатися в запит пропозицій, можливо, у формі проекту проектної угоди. Поінформованість про деяких договірних умовах, таких як передбачається організацією-замовником розподіл ризиків, є важливою для учасників процедур, оскільки дозволяє їм скласти свої пропозиції і обговорити "банківську прийнятність" проекту з потенційними кредиторами. Первинна реакція на ці договірні умови, особливо на що передбачається організацією-замовником розподіл ризиків, може допомогти організації-

замовнику оцінити практичну здійсненність проекту у початково задуманому вигляді. У той же час важливо проводити розмежування між процедурою запиту пропозицій і переговорами щодо остаточного контракту після прийняття рішення про видачу підряду. Мета цього початкового етапу полягає в тому, щоб дати організації-замовнику можливість згодом сформулювати свої потреби таким чином, який дозволить організувати на заключному етапі конкуренцію на основі єдиного набору параметрів. Запрошення до поданням первинних пропозицій на цьому етапі не повинно вести до переговорам за умовами контракту до прийняття остаточного рішення про його ув'язненні.

Після цього організація-замовник може організувати зустріч з учасниками процедур для роз'яснення питань, що стосуються запитів пропозицій та супровідної документації. Організація-замовник може на першому етапі провести обговорення з будь-яким учасником процедур по будь-якому аспекту його пропозиції. Організації-замовнику слід розглядати пропозиції таким чином, щоб уникнути розкриття їх змісту конкуруючим учасникам процедур. Будь-які обговорення повинні носити конфіденційний характер, і жодна з сторін обговорень не повинна розкривати ніякому іншому особі ніякої технічної, фінансової або іншої інформації, що відноситься до цих обговорень, без згоди іншої сторони.

Після таких обговорень організації-замовнику слід проаналізувати і при необхідності переглянути початкові специфікації проекту. При формулюванні таких переглянутих специфікацій організації-замовнику повинно бути дозволено виключати або змінювати будь-який аспект технічних або якісних характеристик проекту, які спочатку були вказані в запиті пропозицій, а також будь спочатку зазначений у такої документації критерій для оцінки і зіставлення пропозицій. Про будь такому виключення, зміну або додаванні має повідомлятися учасникам процедур в запрошенні уявити остаточні пропозиції. Учасникам процедур, які не бажають представляти остаточну пропозицію, повинно бути дозволено виходити з процедур відбору без втрати права на будь забезпечення, надання якого могло бути від них вимагатися.

2. Зміст остаточного запиту пропозицій

На заключному етапі організації-замовнику слід запропонувати учасникам процедур уявити остаточні пропозиції щодо переглянутих специфікацій проекту, експлуатаційних показників і договірних умов. У запит пропозицій, як правило, повинна включатися вся інформація, необхідна для того, щоб дати учасникам процедур основу, що дозволяє представити пропозиції, які відповідають потребам організації-замовника і які організація-замовник може зіставити об'єктивним і справедливим чином.

а) Загальна інформація для учасників процедур

У загальну інформацію для учасників процедур повинні належним чином включатися ті дані, які спочатку вказуються у тендерній документації або запиті пропозицій у зв'язку з закупівлями товарів (робіт) і послуг. Особливо важливим є подання інформації про критерії, які будуть використовуватися організацією-замовником при визначенні виграв пропозиції, і про відносне значення таких критеріїв.

в) Інформація про техніко-економічних обґрунтуваннях

У загальну інформацію, що надається учасникам процедур, рекомендується включати інструкції з підготовки техніко-економічних обґрунтувань, які їм, можливо, буде потрібно подати разом з їх остаточними пропозиціями. У таких техніко-економічних обґрунтуваннях охоплюються, наприклад, такі аспекти:

а) комерційна рентабельність. Особливо щодо проектів, що фінансуються на безоборотній або обмежено оборотній основі, принципово важливо встановити потреби у віддачі проекту, а також скласти оцінки і прогнози відносно таких потреб на пропонуваній термін експлуатації об'єкта, включаючи очікуваний попит (наприклад, прогнози відносно інтенсивності руху по автодорогах) і ціноутворення (наприклад, розміри зборів);

б) інженерно-конструкторські рішення і оперативна здійсненність. Учасникам процедур слід запропонувати продемонструвати прийнятність пропонованої ними технології, включаючи обладнання та процеси, з точки зору національних, місцевих та екологічних умов, ймовірність досягнення планованого рівня продуктивності, а також адекватність методів і графіків будівництва. У такому дослідженні необхідно також визначити проповану організацію, методи і процедури експлуатації і матеріально-технічного обслуговування завершеного об'єкта;

с) фінансова життєздатність. Слід запропонувати учасникам процедур вказати пропоновані джерела фінансування для етапів будівництва та експлуатації, включаючи позикові кошти і інвестиції в акціонерний капітал. Хоча надання позичок і задіяння інших механізмів фінансування в більшості випадків здійснюються тільки після підписання проектної угоди, необхідно передбачити вимогу про те, щоб учасники процедур представили достатні докази стосовно наміри кредиторів здійснити домовлений фінансування. У ряді країн від учасників процедур також потрібно вказати очікувану внутрішню норму окупності по відношенню до фактичної вартості капіталу відповідно з пропонованими механізмами фінансування. Така інформація повинна дозволити організації-замовнику оцінити обґрунтованість і доступність пропонованих цін або зборів, які будуть стягуватися концесіонером, а також потенційні можливості їх подальшого підвищення;

д) екологічний вплив. У цьому дослідженні слід визначити можливі негативні або несприятливі наслідки реалізації проекту для навколишнього середовища, а також вказати, які коректувальні заходи необхідно буде ухвалити для забезпечення дотримання застосованих екологічних стандартів. У такому дослідженні слід належним чином враховувати відповідні екологічні стандарти міжнародних фінансових установ, а також загальнонаціональних, регіональних і місцевих властей.

с) Інформація про тендерні забезпечення

Рекомендується вказати в запиті пропозицій будь-які вимоги організації-замовника щодо емітента, а також характеру, форми, суми та других основних умов будь-якого тендерного забезпечення, яке має бути надано учасниками процедур для компенсації тих втрат, які можуть виникнути в результаті відкликання пропозицій або нездатності відібраного учасника процедур укласти проектну угоду. Для забезпечення справедливого режиму для всіх учасників процедур вимоги, прямо або побічно стосуються поведінки учасника процедур, що представляє пропозицію, не повинні ставитися до чого-небудь іншого, крім такого: відгук або зміна пропозиції після закінчення остаточного терміну подання пропозицій або до закінчення остаточного терміну, якщо це передбачено в запиті пропозицій; нездатність дотримати фінансові параметри; непідписання проектної угоди, якщо організація-замовник вимагає такого підписання; а також неподання необхідного забезпечення виконання проектної угоди після того, як пропозиція була прийнята, або невиконання будь-якого іншого зазначеного в запиті пропозицій умови до підписання проектної угоди. Необхідно передбачити гарантії для забезпечення того, щоб вимога про надання тендерного забезпечення висувалася тільки на справедливій основі і для відповідних цілей.

d) Кваліфікація учасників процедур

У тих випадках, коли попереднього відбору учасників процедур до запиту пропозицій не проводилося і коли організація-замовник резервує за собою право вимагати від учасників процедур знову підтвердити кваліфікаційні дані, у запиті пропозицій повинна бути викладена інформація, яку потрібно представити учасникам процедур на підтвердження їх кваліфікаційних даних.

e) Проектні специфікації та експлуатаційні показники

Рівень деталізації складання специфікацій, а також належна збалансованість між елементами впроваджуються ресурсів і показниками віддачі будуть залежати від розгляду таких питань, як вид інфраструктури і власність на неї і розподіл відповідальності між публічним і приватним секторами. В цілому організації-замовнику рекомендується враховувати довгострокові потреби проекту і формулювати специфікації таким чином, який дозволить їй отримати достатню інформацію для вибору учасника процедур, який запропонував надання найбільш високоякісних послуг на найкращих економічних умовах. Організація-замовник може вважати корисним сформулювати проектні пропозиції таким чином, щоб дати належний опис продукції проекту та експлуатаційних показників без зайвої регламентації в тому, що стосується способу досягнення намічених результатів. Проектні специфікації та експлуатаційні показники звичайно охоплюють такі аспекти:

a) опис проекту і очікуваної віддачі. Якщо для надання послуг потрібні спеціальні будівлі, такі, як транспортні термінали або аеропорт, організація-замовник, можливо, забажає представити як ілюстративної основи тільки схематичні планувальні концепції поділу відповідної ділянки на зони користування, замість представлення планів, що вказують місце розташування і розміри окремих споруд, як це зазвичай робиться при традиційних закупівлях будівельних послуг. У той Водночас, якщо, на думку організації-замовника, важливо, щоб учасники торгів представили докладні технічні специфікації, в запит пропозицій включається, щонайменше, наступна інформація: опис робіт, що повинні бути здійснені, і послуг, які повинні бути надані, включаючи технічні специфікації, плани, креслення та ескізи; графік для виконання робіт та надання послуг; і технічні вимоги до експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта;

b) мінімальні застосовні конструкторські та експлуатаційні стандарти, включаючи належні екологічні стандарти. Експлуатаційні стандарти зазвичай формулюються із зазначенням бажаного якості і кількості продукції або послуг, вироблених об'єктом. Пропозиції, які відходять від відповідних експлуатаційних стандартів, повинні розглядатися в якості не відповідають формальним вимогам;

c) якість послуг. Стосовно до проектів, пов'язаних з наданням загальнодоступних послуг, експлуатаційні показники повинні включати опис послуг, які повинні бути надані, та відповідні стандарти якості, які будуть використовуватися організацією-замовником при оцінці пропозицій. Коли це доречно, повинні бути згадані будь-які загальні зобов'язання постачальників загальнодоступних послуг щодо розширення надання послуги та забезпечення безперервного характеру її надання з метою задоволення попиту обслуговується громади або території, забезпечення недискримінаційній доступності послуг для користувачів та надання недискримінаційного доступу іншим постачальникам послуг до будь-якої мережі публічної інфраструктури, експлуатованої концесіонером, на умовах, встановлених у проектному угоді.

Учасникам процедур повинні бути дані інструкції представити інформацію, яка необхідна організації-замовнику для оцінки технічної обґрунтованості пропозицій, їх оперативної

здійсненності та дотримання стандартів якості та технічних вимог, у тому числі таку інформацію:

- a) попереднє інженерно-конструкторське рішення, включаючи пропонований графік робіт;
- b) витрати на проект, включаючи потреби в експлуатаційних витратах і витратах на матеріально-технічне обслуговування, а також пропонований план фінансування (наприклад, пропоноване участь в акціонерному капіталі або позиковий капітал);
- c) пропонована організація, методи і процедури для експлуатації та матеріально-технічного обслуговування проекту, який є предметом процедур;
- d) опис якості послуг.

Кожен з вищезгаданих експлуатаційних показників може зажадати подання додаткової інформації з боку учасників процедур з урахуванням потреб того проекту, підряд на який видається. Наприклад, в зв'язку з видачею концесії на розподіл електроенергії в якомусь регіоні в число цих показників можуть включатися такі мінімальні технічні стандарти, як a) оговоренная флуктуація напруги (і частоти) на рівні споживання; b) тривалість відключень (виражена в годинах за рік); c) частотність відключень (виражена в кількості за рік); d) втрати; e) кількість днів для підключення нового клієнта; і f) комерційні стандарти для відносин з клієнтами (наприклад, кількість днів для оплати рахунків, для повторного підключення об'єктів, для відповіді на скарги клієнтів).

f) Договірні умови

Рекомендується, щоб в тендерну документацію були включені певні вказівки на те, яким чином організація-замовник передбачає розподілити пов'язані з проектом ризики. Цей момент є важливим для того, щоб встановити умови для обговорення на переговорах за певними докладним положенням проектної угоди. Якщо питання про розподіл ризиків буде залишений повністю відкритим, то учасники процедур можуть спробувати звести до мінімуму прийняті на себе ризики, що може завдати шкоди мети залучення приватних інвестицій до розробки проекту. Крім того, в запит пропозицій повинна включатися інформація про основні елементи договірних механізмів, передбачаються організацією-замовником, наприклад, наступна:

- a) тривалість концесії або пропозицію учасникам процедур представити свої власні пропозиції щодо тривалості концесії;
- b) формули і індекси для використання при коригуванні цін;
- c) урядова підтримка та інвестиційні стимули, якщо такі надаються;
- d) гарантійні вимоги;
- e) вимоги регулюючих установ, якщо такі є;
- f) валютно-фінансові норми і правила, що регулюють перекази в іноземній валюті;
- g) механізми пайової розподілу надходжень, якщо такі передбачаються;
- h) вказівку, якщо це доречно, категорій активів, які концесіонеру потрібно передати організації-замовнику або надати в розпорядження подальшого концесіонеру після закінчення терміну проекту;
- i) у тих випадках, коли вибирається новий концесіонер для експлуатації вже створеної інфраструктури, - опис активів і майна, які будуть надані в розпорядження концесіонера;
- j) можливі альтернативні, додаткові або допоміжні джерела надходжень (наприклад, концесії на експлуатацію вже створеної інфраструктури), якщо такі є, які можуть бути запропоновані переможцю процедур.

Учасникам процедур слід дати інструкції про подання інформації, необхідної організації-замовнику для оцінки фінансових і комерційних елементів пропозицій та їх відповідності пропонованим договірними умовами. Фінансові пропозиції зазвичай повинні включати наступну інформацію:

- a) стосовно до проектів, у зв'язку з якими дохід концесіонера буде, як передбачається, складатися в першу чергу з відрахувань, платежів або зборів, виплачуваних клієнтами або користувачами об'єкта інфраструктури, у фінансових пропозиціях слід вказувати пропоновану цінову структуру. Стосовно до проектам, у зв'язку з якими дохід концесіонера буде, як передбачається, складатися в першу чергу через платежів, здійснених організацією-замовником або іншим публічним органом у порядку амортизації інвестицій концесіонера, у фінансовому пропозиції слід вказувати пропоновані амортизаційні платежі і період погашення;
- b) поточна вартість пропонованих цін або прямих платежів на основі ставки дисконту та обмінного курсу, зазначених у тендерній документації;
- c) якщо, за оцінками, здійснення проекту потребують урядової фінансової підтримки - рівень такої підтримки, включаючи, якщо це доречно, будь субсидії або гарантії, очікувані від уряду чи організації-замовника;
- d) обсяг ризиків, прийнятих на себе учасниками процедур на час етапу будівництва та експлуатації, включаючи непередбачені події, страхування, інвестиції в акціонерний капітал та інші гарантії щодо цих ризиків.

З тим щоб чітко встановити межі переговорів, які будуть проведені після оцінки пропозицій, в остаточному запиті пропозицій слід вказати ті умови проектного угоди, що не можуть вважатися предметом переговорів.

Організації-замовнику доцільно передбачити вимогу про те, щоб остаточні пропозиції, представлені учасниками процедур, містили докази схвалення запропонованих комерційних умов і розподілу ризиків, як вони вказуються в запиті пропозицій, з боку основних кредиторів учасника процедур. Така вимога може зіграти корисну роль з точки зору опору тиску, спрямованому на повторне відкриття обговорення комерційних умов на етапі заключних переговорів. У ряді країн від учасників процедур потрібно, щоб вони парафували і повернули організації-замовнику проект проектної угоди разом з їх остаточними пропозиціями в якості підтвердження їх згоди з усіма умовами, щодо яких вони не пропонують конкретних поправок.

3. Роз'яснення та зміни

Право організації-замовника змінювати запит пропозицій має важливе значення, оскільки воно дозволяє їй отримати все необхідне для задоволення своїх потреб. У силу цього бажано надати організації-замовнику право - будь то за своєю власною ініціативою, будь то у відповідь на запит про роз'яснення з боку будь-якого учасника процедур – змінювати запит пропозицій шляхом видань доповнення в будь-який час до закінчення остаточного строку подання пропозицій. У той же час у разі таких змін, які розумно зажадають від учасників процедур додаткового часу для підготовки їхніх пропозицій, такий додатковий час слід надати за рахунок відповідного продовження остаточного строку подання пропозицій.

Як правило, про роз'ясненнях і питань, які стали підставою для таких роз'яснень, а також про відповідні зміни організація-замовник повинна негайно повідомляти всім учасникам процедур, яким вона направила запит пропозицій. Якщо організація-замовник проводить зустріч з учасниками процедур, вона повинна скласти протокол, який містить представлені в ході цієї зустрічі запити про роз'яснення у зв'язку із запитом пропозицій, а також відповіді на ці запити без вказівки, від кого надійшли ці запити, і направити примірники протоколу учасникам процедур.

4. Критерії оцінки

Комітет, який приймає рішення про видачу підяду, повинен провести оцінку технічних і фінансових елементів кожного пропозиції відповідно до заздалегідь вказаними системами оцінки технічних критеріїв і викласти в письмовій формі причини поставленої оцінки. В цілому організації-замовнику важливо забезпечити досягнення належного балансу між критеріями оцінки щодо інвестицій в матеріальні об'єкти (наприклад, в будівельні роботи) і критеріями оцінки щодо експлуатації та матеріально технічного обслуговування інфраструктури, а також якості послуг, які повинен буде надавати концесіонер. Належний упор повинен бути зроблений на довгострокових потребах організації-замовника, зокрема, на необхідності забезпечити безперервність надання відповідної послуги на необхідному рівні якості і при забезпеченні безпеки.

а) Оцінка технічних аспектів пропозицій

Технічні критерії оцінки покликані полегшити порівняльну оцінку технічної, експлуатаційної, екологічної та фінансової життєздатності пропозиції щодо заздалегідь встановлених специфікацій, показників і вимог, зазначених у тендерній документації. У тій мірі, в якій це практично можливо, технічні критерії, застосовувані організацією-замовником, повинні бути об'єктивними і непередвладними кількісною оцінкою, з тим щоб дозволити провести об'єктивну оцінку пропозицій і їх зіставлення на загальній основі. Це скорочує ймовірність прийняття суб'єктивних чи довільних рішень. У правилах, що регулюють процес відбору, може обумовлюватися порядок формулювання і застосування таких факторів. Технічні пропозиції щодо проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, зазвичай оцінюються відповідно з наступними критеріями:

- а) технічна обґрунтованість. У тих випадках, коли організація-замовник встановила мінімальні інженерно-конструкторські та експлуатаційні специфікації або стандарти, інженерно-конструкторська основа проекту повинна відповідати таким специфікаціям або стандартам. Від учасників процедур необхідно зажадати продемонструвати обґрунтованість пропонованих методів і графіків робіт;
- б) оперативна здійсненність. Пропоновані організація, методи і процедури для експлуатації та матеріально-технічного обслуговування завершеного об'єкта повинні бути добре визначені, повинні відповідати зазначеним експлуатаційним стандартам, і повинна бути продемонстрована їх практична ефективність;
- в) якість послуг. Критерії оцінки, використовувані організацією-замовником, повинні включати аналіз того порядку, в якому учасники процедур зобов'язуються забезпечувати надання і розширення надання відповідної послуги, включаючи пропоновані гарантії для забезпечення безперервності її надання;
- г) екологічні стандарти. Пропоновані для використання у зв'язку з проектом конструкторські рішення і технологія повинні відповідати екологічним стандартам, зазначеним у запиті пропозицій. Будь-які негативні або несприятливі наслідки реалізації проекту, як він запропонований учасниками процедур, для навколишнього середовища повинні бути відповідним чином визначені, у тому числі зазначені необхідні коректувальні заходи або заходи для ослаблення такого впливу;
- д) додаткові заохочувальні аспекти. Мова йде про інших умовах, які може запропонувати автор проекту, з тим щоб підвищити привабливість своєї пропозиції, наприклад про механізм пайової участі організації-замовника в доходах, про скорочення обсягу урядових гарантій або рівня урядової підтримки;
- е) потенційні можливості для соціально-економічного розвитку. Відповідно до цього критерію організація-замовник може брати до уваги потенційні можливості для соціально-економічного розвитку, які можуть бути запропоновані учасниками процедур, у тому числі пільги для перебувають у несприятливому становищі груп осіб і підприємств, внутрішнє інвестування або інші види комерційної діяльності, сприяння зайнятості, резервування

деяких видів продукції для внутрішніх постачальників, передача технології та розвиток управлінських, наукових і експлуатаційних навичок;

г) кваліфікація учасників процедур. У тих випадках, коли організація-замовник до запиту пропозицій не проводила попереднього відбору, вона не повинна приймати пропозиції, якщо представили пропозиції учасники процедур не володіють достатньою кваліфікацією.

б) Оцінка фінансових і комерційних аспектів пропозицій

Крім критеріїв для технічної оцінки пропозицій організації-замовнику необхідно визначити критерії для оцінки і зіставлення фінансових пропозицій. Критерії, які зазвичай використовуються для оцінки й зіставлення фінансових і комерційних аспектів пропозицій, включають, залежно від обставин, наступні:

а) поточна вартість пропонованих видів винагороди, оплати, питомих цін та інших зборів протягом терміну концесії. Стосовно до проектам, у зв'язку з якими дохід концесіонера буде, як передбачається, складатися в першу чергу з відрахувань, платежів або зборів, виплачуваних клієнтами або користувачами об'єкта інфраструктури, оцінка і зіставлення фінансових елементів остаточних пропозицій ґрунтуються, як правило, на поточній вартості пропонованих відрахувань, орендних чи інших платежів та інших зборів протягом терміну концесії відповідно до встановлених мінімальними проектно-конструкторськими і експлуатаційними стандартами;

б) поточна вартість пропонованих прямих платежів організації-замовника, якщо такі передбачаються. Стосовно до проектам, в зв'язку з якими дохід концесіонера буде, як передбачається, складатися в першу чергу з платежів, здійснених організацією-замовником у порядку амортизації інвестицій концесіонера, оцінка і зіставлення фінансових елементів остаточних пропозицій ґрунтуються, як правило, на поточному вартості пропонованої схеми амортизаційних платежів у відношенні об'єкта, який має бути споруджений відповідно до встановлених мінімальними проектно-конструкторськими і експлуатаційними стандартами, планами і специфікаціями;

в) витрати на проектно-конструкторські та будівельні роботи, щорічні витрати на експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування, поточна вартість капітальних витрат і витрат на експлуатацію і матеріально-технічне обслуговування. Організації-замовнику доцільно включити ці затрати до числа критеріїв оцінки, що дозволить оцінити фінансову здійсненність пропозицій;

г) обсяг фінансової підтримки, якщо така очікується від уряду. Заходи урядової підтримки, прийняття яких відповідає очікуванням або потребам учасників процедур, повинні бути включені в число критеріїв оцінки, оскільки вони можуть бути пов'язані з накладенням безпосередньої чи умовної фінансової відповідальності на уряд;

д) обґрунтованість пропонованих механізмів фінансування. Організації-замовнику слід проаналізувати питання про те, чи є реальний план фінансування, включаючи пропоноване співвідношення між інвестиціями в акціонерний капітал і позиковим капіталом, достатнім для покриття проектних витрат на будівництво, експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування;

е) ступінь згоди з пропонованими договірними умовами. Пропозиції про зміни або модифікації в договірних умовах, поширених спільно із запитом пропозицій (наприклад, стосовно до положень, стосуються розподілу ризиків або компенсаційних платежів), можуть обумовлювати істотні матеріальні наслідки для організації-замовника, і їх необхідно розглядати з належною ретельністю.

Зіставлення пропонованих видів винагороди, оплати, питомих цін та інших зборів є важливим чинником для забезпечення об'єктивності і прозорості вибору між пропозиціями, рівною мірою відповідають формальним вимогам. У той же час організації-замовнику важливо ретельно вивчити відносна вага цього критерію в процесі оцінки. Концепція "ціни" стосовно до прийняття рішень про видачу підрядів на проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, зазвичай не має того значення, як у випадку закупівель

товарів і послуг. Так, винагорода концесіонера часто являє собою поєднання зборів, оплачуваних користувачами, додаткових джерел доходу і прямих субсидій або платежів з боку публічного органу, що приймає рішення про укладення контракту.

З вищесказаного випливає, що, хоча ціна на одиницю очікуваної віддачі зберігає свою роль в якості важливого елемента зіставлення пропозицій, вона не завжди може розглядатися в якості найважливішого чинника. Особливу значення має загальна оцінка фінансової здійсненності пропозицій, оскільки вона дозволяє організації-замовнику оцінити здатність учасників процедур реалізувати проект і вірогідність подальшого підвищення пропонованих цін. Це має велике значення з точки зору необхідності уникати створення таких ситуацій, коли підряди на проекти будуть видаватися учасникам процедур, що пропонують привабливі, проте нереалістично низькі ціни в очікуванні можливості підвищити такі ціни після отримання концесії.

5. Подання, відкриття, зіставлення і оцінка пропозицій

Слід передбачити вимогу про те, щоб пропозиції представлялися у письмовій формі з підписом і в запечатаному конверті. Пропозиції, отримані організацією-замовником після закінчення остаточного терміну для подання пропозицій, розкриватися не повинні і повинні повертатися подали їх учасникам процедур. З метою забезпечення прозорості в національному законодавстві часто встановлюються формальні процедури для розкриття пропозицій, яке зазвичай відбувається в момент, заздалегідь зазначений у запиті пропозицій, а також передбачається вимога про те, щоб організація-замовник дозволяла учасникам процедур, що представив пропозиції, або їх представникам бути присутнім при розтині пропозицій. Така вимога допомагає звести до мінімуму ризик того, що пропозиції можуть бути змінені або що з ними можуть бути зроблені інші маніпуляції, і являє собою важливу гарантію неупередженості процедур.

З урахуванням складності проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, і різноманітності критеріїв оцінки, які звичайно застосовуються при ухваленні рішення про видачу підяду на проект, організації-замовнику, можливо, доцільно застосувати двоетапну процедуру оцінки, при якій нефінансові критерії будуть розглядатися окремо від фінансових - і навіть, можливо, до них, - з тим, щоб уникнути ситуацій, коли певним елементам фінансових критеріїв (наприклад, ціною на одиницю продукції) надається надмірне значення на шкоду нефінансовим критеріям.

З цією метою в деяких країнах передбачаються вимоги про те, щоб учасники процедур складали і представляли свої технічні та фінансові пропозиції у двох окремих конвертах. Система двох конвертів іноді використовується з тієї причини, що вона дозволяє організації-замовнику оцінити технічну якість пропозицій без впливу фінансових компонентів. Однак стосовно цього методу висловлюються критичні зауваження на тій підставі, що він суперечить меті досягнення економії при прийнятті рішень про укладання публічних контрактів. Зокрема, вказується на небезпека того, що в результаті первісного відбору пропозицій лише на основі їх технічних достоїнств і без урахування ціни організація-замовник після розтину перший конвертів може схилитися до того, щоб відібрати пропозиції про виконання технічно більш високоякісних робіт і відхилити пропозиції з менш складними рішеннями, які, тим не менш, задовольняють потреби організації-замовника при більш низьких загальних витратах. Міжнародні фінансові установи, такі як Світовий банк, що не погоджуються з використанням системи двох конвертів у зв'язку з фінансованими ними проектами в силу тих побоювань, що ця система передбачає ширшу свободу розсуду при оцінці пропозицій і утрудняє їх об'єктивне зіставлення.

В якості альтернативи використанню системи двох конвертів організації-замовники можуть встановити вимогу про те, щоб технічні та фінансові пропозиції об'єднувалися в одну єдину пропозицію, однак передбачити двоетапну організацію оцінки, аналогічну процедурі оцінки, описуваної в статті 42 Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі. На першому етапі організація-замовник зазвичай встановлює мінімальний рівень вимог щодо якісних і технічних аспектів, які повинні бути відображені в технічних пропозиціях, відповідно до критеріїв, встановленими в запиті пропозицій, і дає оцінку кожному технічному пропозицією у відповідності з цими критеріями і відносним значенням і порядком застосування цих критеріїв, викладеними в запиті пропозицій. Потім організація-замовник зіставляє фінансові та комерційні аспекти пропозицій, які були оцінені як відповідні мініальному рівню або перевищують його. Якщо передбачається послідовна оцінка технічних і фінансових пропозицій, організації-замовнику на цьому етапі слід упевнитися в тому, чи відповідають технічні пропозиції по зовнішніх ознаках вимогам запиту пропозицій (наприклад, чи охоплюють вони всі ті питання, які повинні бути розглянуті в технічних пропозиціях). На цьому етапі неповні речення, а також пропозиції, що відходять від параметрів запиту пропозицій, повинні відхилитися. Хоча організація-замовник може просити учасників процедур уявити роз'яснення в зв'язку з їх пропозиціями, на цьому етапі не допускається жодних запитів, пропозицій або дозволів з метою зміни суті пропозиції, включаючи зміни, спрямовані на те, щоб зробити пропозицію, що не відповідає формальним вимогам, що відповідають формальним вимогам.

Крім ухвалення рішення про використання системи двох конвертів або двоетапної процедури оцінки організації-замовнику також важливо поширити інформацію про відносне значення, яке надаватиметься кожним критерієм оцінки, і про спосіб застосування цих критеріїв при оцінці пропозицій. З метою забезпечення належної збалансованості між фінансовими і технічними аспектами пропозицій можуть бути використані два підходи. Один з можливих підходів полягає в тому, щоб найбільш вигідною пропозицією вважати ту пропозицію, яка отримало найбільш високу сукупну оцінку з точки зору як цінових, так і нецінових критеріїв оцінки. В іншому випадку для встановлення виграв пропозиції серед пропозицій, що відповідають формальним вимогам, визначальним фактором може служити пропонована ціна на продукцію проекту (наприклад, ціна на воду чи електроенергію або розміри зборів). У кожному разі, в цілях сприяння прозорості процесу добору і для уникнення невідповідного використання нецінових критеріїв оцінки рекомендується зобов'язати комітет, приймає рішення про видачу підяду, представляти письмовий виклад причин, за якими було вибрано якусь інше пропозицію, крім пропозиції, що містить найбільш низьку питому ціну на продукцію проекту.

6. Прикінцеві переговори і видача підяду на проект

Організації-замовнику слід дати оцінку всім відповідальним формальним вимогам пропозиціями на основі критеріїв оцінки, викладених у запиті пропозицій, і запросити провести завершальні переговори по деяким елементам проектної угоди того учасника процедур, який отримав найкращу оцінку. Якщо найбільш високу оцінку одержали два або більше пропозицій, або якщо між оцінками двох або більше пропозицій є лише незначні відмінності, організації-замовнику слід запросити до переговорів усіх учасників процедур, які отримали по суті однакові оцінки. Завершальні переговори повинні обмежуватися питаннями встановлення остаточних деталей оформляє угоду документації та задоволення розумних вимог кредиторів відібраного учасника процедур. Особливою проблемою, з якою стикається організація-замовник, є небезпека того, що в ході переговорів з відібраним учасником процедур будуть робитися спроби змінити - в шкоди уряду або споживачам - Положення про ціну або розподілі ризиків, які спочатку містилися в реченні. Ніяких змін в істотних елементах пропозиції допускати не слід, оскільки вони можуть призвести до спотворення передумов, на основі яких вироблялися уявлення та оцінка пропозицій. Тому що проводяться на цьому етапі переговори не можуть стосуватися тих умов договору, які

були полічені що не підлягали обговоренню в кінцевому запиті пропозицій. Небезпека повторного відкриття обговорення комерційних умов на цьому етапі може бути додатково зменшена, якщо буде передбачено обов'язкова вимога про те, щоб в тендерні заявки, що подаються на етапі конкурентної боротьби між учасниками процедур, включалося вказівку на згоду кредиторів учасника процедур з передбачуваним розподілом ризиків. Корисну роль у цьому процесі можуть зіграти консультанти організації-замовника по фінансових питань, які підготують висновки про реалістичності пропозицій учасників процедур і про те, які рівні фінансових зобов'язань повинні відповідати кожному конкретному етапу. Процес остаточного врегулювання фінансових питань може бути вельми тривалим.

Організація-замовник повинна повідомити решту відповідають формальним вимогам учасників процедур про те, що вони можуть бути запрошені до переговорів, якщо переговори з учасником процедур, що отримали кращу оцінку, не приведуть до висновку проектної угоди. Якщо організації-замовнику стає очевидно, що переговори із запрошеним учасником процедур не приведуть до висновку проектної угоди, вона повинна проінформувати цього учасника про те, що вона припиняє переговори, а потім запросити для переговорів наступного учасника процедур на основі його оцінки, і так до тих пір, поки вона не укладе проектну угоду або не відхилить всі інші пропозиції. Для виключення можливості зловживань і необгрунтованих затримок організації-замовникові не слід поновлювати переговори з яким-небудь учасником процедур, з яким переговори вже були припинені.

D. Видача концесії без проведення конкурентних процедур

У відповідності з правовими традиціями ряду країн проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, припускають делегування органіцією-замовником права та обов'язки на надання відповідної загальнодоступною послуги. В якості таких ці проекти підлягають регулюванню на підставі спеціального правового режиму, що відрізняється за багатьма аспектами від режиму, застосовного в цілому до висновку публічних контрактів на придбання товарів, робіт або послуг.

З огляду на досить специфічний характер потрібних послуг (наприклад, їх складність, обсяг інвестицій і терміни завершення), в процедурах, використовуваних в цих країнах, основна увага приділяється свободі організації-замовника у справі вибору оператора, найкращим чином задовольняє її потреби з точки зору професійної кваліфікації, фінансової надійності, здатності забезпечувати безперервність надання послуги, рівного режиму для всіх користувачів і якості пропозиції. На відміну від процедур конкурентного відбору, які зазвичай використовуються при укладанні інших публічних контрактів і які, як видається, іноді можуть бути надмірно жорсткими, перевага віддається процедурі, для якої характерна велика ступінь гнучкості і свободи розсуду з боку організації-замовника. У той же час свобода переговорів нерівнозначна безпідставного вибору, і закони таких країн передбачають процедури для забезпечення прозорості і справедливості в ході процесу відбору.

У деяких країнах, в яких проведення торгів є при звичайних обставинах нормою для публічних закупівель товарів, робіт і послуг, у керівних принципах для організацій-замовників рекомендується проводити по міру можливості переговори для видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Прагнення сприяти проведенню переговорів обумовлено в таких країнах тим, що при проведенні переговорів з учасниками процедур уряд не пов'язано необхідністю дотримуватися заздалегідь встановлені вимоги або жорсткі специфікації і володіє більшою свободою дій відносно використання новаторських або альтернативних пропозицій, які можуть бути представлені учасниками процедур в ході відбору, а також відносно зміни і коректування своїх власних потреб у тому випадку, якщо в ході таких переговорів будуть сформульовані більш привабливі варіанти для задоволення потреб в інфраструктурі.

Переговори, проведені поза рамок регламентованих конкурентних процедур, як правило, забезпечують високий ступінь гнучкості, яка, за думку деяких країн, має важливе значення для вибору концесіонера. У поєднанні з належними заходами, спрямованими на забезпечення прозорості, неупередженості та справедливості, такі переговори, що проводилися в цих країнах, давали задовільні результати. У той же час такі переговори можуть бути пов'язані з цілим рядом недоліків, внаслідок яких вони виявляються менш прийнятними для використання в якості основного методу відбору в цілому ряді країн. Через високу ступеня гнучкості і значної свободи розсуду, що надається організації-замовнику, переговори, проведені поза рамок регламентованих конкурентних процедур, можуть зажадати залучення висококваліфікованого персоналу, що володіє достатнім досвідом в узгодженні умов складних проектів. Вони вимагають також створення спеціалізованих груп для проведення переговорів, чіткого розмежування повноважень і високого ступеня координації та співпраці між усіма що департаментами. Тому використання переговорів для видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, може виявитися недоцільним варіантом для країн, в яких немає традицій використання таких методів для видачі підрядів на виконання великих урядових замовлень. Іншим недоліком таких переговорів є те, що вони можуть не забезпечувати того ж рівня прозорості та об'єктивності, який досягається за рахунок застосування більш чітко регламентованих конкурентних методів. У деяких країнах можуть виникати побоювання у зв'язку з тим, що значна свобода розсуду при таких переговорах може бути пов'язана з високим ризиком зловживань чи корупції. У світлі вищевикладеного приймаюча країна, можливо, забажає наказати як норми використання процедур конкурентного відбору при видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, і зарезервувати можливість видачі концесій без проведення конкурентних процедур тільки для виняткових випадків.

1. Обставини, що допускають використання цього методу

З метою забезпечення прозорості, а також неухильне дотримання відповідних процедур при видачі підрядів на проекти, можливо, бажано визначити в законодавстві ті виняткові обставини, при яких організації-замовнику може бути дозволено провести вибір концесіонера без проведення процедур конкурентного відбору. До числа таких обставин можуть, наприклад, ставитися наступні:

- a) випадки, коли існує термінова потреба в негайному забезпеченні надання відповідних послуг і проведення процедури конкурентного відбору було б тому практично недоцільним, при умови, що обставини, що зумовили терміновість, не можна було передбачати або вони не були результатом повільності з боку організації-замовника. Надання такої виняткової санкції може знадобитися, наприклад, для випадків, коли забезпечення якоїсь послуги несподівано переривається, або коли діючий концесіонер не забезпечує її надання на прийнятних стандартах, або коли проектну угоду розривається організацією-замовником, якщо проведення процедури конкурентного відбору було б практично недоцільним з урахуванням термінової потреби в забезпеченні безперервного характеру надання відповідної послуги;
- b) випадки, коли йдеться про короткострокові проектах і коли обсяг передбачуваних первісних інвестицій не перевищує встановленої мінімальної суми;
- c) причини, пов'язані з національною обороною або безпекою;
- d) випадки, коли необхідна послуга може бути отримана тільки з одного джерела (наприклад, оскільки для її надання потрібне використання запатентованої технології або унікального ноу-хау), включаючи деякі випадки отримання незапрошених пропозицій;
- e) випадки, коли запрошення до попереднього відбору або запит пропозицій були опубліковані, проте ніяких заявок чи пропозицій представлено не було або ж всі пропозиції були відхилені, і коли, на думку організації-замовника, публікація нового запиту пропозицій навряд чи приведе до видачі підряду на проект. У той же час з тим, щоб знизити ризик

зловживань при зміні методу відбору організації-замовнику повинно бути дозволено вдатися до видачі концесії без проведення процедур конкурентного відбору тільки в тому випадку, якщо така можливість прямо передбачається в первісному запиті пропозицій.

2. Заходи, спрямовані на підвищення прозорості при видачу концесій без проведення конкурентних процедур

Для процедур, яких необхідно дотримуватися при закупівлях шляхом переговорів, що проводяться поза рамками регламентованих конкурентних процедур, в цілому характерна більш висока ступінь гнучкості, ніж для процедур, застосованих до інших методів закупівель. З метою регулювання процесу ведення сторонами переговорів і укладення ними договору встановлені лише нечисленні правила і процедури. У ряді країн законодавство про закупівлі залишає за організаціями-замовниками практично необмежену свободу вести переговори на свій розсуд. В інших країнах з метою підтримки справедливості і об'єктивності та стимулювання конкуренції шляхом заохочення участі в процедурах законодавство встановлює процедурні рамки для переговорів. Положення про процедури відбору шляхом переговорів зачіпають різні розглядаються нижче питання, зокрема вимоги про затвердження рішення організації-замовника про відбір концесіонера шляхом переговорів, про вибір партнерів по переговорах, про критерії для зіставлення та оцінки пропозицій та про звітність про процедури відбору.

а) Затвердження

Встановлене в багатьох країнах мінімальна вимога полягає в тому, що організації-замовнику до початку проведення відбору шляхом переговорів, проводяться поза рамок регламентованих конкурентних процедур, необхідно отримати дозвіл вищого органу. Зазвичай такі положення вимагають подачі письмової заявки на затвердження і зазначення в ній причин, зумовили необхідність у використанні переговорів. Мета вимог про затвердження складається, зокрема в тому, щоб забезпечити використання методу видачі концесії без проведення конкурентних процедур тільки у відповідних обставинах.

б) Вибір партнерів по переговорах

З метою створення в рамках процедур видачі підряду максимальних можливостей для конкуренції доцільно встановити вимогу про те, що організація-замовник повинна проводити переговори з максимально можливим, з урахуванням обставин, числом компаній, які полічені здатними задовольнити відповідні потреби. Крім цього загального положення в законодавстві ряду країн не є конкретних положень, що стосуються мінімального числа підрядників або постачальників, переговори з якими повинна вести організація-замовник. Проте у ряді інших країн законодавство вимагає від організації-замовника, щоб у випадку, коли це практично здійснено, переговори велися або пропозиції запрошувалися у певного мінімального числа учасників процедур (наприклад, у трьох). При деяких обставинах допускається проведення переговорів організацією-замовником з меншим числом партнерів, зокрема, коли залучити до цих процедур встановлене мінімальне число потенційних учасників неможливо.

З метою підвищення прозорості доцільно також передбачити вимогу про те, щоб повідомлення про процедурах переговорів надавалося учасникам процедур спеціально обумовленим чином. Наприклад, може встановлюватися вимога про те, щоб організація-замовник опублікувала повідомлення в якомусь конкретному виданні, зазвичай використовуваному для цих цілей. Мета таких вимог про повідомлення полягає в тому, щоб привернути до процедурами закупівель увагу можливо більш широкого в даних обставинах кола учасників, що тим самим сприятиме конкуренції. З урахуванням масштабів більшості проектів у галузі інфраструктури повідомлення повинно містити певну мінімальну

інформацію (наприклад, опис проекту або кваліфікаційні вимоги), і воно повинно бути опубліковано досить завчасно для того, щоб дозволити учасникам процедур підготувати свої оферти. В цілому, формальні вимоги до відбору, застосовні до учасників процедур при конкурентному відборі, повинні застосовуватися також і при процедурах переговорів.

У ряді країн вимоги про повідомлення знімаються у випадках, коли організація-замовник звертається до переговорів після безрезультатного проведення торгів, якщо всім задовольняє кваліфікаційним вимогам учасникам процедур, які представили свої заявки, надається можливість взяти участь у переговорах або якщо в ході торгів не було отримано взагалі ніяких заявок.

с) Критерії для зіставлення та оцінки оферт

Інша корисна міра для підвищення прозорості та ефективності переговорів, проводяться поза рамок регламентованих конкурентних процедур, передбачає встановлення загальних критеріїв, яким повинні задовольняти пропозиції (наприклад, загальних цілей по продуктивності або специфікацій щодо продукції проекту), а також критеріїв для оцінки оферт в ході переговорів і для вибору перемігшого концесіонера (наприклад, технічні гідності оферти, ціни, витрати на експлуатацію та матеріальнотехнічна обслуговування, а також рентабельність проектної угоди і пов'язані з ним потенційні можливості розвитку). У тих випадках, коли отримано кілька пропозицій, в процесі переговорів можуть бути з користю включені певні конкурентні елементи. Організації-замовнику слід виявити пропозиції, які, як видається, задовольняють цим критеріям, і провести обговорення з автором кожної пропозиції, з тим щоб уточнити пропозицію і поліпшити його до такої міри, коли воно стане задовільним для організації-замовника. Питання про ціну кожної пропозиції при цих обговореннях не зачіпається. Коли пропозиції остаточно доопрацьовані, організації-замовнику буде, можливо, доцільно запросити найкращу і остаточну оферту на основі роз'яснених пропозицій. Рекомендується, щоб учасники процедур включали в свої остаточні оферти доказ того, що розподіл ризиків, вказане в оферті, буде прийнятним для їх передбачуваних кредиторів. потім з числа отриманих найкращих і остаточних оферт може бути зроблений вибір кращого учасника. Підряд на проект буде виданий стороні, що представила "Найбільш економічне" або "найбільш вигідне" пропозицію відповідно з критеріями відбору перемігшого концесіонера, зазначеними в запрошенні до переговорів.

d) Повідомлення про видачу концесії

Від організації-замовника повинно вимагатися складання звіту про процедури відбору і опублікування повідомлення про видачу концесії, в якому - за винятком випадків, пов'язаних з інтересами національної оборони або національної безпеки - повинні вказуватися, в Зокрема, особливі обставини і причини, що зумовили видачу концесії без проведення конкурентних процедур. У ряді країн діє вимога про те, що проектна угода має бути відкритим для публічного ознайомлення, що сприяє подальшому підвищенню прозорості.

Е. Незапитані пропозиції

Приватні компанії іноді безпосередньо звертаються до публічних органам з пропозиціями про розробку проектів, щодо яких не починалося ніяких процедур відбору. Ці пропозиції зазвичай називаються "незапитаними пропозиціями". Незапитані пропозиції можуть бути підготовлені в результаті того, що приватний сектор визначив ту чи іншу потребу в області інфраструктури, яка може бути задоволена за допомогою проекту, фінансованого з приватних джерел. Мова може також йти про новаторських пропозиціях про управління інфраструктурою і про пропозиції, потенційно пов'язаних з передачею нової технології приймаючій країні.

1. Програмні міркування

Одна з можливих причин, які іноді наводяться в якості аргументу для відмови від вимоги про застосування процедур конкурентного відбору, складається в тому, що це стимулюватиме приватний сектор до подання пропозицій, пов'язаних з використанням нових концепцій чи технологій з метою задоволення потреб організації-замовника. Процедури конкурентного відбору вже за самою своєю природою припускають, що жоден учасник процедур не може бути впевнений в тому, що підряд на проект буде виданий саме йому, якщо він не виграє конкурентну боротьбу. Витрати на підготовку пропозицій у зв'язку з великими проектами в області інфраструктури можуть являти собою стримуючий фактор для компаній, які сумніваються в своїй здатності представити пропозиції, які не поступаються пропозиції, представлених конкуруючими учасниками. На відміну від цього правила, що дозволяють організації-замовнику вести переговори по незапитаній пропозиції безпосередньо з їх авторами, можуть бути розцінені приватним сектором в якості стимулу до подання таких пропозицій. Організація-замовник може бути також зацікавлена в можливості проведення прямих переговорів, з тим щоб стимулювати приватний сектор до розробки новаторських пропозицій з розвитку інфраструктури.

У той же час видача підрядів на проекти відповідно до незапрошених пропозицій і без будь-якої конкуренції з іншими учасниками може послужити причиною серйозної критики на адресу уряду, особливо у випадках, пов'язаних з винятковими концесіями. Крім того, потенційні кредитори, в тому числі багатосторонні і двосторонні фінансові установи, можуть відчувати труднощі в справі кредитування або надання гарантій у зв'язку з проектами, які не були предметом процедур конкурентного відбору. Вони можуть побоюватися можливості заперечування та анулювання майбутніми урядами (наприклад, оскільки видача підряду на проект може бути згодом визнана результатом необгрунтованої благосклонності або оскільки використана процедура не містила об'єктивних параметрів для зіставлення цін, технічних елементів і загальної ефективності проекту) або юридичної або політичного заперечування з боку зацікавлених сторін, таких як клієнти, не задоволені зрослими цінами, або конкуруючі компанії, які стверджують про їх несправедливу виключення з процедури конкурентного відбору.

З урахуванням вищевикладених міркувань приймаючій країні важливо вивчити необхідність і доцільність у розробці спеціальних процедур для розгляду незапрошених пропозицій, які відрізнялися б від процедур, звичайно застосовуваних при видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. З цією метою буде, можливо, доцільно проаналізувати дві ситуації, на які найбільш часто посилаються у зв'язку з незапитаною пропозиціями, а саме такі: незапрошення пропозиції, які, як стверджується, пов'язані з використанням нових концепцій або технологій для задоволення потреб організації-замовника в області інфраструктури, і незапрошення пропозиції, які, як стверджується, дозволяють задовольнити потребу в області інфраструктури, ще не виявлену організацією-замовником.

а) незапитаною пропозиції, які, як стверджується, пов'язані з використанням нових концепцій і технологій для задоволення потреб організації-замовника в області інфраструктури

В цілому у зв'язку з проектами в області інфраструктури, які вимагають використання того чи іншого виду промислових процесів або методів, організація-замовник буде зацікавлена у стимулюванні уявлення пропозицій, що пропонують застосування найбільш передових процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, які довели свою дієвість з погляду підвищення віддачі проекту (наприклад, за рахунок значного скорочення витрат на будівництво, прискорення реалізації проекту, підвищення безпеки, поліпшення характеристик функціонування об'єкта, продовження терміну економічного життя, скорочення витрат на матеріально технічне обслуговування та експлуатацію об'єкта або

скорочення несприятливого екологічного впливу або збоїв на етапі будівництва або експлуатації об'єкта).

Замість спеціального зводу норм для розгляду незапрошених пропозицій законні інтереси організації-замовника можуть бути також забезпечені за допомогою належним чином модифікованих процедур конкурентного відбору. Наприклад, якщо організація-замовник використовує процедури відбору, в яких першочергова увага приділяється передбачуваній віддачі проекту, причому не пропонуються якісь способи, за допомогою яких така віддача повинна бути досягнута, в учасників процедур будуть матися достатні можливості для прояву гнучкості стосовно до включення в пропозиції своїх процесів або методів, захищених правами власності. У подібній ситуації той факт, що кожен з учасників процедур володіє своїми процесами або методами, захищеними правами власності, які не буде перешкодою для конкуренції при умови, що всі запропоновані методи будуть в технічному відношенні здатні забезпечити таку віддачу, яка очікується організацією-замовником.

Забезпечення необхідної додаткової гнучкості процедур конкурентного відбору може в подібних випадках представляти собою більш задовільний рішення, ніж розробка спеціальних неконкурентних процедур для розгляду пропозицій, які, як стверджується, пов'язані з новими концепціями або технологіями. За можливим виключенням захищених правами власності концепцій чи технологій, унікальний характер яких може бути встановлений на основі діючих прав інтелектуальної власності, організація-замовник може зіткнутися зі значними труднощами при визначенні того, що являє собою нова концепція чи технологія. Таке визначення може зажадати залучення дорогих послуг незалежних експертів, можливо, з-за кордону, з тим щоб уникнути звинувачень в упередженому ставленні. Крім того, визначення, яке підтверджує зв'язок проекту з новаторською концепцією чи технологією, може бути урівноважене твердженнями з боку інших зацікавлених компаній, також звалищах про те, що вони володіють належними новими технологіями.

У той же час дещо інша ситуація може виникнути в тому випадку, якщо унікальність пропозиції або його новаторські аспекти носять такий характер, що реалізація проекту без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які особа, що запропонувала проект, або його партнери володіють винятковими правами, будь то у всесвітньому чи регіональному масштабі, виявиться неможливою. Наявність прав інтелектуальної власності щодо методу або технології може на практиці скоротити або повністю ліквідувати можливості для скільки небудь істотної конкуренції. Саме з цієї причини діючий в більшості країн законодавство про закупівлі дозволяє закуповувати організаціям проводити закупівлі з одного джерела, якщо товари, роботи або послуги є в наявності тільки у якого-небудь конкретного постачальника або підрядника або якщо який-небудь конкретний постачальник або підрядник володіє винятковими правами щодо товарів, робіт чи послуг і не існує ніякої розумної альтернативи або заміни.

У подібному випадку було б доцільно уповноважити організацію-замовника провести переговори з питань реалізації проекту безпосередньо з автором незапитаного пропозиції. Тут, безсумнівно, трудність полягає в тому, як встановити з необхідним ступенем об'єктивності та прозорості, що розумної альтернативи або заміни методу або технології, передбаченим в незапитаній реченні, не існує. У цих цілях організації-замовнику доцільно розробити процедури для виявлення порівняльних елементів у зв'язку з незапитаною пропозиціями.

b) незапитаною пропозиції, які, як стверджується, дозволяють задовольнити потребу в області інфраструктури, ще не виявлену організацією-замовником

Гідність незапрошених пропозицій, що відносяться до цієї категорії, полягає в тому, що вони дозволяють виявити потенційні можливості для розвитку інфраструктури, які ще не

розглядалися владою приймаючої країни. У той же час сам по собі цей факт в звичайних обставинах не повинен бути достатньою підставою для видачі підряду на проект шляхом прямих переговорів в ситуації, коли в організації-замовника немає об'єктивних гарантій того, що вона обрала найбільш вигідне рішення для задоволення своїх потреб.

2. Процедури розгляду незапитаних пропозицій

У світлі вищевикладених міркувань організації-замовнику доцільно розробити прозорі процедури для визначення того, чи відповідає незапитаній пропозиції необхідним умовам і чи відповідає робота над реалізацією цієї пропозиції інтересам організації-замовника.

а) Обмеження на неприйнятність незапрошених пропозицій

В інтересах забезпечення належної звітності у витрачанні публічних коштів у деяких національних законодавчих актах передбачається, що жодне незапитаній пропозиція не може бути прийнята до розгляду, якщо реалізація проекту потребує значних фінансових зобов'язань з боку організації-замовника або іншого публічного органу в такій формі, як гарантії, субсидії або участь в акціонерному капіталі. Причина такого обмеження полягає в тому, що процедури розгляду незапитаних пропозицій звичайно є менш чітко регламентованими, ніж звичайні процедури відбору, і можуть не забезпечувати того ж рівня прозорості і конкуренції, який був би досягнутий в іншому випадку. В той же час можуть існувати причини для того, щоб передбачити можливості для певної гнучкості при застосуванні цього умови. У ряді країн наявність урядової підтримки в іншій формі, ніж прямі урядові гарантії, субсидії або участь в акціонерному капіталі (наприклад, продаж або оренда публічної власності авторам запропонованого проекту) не є обов'язковою умовою дискваліфікації пропозиції, яке може бути раніше розглянуто та прийнято в якості незапитаного пропозиції.

Інша умова розгляду незапрошених пропозицій полягає в тому, що така пропозиція має бути пов'язане з проектом, стосовно до якого організація-замовник не початку будь-яких процедур відбору або не оголосила про таких процедурах. Підставою для розгляду незапитаного пропозиції без використання процедур конкурентного відбору є прагнення забезпечити стимули для приватного сектора в справі визначення нових або невиявлених потреб в області інфраструктури або розробки новаторських пропозицій для задоволення таких потреб. У разі якщо проект вже виявлено владою приймаючої країни і приватний сектор просто пропонує технічне рішення, що відрізняється від того, яке передбачається організацією-замовником, таке обґрунтування може виявитися непридатним. У подібному випадку у організації-замовника будуть як і раніше матися можливості для використання новаторських рішень, якщо вона застосує двоетапну процедуру відбору. У той же час розгляд незапрошених пропозицій поза рамками вже розпочатих або оголошених процедур відбору суперечитиме принципу неупередженості при видачі публічних підрядів.

б) Процедури визначення прийнятності незапрошених пропозицій

Слід передбачити вимогу про те, щоб компанія або група компаній, звернулися до уряду з пропозицією про розвиток інфраструктури силами приватного сектора, представляли первинну пропозицію з викладом інформації, якою було б достатньо для того, щоб дозволити організації-замовнику визначити, чи дотримані умови для розгляду незапрошених пропозицій, і, зокрема, чи відповідає запропонований проект громадським інтересам. У початкове пропозицію слід включати, наприклад, наступну інформацію: опис попереднього досвіду автора пропозиції у справі реалізації проектів і заяву про його фінансовий стані; опис проекту (вид проекту, місце здійснення, регіональний вплив, запропоновані інвестиції, експлуатаційні витрати, фінансова оцінка і ресурси, потрібні від уряду або третіх сторін); докладні відомості щодо місця розташування (право власності і питання про те, чи буде

потрібно проведення експропріації земельних ділянок або іншої власності); і опис послуг і робіт.

Після попереднього вивчення організація-замовник повинна протягом нетривалого розумного строку проінформувати компанію про те, чи розглядається проект як потенційно відповідає публічним інтересам. Якщо організація-замовник позитивно оцінює проект, слід запропонувати компанії представити офіційну пропозицію, в якому в додаток до моментам, вже охопленим в первинному пропозиції, повинно міститися техніко-економічне обґрунтування (включаючи характеристики, витрати і результати), а також дослідження екологічного впливу. Крім того, у автора пропозиції слід запросити надання належної інформації щодо концепцій чи технологій, що передбачаються в реченні. Повідомлена інформація повинна бути досить докладної для того, щоб дозволити організації-замовнику належним чином оцінити такі концепції і технології і визначити, чи відповідають вони встановленим умовам і чи можуть бути успішно застосовані в масштабах пропонованого проекту. На всіх етапах цієї процедури компанія, яка представила незапитану пропозицію, повинна зберігати правовий титул на всю подану документацію, яка повинна бути їй повернута в разі відхилення пропозиції.

Після того, як автор пропозиції представить всю требующуся інформацію, організації-замовнику слід протягом нетривалого розумного строку прийняти рішення про те, чи має намір вона реалізувати цей проект і - в разі позитивної відповіді на це питання - яка процедура буде використовуватися. Вибір належної процедури повинен ґрунтуватися на попередньому визначенні організації-замовника з питання про те, чи може бути реалізований проект без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які запропонувала проект компанія або її партнери володіють винятковими правами.

с) Процедури розгляду незапрошених пропозицій, які не пов'язані з концепціями або технологіями, захищеними правами власності

Якщо організація-замовник після вивчення незапитаного пропозиції приймає рішення про те, що реалізація проекту відповідає публічним інтересам, однак може бути здійснена без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які автор пропозиції або його партнери володіють винятковими правами, організація-замовник повинна буде організувати видачу підряду на проект на підставі використання тих процедур, застосування яких буде зазвичай турбуватися у зв'язку з видачею підрядів на проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, наприклад, на підставі процедур конкурентного відбору, описаних у цьому Посібнику. В теж час в процедури відбору можуть бути включені певні спеціальні елементи, призначені для того, щоб стимулювати уявлення незапитаних пропозицій. До числа таких стимулів можуть ставитися наступні заходи:

а) організація-замовник може прийняти на себе зобов'язання не починати процедур відбору у зв'язку з проектом, що є предметом отриманого незапитаного пропозиції, без запрошення компанії, що представила первісне пропозиція;

б) учаснику процедур, представившему первинну пропозицію, можуть бути надані певні пільги. У ряді країн, що використовують систему позитивних балів для оцінки фінансових і технічних пропозицій, пільги надаються у формі преференційної поправки, застосовуваної відносно остаточної оцінки (тобто підвищення остаточної сукупної оцінки, отриманої відповідною компанією на підставі як фінансових, так і нефінансових критеріїв оцінки, на певний відсоток). Одна з можливих складнощів застосування такого підходу пов'язана з небезпекою того, що преференційна поправка буде встановлена на такому високому рівні, що буде перешкоджати поданням інших конкурентоспроможних або володіють усіма необхідними достоїнствами заявок, що призведе до прийняттю менш вигідного проекту з

причини преференцій, наданих учаснику процедур, представившему новаторське пропозицію. Інші форми стимулів можуть включати відшкодування, повне або часткове, витрат, понесених автором первинної пропозиції при підготовці незапитаного пропозиції. Для цілей прозорості про існування таких стимулів має бути оголошено в запиті пропозицій.

Незалежно від тих стимулів, які можуть бути передбачені, слід встановити загальна вимога про те, щоб автор незапитаного пропозиції по суті задовольняв тим же кваліфікаційним критеріям, як і ті, які встановлені для учасників процедур конкурентного відбору.

d) Процедури для розгляду незапрошених пропозицій, які пов'язані з концепціями або технологіями, захищеними правами власності

Якщо виявиться, що новаторські аспекти пропозиції є такими, що реалізація проекту без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які автор пропозиції або його партнери володіють винятковими правами, будь то на всесвітній або на регіональній основі, є неможливою, то організації-замовника буде, можливо, доцільно підтвердити цю попередню оцінку шляхом застосування процедури виявлення порівняльних елементів у зв'язку з незапитаною пропозицією. Одна з таких процедур може складатися в опублікуванні описи основних елементів, пов'язаних з віддачею пропонованого проекту (наприклад, потужності об'єкта інфраструктури, якості продукції або послуги або питомої ціни продукції) із запрошенням для інших зацікавлених сторін подати протягом певного терміну альтернативні або зіставні пропозиції. Такий опис не повинно включати тих елементів незапитаного пропозиції, які стосуються впроваджуються ресурсів (наприклад, проектно-конструкторського рішення об'єкта або технологій або обладнання, які передбачається використовувати), з тим щоб уникнути розкриття потенційним конкурентам інформації, захищеної правами власності особи, який представив незапитаною пропозицію. Строк для подання пропозицій повинен враховувати складність проекту і надавати в розпорядження потенційних конкурентів достатній час для підготовки їхніх пропозицій. Цей фактор може зіграти вирішальне значення для представлення альтернативних пропозицій, наприклад, в тому випадку, якщо учасникам процедур буде потрібно провести ретельні підземні геологічні дослідження, які вже могли проводитися протягом багатьох місяців автором первісного пропозиції, які бажають зберегти результати таких геологічних досліджень в таємниці.

Запрошення до подання порівнянних або конкурентних пропозицій слід публікувати через мінімальні інтервали (наприклад, раз на тиждень протягом трьох тижнів) принаймні в одній з газет, що мають загальне поширення. У запрошенні повинно бути вказано час і місце, де може бути отримана тендерна документація, і повинен бути обумовлений термін можливого подання пропозицій. Організації-замовнику важливо забезпечити захист прав інтелектуальної власності, що належать автору первісного пропозиції, а також конфіденційний характер захищеної правами власності інформації, отриманої в незапитаною реченні. Будь-яка така інформація не повинна включатися до тендерну документацію. Від учасника процедур, який представив первинну пропозицію, і від будь-якої іншої компанії, яка побажає уявити альтернативну пропозицію, слід зажадати надання тендерного забезпечення. Потім, залежно від вивчення відповідей, отриманих на запрошення, можуть бути розглянуті два можливих варіанти дій:

а) якщо ніяких альтернативних пропозицій не отримано, організація-замовник може з достатніми підставами зробити висновок про те, що ніякої розумної альтернативи або заміни для методу або технології, що передбачаються в незапитаною реченні, не є. Цей висновок організації-замовника слід належним чином відобразити у звіті, і організація-замовник може бути уповноважена почати прями переговори з автором первісного пропозиції. Буде, можливо, доцільно передбачити вимогу про те, щоб рішення організації-замовника було розглянуто і затверджено тим же органом, затвердження якого буде зазвичай турбуватися

для проведення організацією-замовником відбору концесіонера шляхом прямих переговорів. У деяких країнах, законодавство яких наказує використання конкурентних процедур, такі процедури застосовувалися для забезпечення необхідної прозорості, необхідної для того, щоб уникнути майбутнього заперечування видачі концесії на основі незапитаного пропозиції. У цих країнах вже сам факт опублікування запрошення до участі в процедурах дозволить видати поспіль учаснику процедур, спочатку представившему незапитану пропозицію, навіть якщо отримана від нього заявка є єдиною. Такий порядок передбачається з тієї причини, що дотримання конкурентних процедур зазвичай вимагає створення реальних можливостей для конкуренції, а не фактичної конкуренції на практиці. Опублікування відповідної інформації створює таку можливість і сприяє досягненню бажаного ступеня прозорості;

b) якщо альтернативні пропозиції представлені, організація-замовник повинна запросити всіх учасників процедур до переговорів з метою визначення найбільш вигідної пропозиції з реалізації проекту. У тому випадку, якщо організація-замовник отримує досить багато альтернативних пропозицій, які будуть, як видається, задовольняти її потреби в галузі інфраструктури, можуть з'явитися можливості для застосування повномасштабних процедур конкурентного відбору з урахуванням будь-яких стимулів, які можуть бути надані автору первинної пропозиції.

Слід передбачити вимогу про те, щоб організація-замовник підготувала звіт про процедурах відбору і опублікувала повідомлення про видачу підряду на проект.

F. Конфіденційність

З тим щоб не допустити зловживань у процесі відбору та сприяти зміцненню довіри до застосовуваних процедур, важливо, щоб всі сторони зберігали конфіденційність, особливо у випадках, коли проводяться переговори. Конфіденційність має, зокрема, велике значення в тому, що стосується захисту будь-якої комерційної чи іншої інформації, яку учасники процедур могли включити в свої пропозиції та розголошення якої своїм конкурентам вони не бажали б. Конфіденційність повинна зберігатися незалежно від методу відбору, використовуваного організацією-замовником.

G. Повідомлення про видачу підряду на проект

Проектну угоду часто містить положення, які представляють безпосередній інтерес для інших сторін, крім організації-замовника і концесіонера, і ці сторони можуть мати законний інтерес в отриманні інформації щодо певних істотних елементів проекту. Це насамперед належить до проектів, пов'язаних з наданням послуг безпосередньо населенню. Для цілей прозорості, можливо, доцільно визначити процедури щодо додання гласності тих умов проектної угоди, які можуть представляти публічний інтерес. Таке вимога повинна застосовуватися незалежно від методу, використаного організацією-замовником для вибору концесіонера (будь то за допомогою процедур конкурентного відбору, прямих переговорів або в результаті розгляду незапитаного пропозиції). Одна з можливих процедур може передбачати вимога про те, щоб організація-замовник публікувала повідомлення про видачу підряду на проект із зазначенням, зокрема, таких істотних елементів пропонованої угоди, як

a) найменування концесіонера; b) опис робіт і послуг, які повинні бути забезпечені концесіонером; c) термін концесії; d) структура цін; e) резюме основних прав і обов'язків концесіонера і гарантій, які повинні бути їм представлені; g) резюме прав організації-замовника стосовно нагляду та засобів правового захисту у випадку порушення проектної угоди; i) резюме основних зобов'язань уряду, включаючи будь-які пропоновані їм платежі, субсидії або компенсаційні виплати; i) j) будь-які інші істотні умови проектної угоди, передбачені в запиті пропозицій.

Н. Звіт про процедурах відбору та прийнятті рішень про видачу підряду

З метою забезпечення прозорості та звітності, а також для сприяння здійсненню учасниками процедур, інтереси яких порушено, права на оскарження рішень, прийнятих організацією-замовником, слід передбачити вимога про те, щоб організація-замовник вела відповідний звіт, в який повинна включатися ключова інформація, що стосується процедур відбору.

У звіт, який повинна вести організація-замовник, слід передусім належним чином включати таку загальну інформацію, що стосується процедур відбору, яку зазвичай потрібно включати в звіти про державні закупівлі (наприклад, інформацію, перераховану в статті 11 Типового закону ЮНСІТРАЛІ про закупівлі), а також інформацію, що має особливе ставлення до проектів в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Така інформація може включати наступне:

- a) опис проекту, щодо якого організація-замовник запитує пропозиції;
- b) назви та адреси компаній, що входять в консорціуми, які беруть участь у процедурах, і найменування та адреси учасників процедур, з якими укладається проектну угоду, і опис вимог до забезпеченню гласності, включаючи копії опублікованих оголошень або розісланих запрошень;
- c) якщо згодом дається дозвіл на зміну у складі учасників процедур, які пройшли попередній відбір, - заява із зазначенням причин дозволу на ці зміни і висновки щодо кваліфікаційних даних будь відповідної заміни або додаткового консорціуму;
- d) інформація про кваліфікаційні дані учасників процедур або про відсутність таких даних; резюме результатів оцінки і зіставлення пропозицій, включаючи застосування будь-якої преференційної поправки;
- e) резюме висновків попередніх техніко-економічних обґрунтувань, підготовлених за дорученням організації-замовника, і резюме висновків техніко-економічних вимог, представлених учасниками процедури, відповідають кваліфікаційним вимогам;
- f) резюме будь-яких запитів про роз'яснення документації для попереднього відбору або запити пропозицій і відповідей на них, а також короткий виклад будь-якої зміни такої документації;
- g) резюме основних умов пропозицій і проектної угоди;
- h) якщо організація-замовник визнала найбільш вигідним яке-небудь інше пропозицію, ніж пропозиція, що містить найбільш низьку питому ціну на очікувану продукцію - обґрунтування причин для такого висновку комітету, приймає рішення про видачу підряду;
- i) у разі відхилення всіх пропозицій - заяву про це з викладенням підстав;
- j) Якщо переговори з консорціумом, який представив найбільш вигідне пропозицію, і будь-які наступні переговори з рештою консорціумами, відповідають формальним вимогам, не приведуть до висновку проектної угоди - заяву про це з викладенням відповідних підстав.

Стосовно до випадків видачі концесій без проведення конкурентних процедур на додаток до згаданих вимогам, які будуть, можливо, застосовні, було б доцільно включати в звіт про процедурах відбору наступну інформацію:

- a) виклад підстав і обставин, з яких виходила організація-замовник при обґрунтуванні необхідності прямих переговорів;
- b) спосіб забезпечення гласності та найменування та адресу компанії або компаній, прямо запрошених до участі в таких переговорах;
- c) найменування та адресу компанії або компаній, які висловили зацікавленість в участі і яким було в цьому відмовлено, якщо такі є, і виклад причин такої відмови;
- d) якщо переговори не приводять до висновку проектної угоди - заяву про це з викладенням відповідних підстав;
- e) обґрунтування остаточного вибору концесіонера.

Стосовно до процедур відбору, проведеним у зв'язку з незапрошеними пропозиціями, було б доцільно включати в звіт про процедурах відбору (в додаток до згаданих вимог) наступну інформацію:

- a) найменування та адресу компанії або компаній, що представили незапрошену пропозицію, і її короткий опис;
- b) підтвердження організацією-замовником у відношенні того, що незапрошена пропозиція відповідає громадським інтересам і пов'язано, якщо це доречно, з новими концепціями або технологіями;
- c) спосіб забезпечення гласності та найменування та адресу компанії або компаній, прямо запрошених до участі в таких переговорах;
- d) найменування та адресу компанії або компаній, які висловили зацікавленість в участі і яким було в цьому відмовлено, якщо такі є, і виклад причин такої відмови;
- e) якщо переговори не приводять до висновку проектної угоди - заяву про це з викладенням відповідних підстав;
- f) обґрунтування остаточного вибору концесіонера.

Доцільно, щоб в правилах, що стосуються вимог до звітності, обмовлялося, якою мірою повинна розкриватися відповідна інформація і хто повинен бути її одержувачем. Встановлення параметрів відносно розкривається вимагає ув'язки таких факторів, як загальна доцільність широкого розкриття інформації з точки зору підзвітності організацій-замовників; необхідність надання учасникам процедур відповідної інформації, з тим щоб вони могли оцінити свою участь в процедурах і визначити, за яких обставин у них є законні підстави для оскарження; і необхідність забезпечити захист конфіденційної комерційної інформації учасників процедур. З урахуванням цих міркувань, можливо, доцільно передбачити два рівня розкриття інформації, як про це йдеться в статті 11 Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлях. Інформація, яка повинна надаватися будь-якому представникові громадськості, може обмежитися основною інформацією, пов'язаної з вимогою про звітність організації-замовника перед громадськістю. У Водночас доцільно передбачити можливість розкриття більш докладної інформації, що стосується проведення відбору, в інтересах учасників процедур, оскільки така інформація необхідна їм для того, щоб вони могли здійснювати контроль за відносними результатами своєї участі в процедурах відбору та за діями організації-замовника щодо виконання вимог застосовних законів і правил.

Крім того, слід вжити належних заходів щодо запобігання розкриття конфіденційної комерційної інформації, представленої постачальниками та підрядниками. Це особливо відноситься до інформації, що розкривається, що стосується оцінки і зіставлення пропозицій, оскільки надмірно широке розкриття подібної інформації може завдати шкоди законним комерційним інтересам учасників процедур. В якості загального правила організація-замовник не повинна розкривати більш детальну інформацію, що стосується вивчення, оцінки і зіставлення і цін пропозицій, окрім як за наказом компетентного суду.

Положення про обмежене розкритті інформації, що стосується процесу відбору, не перешкождали в державі, приймаючому відповідне законодавство, застосуванню до певних частин звіту інших законів, які наділяють широку громадськість загальним правом доступу до урядовим документам. Розкриття міститься у звіті інформації законодавчим чи парламентським наглядовим органам може бути наказано законодавством, чинним в приймаючій країні.

I. Процедури оскарження

Наявність справедливих і ефективних процедур оскарження є одним з основних умов, необхідних для залучення серйозних і компетентних учасників процедур та скорочення

витрат і тривалості процедур видачі підяду. Важливою гарантією належного дотримання правил, регулюють процедуру відбору, є надання учасникам процедур права оскаржити дії організації-замовника, що порушують цим правила або права учасників процедур. У різних правових і адміністративних системах передбачаються різноманітні засоби правового захисту та процедури, тісно увезення з питанням про оскарження урядових рішень. Незалежно від конкретної форми процедур оскарження важливе значення має те, що повинні бути передбачені відповідні можливості та ефективні процедури оскарження. Особливо доцільно створити дієву "переддоговірну" систему оскарження (тобто процедури для оскарження дій організації-замовника на можливо більш ранньому етапі процесу відбору). Така система підвищує можливість прийняття коригуючих заходів організацією-замовником до заподіяння збитків і дозволяє скоротити число справ, коли єдиним можливим варіантом виправлення наслідків неналежних дій з боку організації-замовника є виплата грошової компенсації. Елементи для створення належної системи оскарження містяться в главі VI Типового закону ЮНСІТРАЛ про закупівлі.

Належні процедури оскарження повинні в першу чергу встановлювати, що учасники процедур мають право на оскарження рішень, які зачіпають їхні права. У першу чергу скарга може бути спрямована самої організації-замовнику, особливо в той момент, коли рішення про видачу підяду на проект ще не прийнято. Це може сприяти забезпеченню економічності та ефективності, оскільки в багатьох випадках, особливо до прийняття рішення про видачу підяду на проект, організація-замовник цілком може з готовністю виправити процедурні помилки, про які їй може бути навіть і не бути відомо. Було б також доцільно передбачити можливість оскарження у вищестоящі урядові адміністративні органи в тих випадках, коли така процедура буде відповідати конституційному, судовому і адміністративного устрою. І нарешті, внутрішні режими закупівель більшості країн підтверджують право на оскарження в судовому порядку, яке в цілому повинно також передбачатися і в зв'язку з питаннями видачі підрядів на проекти в галузі інфраструктури.

З тим щоб встановити ефективну збалансованість між, з одного боку, необхідністю у захисті прав учасників процедур та забезпечення об'єктивності процесу добору і, з іншого боку, необхідністю обмежити можливість порушень процесу відбору, у внутрішньому законодавстві часто передбачається ряд обмежень на встановлені процедури оскарження. До їх числа відносяться наступні: обмеження права на оскарження учасниками процедур; граничні строки для подання скарг та розгляду справ, включаючи будь-яке призупинення процедур відбору, яке може здійснюватися в ході оскарження в адміністративному порядку; і виключення зі сфери дії процедур оскарження низки рішень, які залишені на розсуд організації-замовника і які прямо не стосуються питань справедливого відношення до учасників процедур. У більшості правових систем для оскарження рішень організацій-замовників учасниками процедур передбачаються процедури оскарження в адміністративному порядку, а процедури оскарження в судовому порядку встановлені не у всіх країнах.

У більшості держав діють механізми і процедури оскарження дій адміністративних органів та інших публічних суб'єктів. В деяких державах були створені механізми і процедури оскарження спеціально для спорів, що виникають в контексті закупівель, вироблених такими органами та суб'єктами. В інших державах такі спори розглядаються за допомогою загальних механізмів і процедур для оскарження дій адміністративних органів. Деякі важливі аспекти процедур оскарження - наприклад, визначення органу, в який можна представити скаргу, а також можливі засоби правового захисту - пов'язані з основоположними концептуальними і структурними аспектами правової системи та системи державного управління у відповідній країні. У багатьох правових системах передбачається оскарження дій адміністративних органів та інших публічних суб'єктів шляхом звернення до адміністративного органу, який здійснює на правах вищої інстанції владні повноваження або контроль за діяльністю такого органу або суб'єкта. У правових системах, в яких передбачається оскарження до

адміністративному порядку у вищестоящому органі, відповідь на питання про те, який орган або які органи повинні здійснювати цю функцію відносно дій конкретних органів або суб'єктів, залежить в першу чергу від структури державного управління. У контексті загального законодавства про закупівлі, наприклад, в деяких державах передбачається оскарження в орган, що здійснює загальний нагляд і контроль над закупівлями в цій державі (наприклад, центральний рада із закупівель); в інших державах функцію розгляду скарг виконує орган, що здійснює фінансовий контроль і нагляд за діяльністю уряду та інших органів державного управління. В деяких державах функція розгляду скарг у зв'язку з конкретними справами, зачіпають адміністративні органи або інші публічні суб'єкти, виконується спеціальними незалежними адміністративними органами, компетенція яких іноді називається "квазісудової". У цих державах подібні органи не розглядаються, однак, як судів, що входять в судову систему.

У багатьох національних правових системах дії адміністративних органів і публічних суб'єктів підлягають оскарженню в судовому порядку. У деяких з цих правових систем оскарження в судовому порядку передбачається на додаток до оскарження в адміністративному порядку, в той час як в інших системах встановлюється тільки можливість оскарження в судовому порядку. У деяких правових системах передбачається можливість оскарження тільки в адміністративному, але не в судовому порядку. У ряді правових систем, в яких передбачається оскарження як в адміністративному, так і в судовому порядку, оскарження в судовому порядку може здійснюватися тільки після того, як вичерпані можливості оскарження в адміністративному порядку; в інших системах можуть бути за вибором використані обидва ці шляхи оскарження. Основне питання, що виникає при оскарженні в судовому порядку, пов'язаний з наслідками для укладеного контракту, які будуть виникати в силу судового рішення, анулює результати публічних процедур видачі підряду, особливо в випадку, коли роботи вже розпочато. У законодавстві про закупівлі робляться спроби забезпечити збалансованість в колізії інтересів публічного сектора - тобто необхідністю в забезпеченні неупередженості процедури закупівель і в недопущенні затримок у наданні будь-якої загальнодоступної послуги - та інтересів учасників процедур, що полягають у захисті їх прав. За винятком випадків, коли проектне угода укладається в результаті протиправних дій, хороше рішення могло б полягати в тому, щоб передбачити такий порядок, при якому судові рішення не буде обумовлювати недійсність проектної угоди, а буде наказувати відшкодування збитків постраждалій стороні. Як правило, вважається, що такі збитки не повинні включати втрачений прибуток, а повинні обмежуватися витратами, понесеними учасником процедур при підготовці його заявки.

IV. Спорудження та експлуатація інфраструктури: законодавчі рамки і проектну угоду

A. Загальні положення проектної угоди

"Проектна угода" між організацією-замовником та концесіонером є основним договірним документом за проектом в галузі інфраструктури. У проектній угоді визначаються масштаби і цілі проекту, а також права та зобов'язання сторін; в ньому регламентується здійснення проекту і встановлюються умови відносно експлуатації інфраструктури або надання відповідних послуг. Проектні угоди можуть міститися в одному документі або складатися з декількох окремих угод між організацією-замовником та концесіонером. У цьому розділі розглядається взаємозв'язок між проектним угодою та законодавством приймаючої країни, що стосуються проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. У ньому також розглядаються процедури і формальності, що стосуються укладання і набрання чинності проектної угоди.

1. Законодавчі підходи

Внутрішнє законодавство часто містить положення, що стосуються змісту проектної угоди. У деяких країнах в законодавство включена всього лише посилання на необхідність укладення угоди між концесіонером та організацією-замовником, в той час як законодавство інших країн містить обширні імперативні норми, що стосуються змісту положень, які повинні бути включені в таку угоду. Проміжний підхід використовується в тих законах, в яких міститься перелік питань, які необхідно врегулювати в проектній угоді, але при цьому зміст його положень детально не регламентується.

Загальні законодавчі положення щодо окремих найважливішим елементів проектної угоди можуть переслідувати мета встановлення загальних рамок для розподілу прав і зобов'язань між сторонами. Вони можуть бути спрямовані на забезпечення послідовності у вирішенні певних договірних питань і встановлення орієнтирів для публічних органів, які ведуть переговори про укладення проектних угод на різних рівнях управління (загальнонаціональному, регіональному або місцевому). Такі орієнтири можуть виявитися особливо корисними для організацій-замовників, які не володіють достатнім досвідом у проведенні переговорів за проектними угодами. І нарешті, таке законодавство може іноді виявитися необхідним для того, щоб надати організації-замовнику повноваження щодо погодження певних видів положень.

У той же час в силу наявності загальних законодавчих положень, у яких докладно регламентуються права і зобов'язання сторін, організація-замовник і концесіонер можуть бути позбавлені необхідної свободи дій при обговоренні умов угоди, яка має враховувати потреби і особливості конкретного проекту. У силу цього доцільно обмежити сферу дії загальних законодавчих положень, що стосуються проектної угоди, тими нормами, які абсолютно необхідні, наприклад, положеннями з питань, щодо яких може вимагатися попереднє законодавчий дозвіл або які можуть зачіпати інтереси третіх сторін, або ж положеннями, що стосуються найважливіших принципів питань, за якими відхилення від норм на основі угоди є неприпустимим.

2. Право, що регулює проектну угоду

Законодавчі норми з питання про право, що регулює проектну угоду, рідко зустрічаються у внутрішньому законодавстві за проектами в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. В разі, коли такі норми існують, вони зазвичай передбачають застосування законів приймаючої країни за допомогою загальної посилання на внутрішнє законодавство або згадки спеціальних законодавчих або регламентують положень, що поширюються на проектну угоду. В деяких правових системах застосування законів приймаючої країни може матися на увазі навіть за відсутності відповідної законодавчої норми.

Право, що регулює проектну угоду, зазвичай включає норми, які містяться в законах і правилах приймаючої країни, що мають безпосереднє ставлення до проектів в області інфраструктури, фінансованим з приватних джерел, якщо конкретне законодавство в цій області існує. У деяких країнах проектну угоду може підпадати під дію адміністративного права, а в інших воно може регулюватися нормами приватного права. Застосовне право може також включати юридичні норми, які відносяться до інших областей права і які поширюються на різні питання, що виникають в ході здійснення проектів у галузі інфраструктури. Ряд таких норм може носити адміністративний чи інший публічно-правовий характер, та їх застосування в приймаючій країні може бути обов'язковим. Наприклад, це відноситься до заходів з охорони навколишнього середовища, охорони здоров'я та умовам праці. У деяких країнах у внутрішньому законодавстві прямо обумовлюються питання, які підпадають під дію імперативних норм. Разом з тим деякі питання, що виникають у зв'язку із здійсненням проектної угоди або експлуатацією об'єкта, можуть перебувати за межами дії імперативних норм публічно-правового характеру. Це, як правило, стосується більшості

договірних питань, що виникають у зв'язку з проектним угодою (наприклад, висновок, дійсність і порушення контракту, включаючи відповідальність і відшкодування збитків за порушення контракту і його неправомірне припинення).

Приймаючим країнам, які хотіли б ухвалити законодавство щодо проектам в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, якщо подібного законодавства не є, буде потрібно, можливо, розглянути різні питання, пов'язані з такими проектами, в декількох законодавчих документах. Інші країни, можливо, побажають прийняти законодавство, регулює тільки деякі питання, які не розглядаються задовільним чином у вже діючих законах і правилах. Наприклад, спеціальне законодавство по проектах в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, може встановлювати особливі правила для процедур вибору концесіонера і, коли це доречно, відсилати - в тому, що стосується деталей управління цим процесом - до чинного законодавства, регулює видачу урядових підрядів. Аналогічно, при прийнятті законодавства щодо проектів в області інфраструктури, фінансованим з приватних джерел, приймаючим країнам, можливо, буде потрібно скасувати дію деяких законів і правил, які, на думку законодавця, створюють перешкоди для реалізації таких проектів.

З метою забезпечення ясності було б корисно передбачити надання потенційним інвесторам інформації щодо тих законодавчих та нормативних текстів, які прямо застосовні до здійснення проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, і, якщо це доречно, тих текстів, застосування яких було скасовано законодавчим органом. У той же час, оскільки вичерпне перерахування в законодавстві всіх законодавчих чи нормативних актів, що мають пряме ставлення до проектів в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, або зачіпають такі проекти, буде неможливим, такий перелік найбільш доцільно було б, можливо, включити в якій-небудь документ, що не носить законодавчого характеру, наприклад рекламну брошуру або загальний інформаційний документ, що направляється учасникам процедур разом із запитом пропозицій.

3. Висновок проектної угоди

У разі таких складних проектів, як проекти в галузі інфраструктури, завершальні переговори нерідко тривають кілька місяців, перш ніж сторони будуть готові підписати проектну угоду. Крім того, додатковий час може знадобитися для виконання певних формальностей, які часто пропонуються законодавством, наприклад, для отримання затвердження проектного угоди вищестоящим органом. Для набуття чинності проектної угоди або деяких категорій проектних угод у ряді країн потрібно акт парламенту або навіть прийняття спеціального законодавства. Враховуючи витрати, які можуть бути обумовлені затримкою у здійсненні проектної угоди, доцільно відшукати кошти, що дозволяють прискорити завершальні переговори, з тим щоб уникнути непотрібних затримок в укладенні проектної угоди.

Затримки в переговорах можуть викликати різні чинники, такі, як недостатня досвідченість сторін, погана координація в діяльності різних публічних органів, невпевненість в обсязі урядової підтримки і труднощі у створенні забезпечувальних механізмів, прийнятних для всіх кредиторів. Уряд може внести істотний внесок за рахунок подання належних рекомендацій учасникам переговорів, чинним від імені національної організації-замовника. Чим більш чітко будуть представляти собі боку, які питання необхідно врегулювати в положеннях проектного угоди, тим більше високими будуть шанси на успішне завершення переговорів по ньому. І, навпаки, в тих випадках, коли після завершення процесу відбору залишаються неврегульованими важливі питання і коли учасники переговорів не мають достатніх вказівок по суті проектної угоди, може виникнути суттєва небезпека того, що переговори будуть дорогими і затягнутими, а також що будуть подані обгрунтовані скарги на недостатню прозорість процесу відбору або на те, що в рамках цього процесу не були забезпечені достатні можливості для конкуренції.

Слід також провести огляд процедур укладення та набрання чинності проектної угоди з метою виявлення можливостей для прискорення вирішення відповідних запитань і запобігання несприятливих наслідків затримок у графіку здійснення проекту. У деяких країнах повноваження на прийняття зобов'язань з боку організації-замовника або, якщо це доречно, уряду делегуються у відповідних законодавчих актах зазначеним посадовим особам і, таким чином, вступ проектної угоди чинності відбувається по підписанні або за завершенні певних формальностей, таких, як опублікування в офіційному бюлетені. У тих країнах, де подібна процедура не застосовується і де може як і раніше турбуватися остаточне затвердження будь-яким іншим органом, було б доцільно розглянути питання про раціоналізацію процедур затвердження. У тих випадках, коли подібні процедури можуть бути полічені довільними або обтяжливими, до уряду можуть бути звернені прохання про надання концесіонеру і кредиторам достатніх гарантій від цього ризику. У деяких країнах, в яких діють вимоги про затвердження, організації-замовники іноді уповноважувались на виплату компенсації заданої учаснику процедур за витрати, понесені ним у ході процесу відбору та підготовки проекту, якщо в остаточному затвердженні буде відмовлено з причин, не залежних від обраного учасника процедур.

В. Організаційний план концесіонера

У внутрішньому законодавстві часто містяться вимоги, які стосуються організаційного устрою концесіонера і які потім більш детально регламентуються в положеннях проекту угоди. Як правило, ці вимоги стосуються таких питань, як установа концесіонера в якості юридичної особи, його капітал, сфера діяльності, статутні та інші прийняті на їх основі документи. У більшості випадків вибрані учасники процедур створюють проектну компанію, яка є незалежним юридичною особою, що володіє самостійною правоздатністю, і яка згодом стає концесіонером по проектному угодою. Проектна компанія, створювана в якості самостійної юридичної особи, є суб'єктом, звичайно використовуваним для мобілізації фінансових коштів у рамках механізму проектного фінансування. Її установа полегшує координацію в справі реалізації проекту, і вона також є механізмом для захисту інтересів проекту, які не обов'язково будуть збігатися з окремими інтересами всіх засновників проекту. Цей аспект може мати особливу важливість в тих випадках, коли значна частка послуг або поставок, які потрібні для потреб проекту, повинна бути надана членами проектної консорціуму.

Зазвичай проектну компанію потрібно створити протягом короткого розумного терміну після видачі підяду на проект. Оскільки істотна частина фінансових та інших зобов'язань концесіонера, включаючи довгострокові зобов'язання (проектну угоду, кредитні та забезпечувальні угоди і контракти на будівництво), як правило, узгоджуються на ранньому етапі, самостійне представництво під час обговорення цих документів може сприяти успішному здійсненню проекту. Однак очікувати, що кредитори та інші постачальники капіталу візьмуть на себе тверді і остаточні зобов'язання до остаточної видачі концесії, було б нерозумно.

Часто передбачається вимога про те, щоб підприємства, що надають загальнодоступні послуги, засновувалися як юридичних осіб в відповідно до законодавства приймаючої країни. Ця вимога відображає зацікавленість законодавчого органу у забезпеченні, в тому числі, того, щоб постачальники загальнодоступних послуг дотримувалися національні правила відносно звітності та гласності (наприклад, щодо публікації фінансових відомостей або вимог про віддання гласності інформації про певних корпоративних актах). У той же час це підкреслює необхідність того, щоб в приймаючій країні діяли відповідні закони, регулюють діяльність компаній. Спрощені процедури започаткування проектної компанії при належному обліку розумних вимог, що встановлюються виходячи з публічних інтересів, можуть сприятиме уникненню непотрібних затримок в реалізації проекту.

Ще одне важливе питання пов'язаний з інвестиціями в акціонерний капітал, необхідний для заснування проектної компанії. Організація-замовник має законний інтерес у тому, щоб розмір акціонерного капіталу забезпечував надійну фінансову основу для проектної компанії і гарантував її здатність виконати свої зобов'язання. Однак, оскільки загальний обсяг необхідних інвестицій, так само як і ідеальне співвідношення між позиковим і акціонерним капіталом розрізняються залежно від конкретного проекту, було б небажано передбачати законодавчу вимогу про фіксовану суму в якості мінімального капіталу для всіх компаній, здійснюють у відповідній країні проекти в галузі інфраструктури. Замість цього організації-замовнику можуть бути надані більш значні можливості для прояву гнучкості в забезпеченні бажаної суми інвестицій в акціонерний капітал з урахуванням фінансових потреб проекту. Наприклад, очікуваний обсяг інвестицій в акціонерний капітал може бути виражений як бажаний співвідношення між позиковим і акціонерним капіталом в запиті пропозицій і може бути включений в число критеріїв оцінки фінансових і комерційних пропозицій, з тим щоб сприяти конкуренції між учасниками процедур.

У будь-якому випадку доцільно провести огляд законодавчих положень і нормативних вимог, що стосуються організаційного устрою концесіонера, з тим щоб забезпечити їх відповідність міжнародним зобов'язанням приймаючої країни. Положення, що обмежують конкретні види юридичних осіб або спільних підприємств, через які постачальник послуг може надавати свої послуги, або потребуючі їх створення в якій-небудь конкретній формі, а також обмеження на участь іноземного капіталу, встановлені у вигляді максимальної процентної частки для іноземних власників акцій або загального обсягу окремих або сукупних іноземних інвестицій, можуть суперечити конкретним зобов'язанням, прийнятим на себе державами, підписантами деякі міжнародні угоди про економічну інтеграції або лібералізації торгівлі послугами.

У внутрішньому законодавстві часто містяться положення, що стосуються сфери діяльності проектної компанії і потребують, наприклад, щоб така діяльність обмежувалася реалізацією і експлуатацією якого-небудь конкретного проекту. Такі обмеження можуть сприяти забезпеченню прозорості звітності за проектом і збереженню в цілісності активів проекту за рахунок відділення активів, надходжень та зобов'язань за таким проектом від активів, надходжень та зобов'язань за іншими проектами або іншої діяльності, не пов'язаної з ним. Крім того, подібна вимога може сприяти оцінці показників виконання по кожному проекту, оскільки суми дефіциту або прибуток не можуть бути покриті за рахунок або зараховані проти заборгованості або надходжень за іншими проектами або іншим видам діяльності.

Організація-замовник, можливо, також побажає одержати запевнення в тому, що статут і прийняті на його основі нормативні акти проектної компанії будуть належним чином відображати зобов'язання, прийняті на себе компанією в проектному угоді. З цієї причини в проектних угодах іноді передбачається, що набуття чинності змін у статутах і прийнятих на їх основі нормативних документах проектної компанії відбувається після затвердження організацією-замовником. У тих випадках, коли організація-замовник або інший публічний орган бере участь в проектній компанії, іноді включаються положення про те, що для прийняття деяких рішень потрібно позитивне голосування організації-замовника на зборах концесіонерів або засіданнях правління. У кожному разі важливо зіставити публічні інтереси, які представляє організація-замовник, з необхідністю надання проектної компанії можливостей для прояву необхідної гнучкості в її підприємницької діяльності. Якщо буде визнано за необхідне передбачити вимога затвердження організацією-замовником пропонувані поправки до статутних або іншим прийнятим на їх основі нормативними документами проектної компанії, то доцільно обмежити дію цього вимоги випадками, що зачіпають положення, які полічені мають основоположне значення (наприклад, коли мова йде про розмір капіталу, класах і привілеях акцій або ліквідаційних процедурах), причому такі випадки повинні бути зазначені в проектному угоді.

С. Будівельний майданчик, активи і сервітути

Важливою частиною більшості проектних угод є положення, стосуються будівельного майданчика. Зазвичай вони стосуються таких питань, як придбання необхідних земельних ділянок, правовий титул на землю і активи проекту і сервітути, необхідні концесіонеру для виконання робіт або експлуатації інфраструктури. У тій мірі, в якій проектну угоду передбачає передачу концесіонеру публічної власності або створення права на використання публічної власності, може знадобитися надання відповідних повноважень в законодавчому порядку. Може також знадобитися прийняти законодавство, що полегшує придбання необхідної власності або встановлення сервітутів в тих випадках, коли будівельний майданчик не є публічною власністю.

1. Право власності на активи проекту

Як це вже зазначалося раніше, участь приватного сектора у здійсненні проектів в області інфраструктур може приймати різні форми, починаючи з об'єктів інфраструктури, які перебувають у публічної власності і експлуатованих публічним підприємством, і кінчаючи повністю приватизованими проектами. Незалежно від загальної або секторальної політики приймаючої країни важливо, щоб режим власності на різні пов'язані з проектом активи був чітко визначений і ґрунтувався на достатніх законодавчих повноваженнях. У той же час нагальну потребу в докладних законодавчих положеннях з цього питання може і не бути. У різних країнах було полічено достатнім передбачити законодавчі рекомендації щодо порядку врегулювання цих питань в проектному угоді.

У деяких правових системах матеріальна інфраструктура, яка вимагається для надання загальнодоступних послуг, в цілому розглядається як публічна власність навіть у тих випадках, коли вона була спочатку придбана або створена за рахунок приватних коштів. Ця концепція буде, як правило, охоплювати будь-яку власність, спеціально придбану для спорудження об'єкта, на додаток до будь-якої власності, яка могла бути надана в розпорядження концесіонера організацією-замовником. В теж час протягом строку дії проекту концесіонер може здійснити значні удосконалення об'єкта або зробити додаткові роботи. Відповідно до застосовним правом не завжди легко встановити, чи стали такі удосконалення або додавання невід'ємною частиною публічних активів, що перебувають у володінні концесіонера, або ж деякі з них можуть бути відокремлені від публічної власності, що знаходиться в розпорядженні концесіонера, і стати його приватною власністю. У силу цього рекомендується обумовити в проектному угоді, якщо це доречно, які активи будуть публічною власністю, а які стануть приватною власністю концесіонера.

Необхідність ясності щодо питання про право власності на проектні активи не обмежується тільки тими правовими системами, в котрих матеріальна інфраструктура, яка вимагається для надання загальнодоступних послуг, розглядається в якості публічної власності. У цілому в тих випадках, коли організація-замовник надає земельну ділянку або об'єкт, необхідні для здійснення проекту, доцільно, щоб в проектному угоді обмовлялося, якщо це доречно, які активи будуть залишатися в публічної власності, а які стануть приватною власністю концесіонера. Концесіонер може або отримати правовий титул на такі земельні ділянки або об'єкти, або йому може бути надано тільки право оренди або право на використання земельної ділянки або об'єктів і на забудову таких ділянок, особливо в тих випадках, коли земля залишається в публічної власності. У будь-якому випадку повинен бути ясно встановлено характер прав концесіонера, оскільки це надасть безпосередній вплив на його здатність створити забезпечувальні інтереси в проектних активах для цілей мобілізації фінансових коштів на реалізацію проекту.

Крім права власності на активи протягом терміну концесії, важливо розглянути режим власності, по закінченні або припиненні проектної угоди. У законодавстві деяких країн

особлива увага приділяється інтересу організації-замовника в матеріальних активах, які відносяться до проекту, і міститься загальна вимога про передачу організації-замовнику всіх таких активів, тоді як в інших країнах проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, вважаються головним чином одним з коштів придбання послуг протягом певного періоду часу, а не засобом створення активів. Таким чином, у законодавстві останніх країн зобов'язання концесіонера з передачі активів обмежуються публічними активами і власністю, спочатку наданими в його розпорядження, або певними іншими категоріями активів, які вважаються необхідними для забезпечення надання послуг. Іноді така власність передається від одного концесіонера безпосередньо іншому концесіонеру, який є його наступником в тому, що стосується надання відповідної послуги.

Відмінності в законодавчих підходах часто відображають різну роль, яку грають публічний і приватний сектори в різних правових та економічних системах, однак вони можуть бути і результатом практичних міркувань з боку організації-замовника. Одним таким практичним міркуванням, в силу якого організація-замовник може дозволити концесіонеру утримати в кінці проектного періоду певні активи, може бути прагнення знизити витрати, які визначатимуть вартість надання послуг. Якщо вважається, що проектні активи мають для концесіонера залишкову вартість і цю вартість можна врахувати в процесі відбору, то організація-замовник може розраховувати на зниження тарифів, що стягуються за надання послуги. Так, якщо концесіонер очікує, що йому не доведеться покривати всю вартість активів протягом строку проекту і що він може покрити її частину за рахунок їх подальшого продажу або використання в інших цілях після закінчення терміну проектної угоди, то існує ймовірність того, що послуги будуть надаватися за нижчою ціною в порівнянні з ситуацією, коли концесіонеру довелося б покривати всю вартість на протязі терміну проекту. Більш того, деякі активи можуть зажадати настільки серйозної реконструкції або технічної модернізації в кінці проектного періоду, що для організації-замовника може виявитися економічно невигідним вимагати їх передачі. Можуть також зберігатися залишкові зобов'язання або пов'язані витрати, наприклад, у зв'язку з відповідальністю за заподіяну екологічний збиток або затратами на знесення споруд.

З цих причин в законодавстві деяких країн не передбачається беззастережної передачі всіх активів організації-замовнику, а робиться відмінність між трьома основними категоріями активів:

- a) активи, що підлягають передачі організації-замовнику. У цю категорію зазвичай входять активи, які є публічною власністю і які використовувалися концесіонером для надання відповідної послуги. Такі активи можуть включати в себе як об'єкти, надані концесіонеру організацією-замовником, так і нові об'єкти, споруджені концесіонером за умовами проектної угоди. У деяких країнах закон вимагає передачі активів, матеріальних коштів і майна, згодом придбаних концесіонером для цілей експлуатації об'єкта, зокрема, коли вони стали частиною або постійної приналежністю об'єкта інфраструктури, підлягає передачі організації-замовнику;
- b) активи, які можуть бути викуплені організацією-замовником по її вибору. У цю категорію зазвичай входять активи, спочатку належать концесіонеру або згодом придбані ним, які, не будучи абсолютно або строго необхідними для надання відповідної послуги, можуть сприяти підвищенню зручності або ефективності експлуатації об'єкта або якості послуг;
- c) активи, які залишаються у приватній власності концесіонера. Ними є належать концесіонеру активи, які не підпадають під пункт (ред) вище. Організація-замовник зазвичай не має права претендувати на ці активи, які можуть вільно вивозитися або реалізовуватися концесіонером.

У світлі вищевикладеного, корисно включити в законодавство вимога про те, щоб в проектному угоді, якщо це доречно, обумовлювалося, які активи будуть публічною власністю, а які залишаться в приватній власності концесіонера. У проектному угоді повинні

визначатися ті активи, які концесіонеру потрібно передати організації-замовнику або новому концесіонеру після закінчення або припинення проектного угоди; ті активи, які організація-замовник може, за своїм вибором, викупити у концесіонера; і ті активи, які концесіонер може вільно вивезти або реалізувати після закінчення або припинення проектної угоди. Ці положення повинні бути доповнені договірними критеріями для розрахунку, якщо це доречно, тієї компенсації, яка може належати концесіонеру у зв'язку з активами, переданими організації-замовнику або новому концесіонеру або викупуваються організацією-замовником після закінчення або припинення проектної угоди.

2. Придбання земельної ділянки, необхідної для здійснення проекту

У тих випадках, коли новий об'єкт інфраструктури передбачається побудувати на земельній ділянці, що перебуває у публічній власності (тобто на ділянці, що належить організації-замовнику або іншого публічного органу), або коли мова йде про модернізацію або реконструкції вже існуючого об'єкта інфраструктури, надання такої ділянки або об'єкта в розпорядження концесіонера буде зазвичай здійснюватися його власником. У тих випадках, коли організація-замовник ще не є власником земельної ділянки і їй необхідно придбати його у його власників, виникає більш складна ситуація. У більшості випадків з урахуванням потенційних затримок і витрат, пов'язаних з переговорами, можливо, з великим числом окремих власників, і необхідності, яка може існувати в деяких правових системах, проводити складні дослідження документів, що підтверджують правовий титул, і вивчення ланцюжка попередніх передач права власності, з тим щоб встановити законність правового титулу окремих власників, концесіонер нічого очікувати бути стороною, що перебуває в найкращому положенні для того, щоб взяти на себе відповідальність за придбання земельної ділянки, необхідної для проекту. У силу цього організація-замовник зазвичай приймає на себе відповідальність за надання земельної ділянки, необхідної для реалізації проекту, з тим щоб уникнути зайвих затримок або збільшення проектних витрат у результаті придбання землі. Організація-замовник може купити необхідну земельну ділянку біля його власників або, якщо це необхідно, придбати його у примусовому порядку.

Процедура, за допомогою якої приватна власність в примусовому порядку набувається урядом при виплаті власникам належної компенсації і яка в національних правових системах описується за допомогою різних технічних термінів, таких як "експропріація", в сьогоденні Керівництві іменується "придбанням у примусовому порядку". У країнах, де законодавство передбачає кілька видів процедур для придбання у примусовому порядку, буде, можливо, доцільно уповноважити компетентні публічні органи здійснювати всі придбання, необхідні для потреб проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно з найбільш ефективною з цих процедур, наприклад, за допомогою спеціальних процедур, які в ряді країн застосовуються з причин настійних потреб публічного характеру.

Повноваженнями на придбання власності в примусовому порядку зазвичай розпорядженні уряд, проте законодавство ряду країн також дозволяє операторам інфраструктури або постачальникам загальнодоступних послуг (наприклад, залізничним компаніям, установам, відповідальним за питання енергопостачання, або телефонним компаніям) робити певні дії в цілях примусового придбання приватної власності, яка потрібна для надання або розширення надання їх послуг населенню. Практика цих країн показала, що, особливо у випадках, коли рішення про виплату компенсації власникам власності виноситься з допомогою судових процедур, доцільно делегувати концесіонеру право робити певні дії, пов'язані з придбанням у примусовому порядку, при збереженні за урядом відповідальності за прийняття тих заходів, які згідно з відповідним законодавством розглядаються в якості необхідних умов для порушення процедур, спрямованих на придбання відповідної власності. За придбанні земельну ділянку часто стає публічною власністю, хоча в ряді випадків законодавство може дозволяти організації-замовнику і концесіонеру погоджувати інший порядок з урахуванням їх відповідних часток у витратах на придбання власності.

3. Сервітути

У тих випадках, коли для отримання доступу до будівельного майданчика або виконання будь-яких робіт або обслуговування будь-яких об'єктів, необхідних для надання відповідної послуги, концесіонеру вимагається право на транзитний проїзд по території або через територію, що належить третій стороні (наприклад, для встановлення дорожніх знаків на прилеглих земельних ділянках; для встановлення щогл або ліній електропередачі на території, належить третій стороні; для монтажу або обслуговування трансформаторного і релейного обладнання; для підрізування дерев, які заважають телефонних лініях і які розташовані на суміжній території або для укладання труб нафто-, газу- або водопроводу), може виникнути необхідність в спеціальних механізмах.

Для позначення права використовувати власність іншої особи з конкретною метою або виконувати на його території певні роботи зазвичай застосовується термін "сервітут". Сервітути зазвичай вимагають згоди власника власності, у відношенні якої вони встановлюються, якщо тільки такі права не передбачені законом. Покладання на концесіонера відповідальності за отримання сервітутів безпосередньо від власників відповідної власності звичайно не є достатньо оперативним або рентабельним рішенням. Замість цього найчастіше такі сервітути в примусовому порядку набуває уряд одночасно з придбанням ділянки для будівельного майданчика.

Дещо інший альтернативний варіант може полягати в тому, щоб передбачити в самому законодавстві право постачальників загальнодоступних послуг на доступ до ділянок, що знаходяться у власності третіх сторін, проїзд по таких ділянках і проведення на них робіт або установку об'єктів, як це необхідно для спорудження, експлуатації або матеріально-технічного обслуговування об'єктів публічної інфраструктури. Такий підхід, який може зняти необхідність у придбанні сервітутів щодо конкретних ділянок, може бути використаний в законодавстві, що регулює діяльність в конкретних секторах, в тому випадку, якщо буде визнано можливим заздалегідь встановити певні мінімальні сервітути, які можуть знадобитися концесіонеру. Так, наприклад, законодавство, безпосередньо стосується електроенергетичного сектора, може передбачати умови, за яких концесіонер отримує право проводити укладання кабелю з метою споруди або експлуатації основних або розподільних мереж на території, належить третій стороні. Таке право може знадобитися для різних цілей, наприклад для того, щоб укласти або проводити підземний або антенний кабель, а також встановлювати опори і монтується на них трансформаторне і релейне обладнання; здійснювати технічне обслуговування, ремонт і демонтаж будь-якого з таких споруд; встановлювати зону безпеки уздовж лінії підземних або антенних кабелів; усувати перешкоди вздовж лінії електропроводки або в межах зони безпеки. Згідно з деякими правовими системами може передбачатися право власника на компенсацію, якщо обсяг наданих концесіонеру прав буде таким, що істотно ускладнить можливості використання власності її власниками.

D. Фінансові механізми

Фінансові механізми, як правило, включають положення, що стосуються зобов'язань концесіонера з мобілізації коштів для здійснення проекту, обмовляють механізми витрачання коштів і відповідної звітності, встановлюють методи розрахунку і коригування тарифів, що стягуються концесіонером, і регулюють ті види забезпечувальних інтересів, які можуть бути створені на користь кредиторів концесіонера. Важливо забезпечити, щоб законодавство приймаючої країни сприяло або, по крайній мері, не створювало перешкод фінансовому управлінню проектом.

1. Фінансові зобов'язання концесіонера

При здійсненні проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, концесіонер, як правило, несе відповідальність за мобілізацію коштів, необхідних для спорудження та експлуатації об'єкта інфраструктури. Зобов'язання концесіонера в цьому зв'язку звичайно детально обумовлюються в положеннях проектної угоди. В більшості випадків організація-замовник чи іншої публічний орган будуть зацікавлені в обмеженні своїх фінансових зобов'язань тими зобов'язаннями, які конкретно вказані в проектній угоді, або тими формами прямої підтримки, які уряд погодився надати проекту.

Сума приватного капіталу, внесеного безпосередньо акціонерами проектної компанії, як правило, є лише частиною загального обсягу пропонованих інвестицій. Набагато більша частина утворюється за рахунок кредитів, наданих концесіонеру комерційними банками і міжнародними фінансовими установами, а також за рахунок надходжень від розміщення облігацій та інших оборотних інструментів на ринку капіталу. У зв'язку з цим вельми важливо забезпечити, щоб законодавство не встановлювало неналежних обмежень на здатність концесіонера укладати фінансові домовленості, які він вважає доцільними для мети забезпечення фінансування інфраструктури.

2. Встановлення тарифів і контроль над ними

Тарифи або збори за використання, стягнуті концесіонером, можуть бути основним (а іноді навіть єдиним) джерелом надходжень, використовуваних для повернення інвестицій, вкладених у проект, за відсутності субсидій або платежів з боку організації-замовника або уряду. З цієї причини концесіонер буде прагнути до того, щоб розташовувати можливість встановлювати і зберігати такі тарифи і збори на такому рівні, який забезпечує достатній приплив готівки для проекту. Разом з тим у деяких правових системах можуть бути встановлені обмеження щодо свободи концесіонера встановлювати тарифи і збори. Плата за надання загальнодоступних послуг, як правило, є елементом політики уряду стосовно інфраструктури та безпосередньо зачіпає більші верстви населення. Таким чином, рамки регулювання в багатьох країнах включають спеціальні норми, що стосуються контролю над тарифами та зборами за надання загальнодоступних послуг. Крім того, положення або загальні норми права в деяких правових системах встановлюють законодавчі параметри ціноутворення стосовно товарів чи послуг, наприклад, вимагаючи, щоб ціни відповідали певним стандартам "Розумності", "чесності" або "справедливості".

а) Правомочність концесіонера стягувати тарифи

У ряді країн може знадобитися попереднє законодавчий дозвіл для того, щоб концесіонер стягував тарифи за надання загальнодоступних послуг або вимагав сплати зборів за користування об'єктами публічної інфраструктури. Відсутність такого загального положення в законодавстві деяких країн призвело до виникнення судових спорів щодо правомочностей концесіонера стягувати тарифи за надання послуг.

У тих випадках, коли положення, що стосуються рівня тарифів і зборів з користувачів, які може стягувати концесіонер, вважаються необхідними, слід прагнути до досягнення збалансованості між інтересами інвесторів і нинішніх і майбутніх користувачів. Доцільно, щоб статутні критерії розрахунку тарифів і зборів враховували, крім соціальних факторів, які уряд вважає доречними, зацікавленість концесіонера у забезпеченні припливу готівки в такому обсязі, який забезпечував б економічну життєздатність і комерційну прибутковість проекту. Крім того, доцільно надавати сторонам необхідні правомочності з укладання відповідних домовленостей, включаючи положення про компенсацію, з тим щоб врахувати ситуації, в яких застосування правил, стосуються контролю над тарифами і прямо або побічно відносяться до надання загальнодоступних послуг, може призвести до встановлення

тарифів або зборів на рівні, який буде нижче рівня, необхідного для прибуткової експлуатації проекту.

в) Методи контролю над тарифами

Відповідно до внутрішнього законодавства тарифи і збори з користувачів часто ставляться під контроль певного механізму. Багато країн обрали такий варіант, при якому в законодавстві закріплюються лише широкі принципи утворення тарифів, а вирішення питань їх практичного застосування залишається на розсуд відповідного регулюючого органу або на врегулювання на підставі умов ліцензій або концесій. Такий підхід є кращим, оскільки для кожного сектора підходять свої особливі формули, які можуть вимагати коригування протягом терміну реалізації проекту. У випадках використання заходів контролю над тарифами законодавство, як правило, передбачає, що тарифна формула повинна пояснюватися в запиті пропозицій і включатися в текст проектної угоди. Системи контролю над тарифами, як правило, включають формули, що використовуються для коригування тарифів, і положення про контроль для забезпечення дотримання параметрів, використовуваних для їх коректування. Методи контролю над тарифами, найбільш часто зустрічаються у внутрішньому законодавстві, ґрунтуються на принципах використання норми прибутку і верхнього межі ціни. Зустрічаються також комбіновані системи, що поєднують елементи обох цих принципів. Слід зазначити, що для створення добре функціонуючого механізму контролю над тарифами потрібне проведення ретельного комерційного та економічного аналізу та що коротке обговорення, проведене нижче, містить лише загальний огляд окремих питань та можливих рішень.

с) Метод, заснований на нормі прибутку

Згідно з методом, заснованим на нормі прибутку, механізм коригування тарифів будується таким чином, щоб забезпечити концесіонеру отримання узгодженої норми прибутку на його інвестиції. Тарифи на будь-який конкретний період встановлюються з урахуванням загальних надходжень, необхідних для експлуатації концесіонером відповідного об'єкта, включаючи визначення величини його витрат, інвестицій, зроблених для надання послуг, і допустимої норми прибутку. Огляд тарифів проводиться періодично або в тих випадках, коли організація-замовник або інші зацікавлені сторони визнають, що фактичний прибуток вище або нижче, ніж потреби об'єкта в прибутку. З цією метою організація-замовник перевіряє витрати об'єкта, визначає, якою мірою інвестиції, вироблені концесіонером, можуть бути включені в базу розрахунку норми і розраховує надходження, які необхідно отримати для покриття допустимих витрат і отримання узгодженої прибутку на інвестиції. Метод, заснований на нормі прибутку, зазвичай використовується у зв'язку з наданням загальнодоступних послуг, стосовно до яких можна скласти прогноз постійного попиту, наприклад стосовно до енерго-, газо- або водопостачання. Стосовно об'єктів та послугам, для яких характерна більш значна еластичність попиту, наприклад, стосовно до платних дорогах підтримання норми прибутку концесіонера на постійному рівні за допомогою регулярних коригувань тарифів може виявитися неможливим.

Як вважається, метод, заснований на нормі прибутку, забезпечує високу ступінь надійності для операторів інфраструктури, оскільки концесіонеру гарантується, що стягуються тарифи будуть достатніми для покриття його експлуатаційних витрат і отримання узгодженої норми прибутку. Оскільки коригування тарифів проводиться на регулярній основі, прибуток концесіонера підтримується на відносно постійному рівні, інвестиції в компанії, що забезпечують загальнодоступні послуги, пов'язані з незначним ринковим ризиком. Результатом цього є, як правило, більш низькі витрати на залучення капіталу. Можливий недолік методу, заснованого на нормі прибутку, полягає в тому, що він забезпечує слабкі стимули для мінімізації операторами інфраструктури своїх витрат, оскільки існує гарантія того, що ці витрати будуть покриті за рахунок коригування тарифів. Однак певні стимули

можуть з'явитися, якщо тарифи не будуть коригуватися негайно або якщо коригування не буде мати ретроактивного дії. Слід зазначити, що застосування методу, заснованого на нормі прибутку, вимагає обробки великого обсягу інформації, а також детальних переговорів (наприклад, щодо прийнятних витрат і розподілу витрат).

d) Метод встановлення верхньої межі ціни

Згідно з методом встановлення верхньої межі ціни розраховується тарифна формула на певний термін (наприклад, на чотири-п'ять років) з урахуванням майбутньої інфляції і майбутнього зростання ефективності, очікуваного від об'єкта. Коливання тарифів допускаються в межах, визначених цією формулою. У деяких країнах формула являє собою середньозважену величину різних індексів, а в інших вона відповідає індексу споживчих цін за вираховування коефіцієнта продуктивності. У тих випадках, коли потрібні значні нові інвестиції, у формулу може включатися додатковий компонент для покриття цих особливих витрат. Формула може застосовуватися до всіх послуг, що надаються компанією, або лише до окремих "Кошиках" послуг, причому до різних "кошиках" послуг можуть застосовуватися різні формули. При цьому періодична коригування формули ґрунтується на розрахунках, аналогічних застосуванню у разі методу, заснованого на нормі прибутку, навіщо потрібна обробка настільки ж докладної інформації, про яку йшлося вище, хоча і на менш приватній основі.

Застосування механізму встановлення верхньої межі ціни може виявитися менш складним у порівнянні з методом, заснованим на нормі прибутку. За наявними даними, метод встановлення верхньої межі ціни забезпечує більш значні стимули для постачальників загальнодоступних послуг, оскільки концесіонер до наступного періоду коригування користується вигодами від зниження передбачався розміру витрат. Разом з тим постачальники загальнодоступних послуг, як правило, піддаються більшому ризику при використанні методу встановлення верхньої межі ціни, ніж при застосуванні механізму, заснованого на нормі прибутку. Зокрема, концесіонер ризикує понести збитки, якщо витрати виявляються вище, ніж передбачалося, оскільки до наступної коригування тарифів концесіонер не може їх підняти. Підвищення ризику збільшує вартість капіталу. В умовах заборони на зростання прибутку проектною компанією можуть виникнути складнощі з залученням нових інвестицій. Крім того, компанія може піддатися спокусі знизити якість надаваних послуг, і тим самим зменшити витрати.

e) Комбіновані методи

Багато методи, використовувані в даний час для коригування тарифів, поєднують у собі елементи як механізму, заснованого на нормі прибутку, так і механізму встановлення верхнього рівня ціни, для того, щоб зменшити ризик для постачальників послуг, а також забезпечити достатні стимули для підвищення ефективності при експлуатації інфраструктури. У рамках одного з таких комбінованих методів для коригування тарифів можуть використовуватися ковзаючі шкали, які забезпечують коригування у бік підвищення в тих випадках, коли норма прибутку опускається нижче певного мінімального рівня, і у бік пониження, коли ця норма перевищує певний максимальний рівень, причому коли ця норма знаходиться у встановлених межах, коригування не здійснюється. Інші можливі підходи до забезпечення збалансованості методів, заснованих на нормі прибутку і встановленні верхньої межі ціни, включають проведення організацією-замовником огляду інвестицій, зроблених концесіонером, для визначення того, чи відповідають вони критеріям корисності, з тим щоб вони могли враховуватися при розрахунку потреб концесіонера в прибутку. Ще одним способом коригування тарифів, який може використовуватися для встановлення тарифів або, в більш загальному плані, для контролю над рівнем тарифів, є встановлення ціни на основі орієнтирів або базових показників. Шляхом зіставлення різних компонентів витрат одного постачальника загальнодоступних послуг з елементами витрат інших постачальників і з

міжнародними ставками організація-замовник отримує можливість визначити, чи є прохання постачальника загальнодоступних послуг про коригування тарифів обґрунтованою.

f) Програмні міркування щодо контролю над тарифами

Кожен з розглянутих вище основних методів коригування тарифів має свої переваги і недоліки, і кожен з них надає різний вплив на прийняття інвестиційних рішень приватним сектором. Цей момент повинен враховуватися законодавчими органами при розгляді питання про відповідність методів контролю над тарифами внутрішнім умовам. Крім того, в різних секторах інфраструктури можуть застосовуватися різні методи. Так, деякі закони дозволяють організації-замовнику при виборі концесіонерів застосовувати або метод встановлення верхньої межі ціни, або метод, заснований на нормі прибутку, відповідно з масштабами і характером інвестицій і послуг. При виборі методу контролю над тарифами важливо враховувати вплив різних принципових варіантів на прийняття інвестиційних рішень приватним сектором. Який б механізм не був обраний, повинні бути ретельно проаналізовані можливості організації-замовника або регулюючого установи по забезпеченню належного контролю за діяльністю концесіонера і з ефективного застосуванню обраного методу коригування.

Важливо пам'ятати про те, що формули коригування тарифів не можуть бути встановлені раз і назавжди, оскільки технологія, обмінні курси, ставки заробітної плати, продуктивність та інші фактори неминуче будуть істотно змінюватися протягом терміну концесії, причому часом непередбачувано. Крім того, формули коригування тарифів звичайно складаються виходячи з певних припущень щодо обсягу продукції і рівня попиту на неї, і у разі істотної зміни в цих показниках результати їх застосування можуть бути незадовільними. У зв'язку з цим багато країн створили механізми для перегляду тарифних формул, включаючи періодичний перегляд (наприклад, кожні чотири-п'ять років) або спеціальний перегляд під всіх випадках, коли очевидно, що обрана формула не може забезпечити концесіонеру належну компенсацію. Тарифний режим також вимагає належної стабільності та передбачуваності, з тим щоб дати можливість постачальника загальнодоступних послуг і користувачам відповідним чином планувати свою діяльність і забезпечити фінансування на основі передбачуваною прибутку. Особливу стурбованість відносно здійснюваних у порядку регулювання змін, що впливають на метод коригування тарифів, можуть проявляти інвестори і кредитори. Так, вони, як правило, вимагають, щоб формула коригування тарифів включалася в проектне угоду.

3. Фінансові зобов'язання організації-замовника

Якщо концесіонер пропонує послуги безпосередньо населенню, організація-замовник або інший публічний орган можуть взяти на себе зобов'язання виробляти прямі платежі концесіонеру в якості заміни зборів за послуги, які повинні сплачуватися користувачами, або як доповнення до них. Якщо концесіонер виробляє товар або послугу для подальшої передачі або поширення іншим постачальником послуг, то організація-замовник може взяти на себе зобов'язання робити оптові закупівлі такого товару або послуги за погодженою ціною і на узгоджених умовах. Основні приклади таких механізмів стисло розглядаються нижче.

а) Прямі платежі

Прямі платежі з боку організації-замовника використовувалися в деяких країнах в якості заміни платежів кінцевих користувачів або доповнення до них, зокрема, в рамках проектів з будівництва платних доріг, за допомогою механізму, відомого під назвою "встановлення прихованих зборів". Приховані збори являють собою механізми, за допомогою яких концесіонер приймає на себе зобов'язання по проектуванню, будівництву, фінансуванню та експлуатації будь-якої дороги чи іншого транспортного об'єкта протягом зазначеного ряду

років в обмін на періодичні платежі замість реальних або прямих зборів, що сплачуються користувачами, або на додаток до них. Схеми прихованих зборів можуть використовуватися для зменшення ризиків, які притаманні проектам в галузі транспорту, зокрема ризику менше, ніж очікувалося, насиченості дорожнього руху. Крім того, схеми прихованих зборів можуть бути в політичному відношенні більш прийнятними, ніж прямі збори, наприклад тоді, коли існує побоювання, що введення плати за проїзд по публічним дорогам може призвести до протестам з боку користувачів цих доріг. У той же час, якщо подібні механізми передбачають субсидування проектною компанією в тій чи іншій формі, має бути ретельно проаналізовано їх відповідність певним зобов'язаннями приймаючої країни за міжнародними угодами про регіональній економічній інтеграції або лібералізації торгівлі.

Приховані збори можуть бути пов'язані зі значними витратами для організації-замовника і можуть вимагати здійснення жорсткого і широкого контролю з її боку. У країнах, які використовували приховані збори для здійснення проектів з будівництва нових доріг, платежі концесіонеру з боку організації-замовника ґрунтувалися головним чином на фактичній інтенсивності дорожнього руху, вимірюваної в автомобілекілометрах. Вважається за доцільне передбачити, щоб такі платежі не вироблялися до тих пір, поки не почнеться дорожній рух, з тим щоб стимулювати концесіонера до якнайшвидшого відкриття дороги. У той же час було визнано корисним обчислювати платежі на основі фактичної інтенсивності дорожнього руху протягом терміну концесії. Така система спонукає концесіонера забезпечувати, щоб на дорозі протягом цього часу ремонтні роботи проводилися в мінімальних обсягах, оскільки вони перешкоджають дорожньому рухові. В якості альтернативи проектне угода може містити положення про виплату штрафу або про відшкодування заздалегідь оцінених збитків у зв'язку з відсутністю вільних смуг внаслідок проведення ремонтних робіт. Від концесіонера, як правило, потрібно виробляти безперервні підрахунки інтенсивності дорожнього руху для розрахунку річних показників, виражених в автомобілекілометрах, і ці показники повинні періодично перевірятися організацією-замовником. Кілька модифікована система може поєднувати приховані збори і прямі збори, виплачувані користувачами. У такій системі приховані збори виплачуються організацією-замовником тільки в тому випадку, якщо рівень інтенсивності дорожнього руху в протягом певного періоду часу знижується нижче узгодженого мінімального рівня, необхідного для того, щоб концесіонер прибутково експлуатував дорогу.

в) Закупівельні зобов'язання

У разі окремих електростанцій та інших об'єктів, що виробляють товари або послуги, які можуть надаватися на довгостроковій основі конкретно вказаною набувачеві, організація-замовник або інший публічний орган часто приймає на себе зобов'язання закуповувати такі товари та послуги по узгодженій ставці, як вони пропонуються концесіонером. Договори такого виду зазвичай називаються "угодами про постійне придбання товарів або послуг". Угоди про постійне придбання товарів або послуг часто передбачають два види платежів: платежі за наявність виробничих потужностей та платежі за одиниці фактичного споживання. Наприклад, щодо проекту з будівництва електростанції угоду про придбання електроенергії може передбачати наступні збори:

а) збори за наявність потужностей. Ці збори підлягають сплаті незалежно від фактичного виробництва електроенергії в період, що охоплюється рахунком, і обчислюються таким чином, щоб їх було достатньо для відшкодування всіх фіксованих витрат концесіонера на фінансування та технічне обслуговування проекту, включаючи обслуговування боргу та інші поточні фінансові витрати, фіксовані витрати на експлуатацію та технічне обслуговування і певну норму прибутку. Виплата зборів за наявність потужностей часто обумовлюється дотриманням певних стандартів, що стосуються результатів використання потужностей або їх наявності;

б) збори за споживання. Ці збори призначаються не для охоплення всіх фіксованих витрат концесіонера, а скоріше для відшкодування змінних або маргінальних витрат, які концесіонер повинен нести для того, щоб справити і надати яку-небудь одиницю відповідної послуги або товару (наприклад, кіловат-годину електроенергії). Збори за споживання, як правило, обчислюються таким чином, щоб покрити змінні експлуатаційні витрати концесіонера, такі, як паливо, спожите під час експлуатації об'єкта, витрати на очищення води і витрати на спожиті товари. Змінні платежі часто пов'язуються з власними змінними експлуатаційними витратами концесіонера або з індексом, який у розумній мірі відображає зміни в експлуатаційних витратах.

З погляду концесіонера, комбінована схема зборів за наявність потужностей і споживання є особливо корисною для забезпечення відшкодування витрат в тих випадках, коли функція передачі або розповсюдження товарів або послуг, вироблених цим концесіонером, є монопольною. Разом з тим збори за наявність потужностей, що передбачаються угодою про постійному придбанні товарів і послуг, мають бути співмірними з іншими джерелами потужностей, якими володіє або які фактично використовує організація-замовник. З метою забезпечення наявності коштів для платежів, здійснених організацією-замовником відповідно до угоди про постійне постачання товарів або послуг, доцільно розглянути питання про те, чи потрібні механізми завчасного складання бюджету. Платежі відповідно до угоди про постійне придбанні товарів або послуг можуть бути підкріплені гарантією, виданої урядом приймаючої країни або яким-небудь національним або міжнародним установою, надають гарантії.

Е. Забезпечувальні інтереси

В цілому забезпечувальні інтереси в особистій власності надають забезпеченому кредитору по суті два види прав: майнове право, дозволяє забезпеченому кредитору в принципі вступити у володіння цієї власністю або дозволити третій стороні вступити у володіння нею і продати її, а також переважне право на отримання платежу за рахунок доходів від продажу власності в разі невиконання боржником своїх зобов'язань. У загальній практиці проектного фінансування забезпечувальні механізми, як правило, грають превентивну роль, оскільки дозволяють в тому випадку, якщо яка-небудь третя сторона придбає підприємство боржника (наприклад, шляхом позбавлення прав на закладену власність, в результаті банкрутства або безпосередньо від боржника), спрямовувати всі надходження від продажу таких активів в першу чергу на відшкодування непогашених кредитів. Тим не менш кредитори будуть, як правило, прагнути до отримання забезпечувальних інтересів, які дозволяють їм шляхом позбавлення заставодавця права на закладену власність вступити у володіння проектом, яким вони можуть розпоряджатися і управляти або для відновлення його економічної життєздатності з метою перепродажу в належний час, або для збереження проекту у своїй власності протягом необмеженого терміну і отримання надходжень від нього.

Механізми забезпечення відіграють центральну роль у фінансуванні проектів в області інфраструктури, зокрема, коли структура фінансування створена за схемою "проектного фінансування". Документи, що стосуються фінансування проектів у галузі інфраструктури з приватних джерел, зазвичай включають забезпечення як у матеріальних активах, які стосуються цьому проектом, так і в нематеріальних активах, що знаходяться у володінні концесіонера. Ряд основних вимог, що стосуються успішного створення механізмів забезпечення, розглядаються нижче. Слід зазначити, однак, що в деяких правових системах надання кредиторам будь-якого забезпечення, яке дає їм можливість вступити у володіння проектом, допускається тільки у виняткових обставинах і при дотриманні ряду спеціальних умов, наприклад, умов про те, що для надання такого забезпечення потрібно згоду організації-замовника; що забезпечення має надаватися з конкретною метою сприяння фінансуванню або експлуатації проекту; і що забезпечувальні інтереси не повинні зачіпати зобов'язання, прийняті на себе концесіонером. Ці умови часто ґрунтуються на загальних

принципах права чи законодавчих положеннях, і організація-замовник не вправі відмовитися від їх дотримання на підставі укладення домовленостей про інше.

1. Забезпечувальні інтереси в матеріальних активах

Створення механізмів забезпечення, необхідних для отримання фінансування на цілі проекту, може зіткнутися з юридичними перешкодами в випадках, коли активи проекту є публічною власністю. Якщо концесіонер не розташовує правовим титулом на власність, то в багатьох правових системах він не матиме права (або матиме таке право в обмеженому ступені) на обтяження такої власності. Якщо встановлені обмеження такого роду, законодавство може проте сприяти проведенню переговорів про створення механізмів забезпечення, наприклад, шляхом вказівки на ті види активів, щодо яких можуть бути створені такі забезпечувальні інтереси, або ж на вигляд забезпечувальних інтересів, який дозволений. У деяких правових системах концесіонер, якому надано інтерес в орендованій власності або право використовувати певну власність, може створити забезпечувальний інтерес на основі інтересу в орендованій власності або такого права користування.

Крім того, забезпечувальні інтереси можуть також створюватися в тому випадку, коли концесія охоплює різні види публічної власності, наприклад випадок, коли правовий титул на прилеглу земельну ділянку (а не тільки право користуватися ним) надається якоїсь залізничної компанії на додаток до права користування публічною інфраструктурою. Якщо є можливість створити забезпечувальні інтереси в якій би то не було формі щодо активів, які належать чи які потрібно передати організації-замовнику, або активів, які організація-замовник може відповідно до договору викупити за своїм вибором, то законодавство може вимагати згоди організації-замовника на створення таких забезпечувальних інтересів концесіонером.

2. Забезпечувальні інтереси у нематеріальних активах

Основним нематеріальним активом проекту в галузі інфраструктури є сама концесія, тобто право концесіонера експлуатувати інфраструктуру або надавати відповідну послугу. У більшості правових систем концесія надає її власникові правомочність контролювати весь проект і дає концесіонеру право на отримання доходів від проекту. Таким чином, вартість концесії набагато перевищує загальну вартість всіх матеріальних активів, пов'язаних з проектом. Оскільки утримувач концесії зазвичай має право володіння і розпорядження всіма активами проекту (з можливим винятком тих активів, які належать іншим сторонам, наприклад, публічної власності, що перебуває у володінні концесіонера), концесія, як правило, охоплює і нинішні, і майбутні активи матеріального або нематеріального характеру. Тому кредитори можуть розглядати концесію як найважливіший компонент забезпечувальних механізмів, погоджених з концесіонером. Застава самої концесії може давати різні практичні переваги концесіонеру і кредиторам, зокрема, в тих правових системах, які в іншому випадку не дозволяють створювати забезпечення на основі всіх активів компанії або які в цілому не визнають непососорні забезпечувальні інтереси. Такі переваги можуть включати наступне: усунення необхідності створювати окремі забезпечувальні інтереси в кожній категорії активів проекту, надання концесіонеру можливості продовжувати розпоряджатися цими активами в ході звичайної підприємницької діяльності і створення можливості вносити в заставу певні активи без передачі фактичного володіння цими активами кредиторам. Крім того, застава концесії може дати кредиторам право запобігати, у разі порушення своїх зобов'язань концесіонером, припинення проекту допомогою вступу у володіння концесією та прийняття заходів для продовження здійснення проекту за участю іншого концесіонера. Застава концесії може бути, таким чином, корисним доповненням до прямого угодою між кредиторами та організацією-замовником щодо прав кредиторів на втручання або, за певних обставин, заміною такої угоди.

Разом з тим у деяких правових системах можуть існувати перешкоди для застави концесії в відсутність прямого законодавчого дозволу. У різних правових системах забезпечувальні інтереси можуть бути створені тільки щодо активів, які можуть бути вільно передані особою, яка надала забезпечення. Оскільки в більшості випадків передача права на експлуатацію інфраструктури без згоди організації-замовника не допускається, в деяких правових системах може не існувати можливості створення концесіонером забезпечувальних інтересів в самій концесії. Прийняте останнім часом в деяких країнах цивільного права законодавство усунуло цю перешкоду шляхом встановлення спеціальної категорії забезпечувальних інтересів, яка іноді позначається за допомогою таких термінів, як "іпотечну заставу концесії на публічні роботи" або "заставу концесії на публічні роботи", і яка в цілому дозволяє кредиторам отримувати забезпечений правовою санкцією забезпечувальний інтерес, що охоплює всі права, які були надані концесіонеру відповідно до проектної угодою. Разом з тим з метою захисту публічних інтересів закон вимагає згоди організації-замовника з прийняттям кредиторами будь-яких заходів щодо реалізації такого права на умовах, які передбачені в угоді між організацією-замовником і кредиторами. Кілька більш обмежене рішення було досягнуто в деяких країнах загального права, в яких було проведено різницю між не підлягає передачі правом провадити певний вид діяльності згідно урядової ліцензії (тобто "публічними правами", виникаючими з ліцензії) і правом вимоги відносно надходжень, отриманих володарем ліцензії (тобто "приватними правами" останнього, що, витікають з ліцензії).

3. Забезпечувальні інтереси в комерційній дебіторській заборгованості

Іншою формою забезпечення, яке, як правило, надається у зв'язку з більшістю проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, є поступка кредиторам надходжень за контрактами з клієнтами концесіонера. Ці надходження можуть являти собою надходження по одному контракту (наприклад, зобов'язання про закупівлю електроенергії з боку підприємства з розподілу електроенергії) або по великому кількості окремих угод (наприклад, щомісячні платежі за газ чи воду). Ці надходження зазвичай включають тарифи, які стягуються з населення за використання інфраструктури (наприклад, збори за використання платних автодоріг), або ціни, що сплачуються клієнтами за товари або послуги, що надаються концесіонерам (наприклад, плата за електроенергію). Вони можуть також включати доходи від допоміжних концесій. Забезпечення такого виду є звичайним елементом механізмів фінансування, погоджених з кредиторами, і угоди про кредитування часто містять вимоги про те, щоб надходження від реалізації проектів у галузі інфраструктури депонувалися на рахунок ескроу, управління яким здійснює довірена особа, призначене кредиторами. Такий механізм може також відігравати важливу роль при випуску концесіонером облігацій та інших оборотних інструментів.

Комерційна дебіторська заборгованість як забезпечення грає центральну роль у механізмах фінансування, які передбачають розміщення облігацій і видачу інших оборотних інструментів. Такі інструменти можуть видаватися самим концесіонером, і в цьому випадку інвестори, набувають цінний папір, стають його кредиторами, або вони можуть видаватися третьою стороною, якій була відступлена дебіторська заборгованість за проектом за допомогою механізму, відомого як "сек'юритизація". Сек'юритизація передбачає створення фінансового забезпечення на основі потоку надходжень за проектом, які передаються в заставу для сплати суми боргу і відсотків по такому забезпеченню. Угоди сек'юритизації зазвичай припускають установа юридичної особи, незалежного від концесіонера, зі спеціальною завданням проведення ділових операцій по сек'юритизації активів та дебіторської заборгованості. Така юридична особа часто називається "Спеціальним цільовим механізмом". Концесіонер поступається дебіторську заборгованість за проектом такому спеціальному цільовому механізму, який своєю чергою, випускає для інвесторів процентні інструменти, підкріплені дебіторською заборгованістю за проектом. Таким чином, при сек'юритизації власники облігацій набувають право на надходження від угод концесіонера з

його клієнтами. Концесіонер стягує з клієнтів тарифи і переказує кошти цього спеціального цільовим механізмом, який потім переводить їх власникам облігацій. У ряді країн прийняте останнім часом законодавство прямо визнає право концесіонера поступатися дебіторську заборгованість за проектом спеціальному цільовому механізмові, який тримає дебіторську заборгованість і керує нею в інтересах кредиторів проекту. У мету захисту власників акцій від ризику неспроможності концесіонера може бути доцільним прийняття необхідних законодавчих заходів, що дозволяють розділити концесіонера і спеціальний цільовий механізм в юридичному плані.

У більшості випадків у концесіонера не матимуть практичної можливості індивідуально обумовити статті дебіторської заборгованості, поступаються кредиторам. У силу цього поступка дебіторської заборгованості при проектному фінансуванні приймає, як правило, форму оптової поступки майбутньої дебіторської заборгованості. У різних правових системах в прийняте недавно внутрішнє законодавство були включені положення, що визнають право концесіонера на заставу надходжень за проектами в області інфраструктури. У той же час в різних правових системах може існувати значна невизначеність в питанні про дійсність оптової поступки дебіторської заборгованості або поступки майбутньої дебіторської заборгованості. У силу цього важливо забезпечити, щоб внутрішнє законодавство з питання про забезпечувальні інтереси не перешкоджало здатності сторін у юридично дійсному порядку поступатися комерційну дебіторську заборгованість з метою отримання фінансування на потреби проекту.

4. Забезпечувальні інтереси в акціях проектною компанією

У тих випадках, коли концесія не може бути віддана або передана без згоди організації-замовника, законодавство іноді забороняє створення забезпечення у акціях проектною компанією. Проте слід зазначити, що у разі угод проектного фінансування кредитори зазвичай вимагають створення забезпечення у акціях проектною компанією і що загальні заборони щодо створення такого забезпечення можуть обмежити здатність проектною компанією мобілізувати фінансові ресурси для здійснення проекту. Тому, як і у випадку інших форм забезпечення, в законодавстві, можливо, було б доцільне дозволити акціонерам компанією-концесіонера надавати таке забезпечення за умови отримання попередньої згоди з боку організації-замовника, якщо така згода потрібно для передачі частки в акціонерному капіталі проектною компанією.

Г. Поступка концесії

Концесії надаються з урахуванням конкретних кваліфікаційних даних і надійності концесіонера, і в більшості правових систем вони не підлягають вільній передачі. Так, внутрішнє законодавство часто забороняє поступку концесії без згоди організації-замовника. Мета цих обмежень укладається, як правило, у забезпеченні контролю організації-замовника відносно кваліфікаційних даних операторів інфраструктури або постачальників загальнодоступних послуг.

Деякі країни визнали корисним згадати у своєму законодавстві про умовах, на яких може бути дано згоду на передачу концесії до закінчення строку її дії, наприклад, визнання новим концесіонером всіх зобов'язань по проектному угодою і підтвердження технічної та фінансової здатності нового концесіонера надавати відповідну послугу. Загальні законодавчі положення такого роду можуть доповнюватися конкретними положеннями проектною угодою, що встановлюють сферу дії таких обмежень, а також умови, на яких може бути дано згоду організації-замовника. Разом з тим слід зазначити, що такі обмеження, як правило, застосовні до добровільній передачі концесіонером своїх прав; вони не виключають примусової передачі концесії якомусь суб'єкту, призначеному кредиторами відповідно до прямим

угодою між ними і організацією-замовником з метою запобігання припинення проекту внаслідок серйозного порушення зобов'язань концесіонером.

Г. Передача контрольного пакету акцій проектної компанії

Організація-замовник може бути зацікавлена в тому, щоб початкові члени консорціуму, який брав участь у процедурах, зберігали свої зобов'язання по здійсненню проекту протягом всього терміну його реалізації і щоб фактичний контроль над проектною компанією не був переданий суб'єктам, які не відомі організації-замовнику. Концесіонери вибираються для здійснення проекту в області інфраструктури, щонайменше почасти, на основі їх досвіду і здатності реалізувати такого роду проект. Тому організації-замовники стурбовані тим, що якщо акціонери компанії-концесіонера будуть користуватися повною свободою передачі своїх інвестицій в який-небудь проект, то не буде ніякої впевненості в тому, хто фактично надаватиме відповідні послуги.

Організації-замовники можуть спертися на досвід, який обраний консорціум, брав участь у процедурах, продемонстрував на етапі попереднього відбору, а також на гарантії виконання, надані організаціями, що утворили первісний консорціум, і його субпідрядниками. Разом з тим на практиці не слід переоцінювати ту впевненість, яка може ґрунтуватися на очевидному спеціалізованому досвіді акціонерів компанії-концесіонера. Коли для здійснення проекту засновується окрема юридична особа, як це часто відбувається на практиці, то підтримка з боку акціонерів компанії-концесіонера в тому випадку, якщо в ході здійснення проекту виникнуть труднощі, може обмежуватися їх максимальної фінансової відповідальністю. Таким чином, обмеження в відношенні можливості передачі інвестицій самі по собі можуть і не забезпечувати достатнього захисту від ризику невиконання концесіонером своїх зобов'язань. Зокрема, такі обмеження не є заміною для відповідних договірних засобів захисту, передбачених проектним угодою, таких, як здійснення контролю щодо рівня надаваної послуги або припинення проекту без повної компенсації у разі незадовільного функціонування.

Крім вищевикладеного, обмеження щодо можливості передачі акцій компаній, що надають загальнодоступні послуги, можуть бути також зв'язані з деякими недоліками для організації-замовника. Як це вже зазначалося раніше, існують численні види фінансування, яке можна отримати у різних інвесторів при різних ризиках і схемах винагороди. Початкові інвестори, такі, як будівельні компанії і постачальники обладнання, будуть прагнути отримати винагороду у зв'язку з більш високими ризиками, які вони приймають на себе, тоді як подальшим інвесторам може бути необхідна менша прибуток, співмірна зі зменшеними ризиками, які вони несуть. Більшість первинних інвесторів розташовують обмеженими засобами і повинні забезпечувати оборот капіталу, з тим щоб мати можливість взяти участь у здійсненні нових проектів. У зв'язку з цим такі інвестори можуть не проявляти готовності до "прив'язування" капіталу до довгострокових проектів. В кінці періоду будівництва початкові інвестори можуть віддати перевагу продати свій інтерес якого-небудь вторинного акціонеру, який буде згоден на отримання меншої норми прибутку. Коли визначеність у питаннях експлуатації ще більш зміцнюється, може бути здійснена ще одна операція рефінансування. Разом з тим, якщо здатність інвесторів інвестувати і реінвестувати капітал у розвиток проекту обмежується факторами, що стосуються можливості передачі акцій в рамках проектів у галузі інфраструктури, то виникає ризик більш високої вартості фінансування. За певних обставин, можливо, не можна буде забезпечити фінансування проекту взагалі, оскільки деякі інвестори, участь яких може бути вирішальним для здійснення проекту, можуть і не проявити бажання взяти в ньому участь. З погляду довгострокової перспективи розвиток ринку інвестицій в публічну інфраструктуру може зіткнутися з перешкодами в тому випадку, якщо інвестори надмірно обмежені у своїй свободі передавати свій інтерес в проектах в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

З вищевикладених причин, можливо, було б доцільним звужити обмеження, що стосуються передачі контрольного пакету акцій проектної компанії, обмеживши їх певним терміном (наприклад, в кілька років після набрання чинності проектної угоди) або ситуаціями, коли такі обмеження виправдані публічними інтересами. Одна з таких ситуацій може виникати тоді, коли у володінні концесіонера знаходиться публічна власність або коли концесіонер одержує кредити, субсидії, акціонерний капітал або пряму урядову підтримку в інших формах. У таких випадках відповідальність організації-замовника за належне використання публічних коштів вимагає гарантій того, що такі кошти і активи поручаються надійної компанії, щодо якої початкові інвестори будуть зберігати свої зобов'язання протягом розумного строку. Інша ситуація, яка може виправдовувати введення обмежень відносно передачі акцій компаній-концесіонерів, може виникати тоді, коли організація-замовник зацікавлена в запобіганні передачі акцій конкретним інвесторам. Наприклад, організація-замовник, можливо, забажає здійснювати контроль над придбанням контрольного пакету акцій постачальників загальнодоступних послуг, щоб уникнути формування олігополій або монополій в лібералізованих секторах. Крім того, може вважатися неприпустимим таке положення, при якому послуги якої-небудь компанії, викритої в минулому в обманних діях щодо одного органу уряду, були залучені іншим органом уряду в результаті придбання нею дочірньої компанії.

У цих виняткових випадках було б, можливо, доцільно вимагати, щоб початкові інвестори заручилися попередньою згодою організації-замовника до передачі своєї частки акцій. У проектному угоді слід роз'яснити, що не виправдані відмови або неналежні затримки в дачі такої згоди не допускаються. Крім того, для цілей забезпечення прозорості було б, можливо, доцільно передбачити в законі підстави для відмови у схваленні і зажадати, щоб організація-замовник в кожному випадку конкретно вказувала причини будь-якої відмови. Належний термін дії таких обмежень - або протягом конкретного етапу здійснення проекту, або протягом усього терміну концесії, - можливо, буде потрібно встановлювати з урахуванням обставин кожного окремого випадку. У відносинах деяких проектів можна буде послабити такі обмеження після завершення будівництва об'єкта. Було б також доцільно уточнити в проектному угоді, чи повинні такі обмеження, якщо вони встановлені взагалі, застосовуватися тільки до передачі якого-небудь пайової участі в діяльності концесіонера чи інтереси організації-замовника зосереджуватимуться на одному конкретному інвесторі (наприклад, будівельної компанії або проектувальнику об'єкта) протягом етапу будівництва або ж протягом тривалого терміну після його завершення.

Н. Будівельні роботи

Організації-замовники, які купують послуги по здійсненню будівельних робіт, виступають, як правило, в якості наймачів за будівельним підряду і залишають за собою широкі права по спостереженню і інспектуванню, включаючи право розглядати будівельний проект і вимагати внесення до нього змін, уважно стежити за виконанням будівельних робіт і графіком будівництва, інспектувати і офіційно приймати завершення роботи і давати дозвіл на експлуатацію об'єкта.

З іншого боку, у багатьох проектах в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, організація-замовник може віддати перевагу передати таку відповідальність концесіонеру. Замість того, щоб брати на себе пряму відповідальність за управління деталями проекту, організація-замовник може віддати перевагу перекласти ці функції на концесіонера, зажадавши від нього взяти на себе повну відповідальність за своєчасне завершення будівництва. Концесіонер у свою чергу буде також зацікавлений в забезпеченні своєчасного завершення проекту в межах кошторису і буде, як правило, укладати контракти на здачу об'єкта "під ключ" за фіксовану плату і з фіксованими термінами, включаючи гарантії виконання з боку будівельних підрядників. Таким чином, в рамках проектів у галузі

інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, для більшості цілей роль наймача за будівельними підрядами зазвичай грає концесіонер.

З цих причин в деяких країнах законодавчі положення, що стосуються спорудження об'єктів інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, обмежуються загальним визначенням зобов'язання концесіонера виконати публічні роботи відповідно до положень проектної угоди і надають організації-замовнику загальне право стежити за ходом робіт для забезпечення їх відповідності умовам угоди. У цих країнах більш докладне регулювання здійснюється в проектних угодах.

1. Розгляд і затвердження планів будівництва

У тих випадках, коли необхідно вирішувати питання, що стосуються будівельних робіт, а також пов'язані з ними аспекти в законодавчому порядку, рекомендується розробити процедури, які допомагають зберігати узгоджені терміни завершення робіт і вартість будівництва в межах обумовлених графіків і кошторисів і зменшити можливість виникнення суперечок між концесіонером та відповідними публічними органами. Наприклад, якщо законодавчі положення вимагають, щоб організація-замовник розглядала і стверджувала будівельний проект, в проектній угоді слід встановити граничний термін для розгляду будівельного проекту та передбачити, що твердження вважається даними, якщо організація-замовник протягом зазначеного строку не висловить ніяких заперечень. Крім того, може виявитися корисним вказати в проектній угоді причини, за якими організація-замовник може висловити заперечення або зажадати внести зміни до проекту, наприклад, з міркувань техніки безпеки, оборони, державної безпеки, довкілля або невідповідності специфікаціям.

2. Зміна умов проекту

У ході будівництва об'єкта інфраструктури часто виникають ситуації, роблять необхідним або бажаним зміна певних елементів будівництва. У зв'язку з цим організація-замовник може побажати зберегти за собою право вимагати внесення змін до такі елементи, як масштаби будівництва, технічні характеристики устаткування або матеріалів, які будуть використовуватися при здійсненні робіт або надання будівельних послуг, необхідних згідно специфікаціям. У цьому зв'язку в сьогоденні Керівництві використовується термін "зміни". Термін "зміни", як він використовується в Керівництві, не охоплює коригування або перегляду тарифів в результаті зростання витрат або коливань валютних курсів. Аналогічно, перегляд проектної угоди у разі істотної зміни умов також не рахується зміною згідно цьому Керівництву.

Враховуючи складність більшості проектів у галузі інфраструктури, виключити необхідність внесення змін до будівельних специфікацій або інші умови проекту не представляється можливим. Однак ці зміни часто призводять до затримки термінів виконання проекту або початку надання загальнодоступних послуг; вони можуть також утруднити для концесіонера виконання проектної угоди. Крім того, витрати у зв'язку з виконанням розпоряджень про внесення великих змін можуть перевищити власні фінансові можливості концесіонера, що потребують залучення великого додаткового фінансування, забезпечити яке за прийнятною вартістю може виявитися складно. У зв'язку з цим організації-замовнику доцільно розглянути питання про заходи, що обмежують можливу необхідність внесення змін. Важливе значення має висока якість техніки обґрунтувань, витребуваних організацією-замовником, і специфікацій, наданих в ході процесу відбору, що допомагає уникнути внесення наступних змін в проект.

У проектній угоді слід вказати конкретні обставини, за яких організація-замовник може зажадати внести зміни до будівельної специфікації, а також розміри компенсації, яку, можливо, буде потрібно виплатити концесіонеру для покриття додаткових витрат і затримок,

пов'язаних з внесенням таких змін. У проектному угоді слід також чітко визначити, якою мірою концесіонер зобов'язаний вносити ці зміни і чи може він заперечити проти їх внесення, а також вказати підстави таких заперечень. Відповідно до договірної практики, що застосовується в деяких правових системах, концесіонер може бути звільнений від його зобов'язань, якщо сума додаткових витрат, зумовлених внесенням змін, перевищує встановлену максимальну межу.

Для визначення того, в яких випадках підрядник зобов'язаний вносити зміни і необхідні корективи в кошторис витрат і терміни здійснення проекту, у великих будівельних контрактах використовуються різні підходи до врегулювання пов'язаних зі змінами питань. Такі рішення можуть також застосовуватися щодо змін, запитуваних організацією-замовником згідно проектній угоді. Разом з тим слід зазначити, що у разі концесій в області інфраструктури платежі проектної компанії представляють собою збори, що стягуються з користувачів, або ціни, встановлювані на продукцію, що випускається об'єктом, а не загальну вартість будівельних робіт. Таким чином, методи компенсації, використовувані у зв'язку з концесіями в області інфраструктури, іноді включають поєднання різних методів від одноразових платежів до підвищення тарифів або продовження терміну дії концесії. Наприклад, може виникнути необхідність у змінах, які приведуть до збільшення витрат, яке концесіонер зможе покрити або профінансувати самостійно і компенсувати за допомогою відповідної коригування тарифів або платіжних механізмів. Якщо концесіонер не може самостійно рефінансувати або оплатити зміни, сторони можуть домовитися про одноразові виплати в якості альтернативи дорогому і складному механізму рефінансування.

3. Повноваження організації-замовника щодо здійснення контролю

У деяких правових системах публічні органи, які набувають послуги з виконання будівельних робіт, зазвичай зберігають за собою право вимагати призупинення або тимчасового припинення робіт виходячи з публічних інтересів. Однак, для того щоб пом'якшити стурбованість потенційних інвесторів, іноді буває корисно обмежити можливість такого втручання і передбачити, що масштаби або тривалість такого тимчасового припинення робіт не можуть перевищувати дійсно необхідні значення з урахуванням обставин, які стали причиною вимоги призупинити або тимчасово припинити роботи. Може також виявитися корисним домовитися про максимальний термін призупинення та передбачити відповідну компетенцію для концесіонера. Крім того, можна передбачити гарантії для забезпечення виплати концесіонеру компенсації або відшкодування збитку в результаті призупинення проекту.

У деяких правових системах об'єкти, що споруджуються для використання у зв'язку з наданням деяких загальнодоступних послуг, відразу ж після завершення будівництва стають публічною власністю. У подібних випадках законодавство часто містить вимогу про те, щоб завершений об'єкт був офіційно прийнятий організацією-замовником або іншим публічним органом. Така офіційне приймання зазвичай відбувається тільки після інспекції завершеного об'єкта та отримання задовільних результатів на випробуваннях, необхідних для встановлення готовності об'єкта до експлуатації та його відповідності специфікаціям, а також технічним вимогам і вимогам техніки безпеки. Навіть у тих випадках, коли офіційної приймання організацією-замовником не вимагається (наприклад, коли об'єкт залишається у власності концесіонера), може часто виникати необхідність в узгодженні положень відносно проведення підсумкової інспекції та приймання будівельних робіт організацією-замовником для забезпечення дотримання норм, що стосуються охорони здоров'я, техніки безпеки, будівництва і праці. У проектному угоді слід в деталях описати характер приймальних випробувань або інспекції завершеного об'єкта; графік випробувань (наприклад, буде, можливо, доцільно проводити через певні періоди часу часткові випробування замість одного підсумкового випробування в кінці будівництва); наслідки непроходження випробувань об'єктом; і відповідальність за забезпечення ресурсів для проведення

випробувань і покриття відповідних витрат. У деяких країнах було визнано доцільним дозволяти введення об'єкту в експлуатацію на тимчасовій основі до підписання заключного акта приймання організацією-замовником і надати концесіонеру можливість виправити дефекти, які можуть бути виявлені на цій стадії.

4. Гарантійний термін

Укладені концесіонером контракти на будівництво зазвичай передбачають гарантії якості, згідно з якими підрядники беруть на себе відповідальність за будь-які дефекти об'єкта та за неточності або неповноту технічної документації на здаваний об'єкт, причому передбачаються, однак, і розумні винятки (наприклад, звичайний знос або помилки концесіонера в матеріально-технічному обслуговуванні або експлуатації об'єкта). Законодавчі положення або загальні принципи застосовного права можуть також встановлювати додаткову відповідальність, наприклад, спеціальний більш тривалий термін відповідальності за будівельні дефекти об'єкта, який передбачається в деяких правових системах. У проектному угоді слід передбачити, що остаточне приймання об'єкта організацією-замовником не буде звільняти будівельних підрядників від будь-якої відповідальності за дефекти об'єкта та за неточності або неповноту технічної документації, як це може передбачатися згідно з контрактами на будівництво або застосовним правом.

I. Експлуатація інфраструктури

Умови експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта, а також стандарти якості та техніки безпеки часто вказуються в законах і деталізуються у проектному угоді. Крім цього, особливо в області електроенергії, водопостачання, каналізації та громадського транспорту організація-замовник або незалежне регулююче установа можуть здійснювати нагляд за експлуатацією об'єкта. Докладне обговорення правових питань, що стосуються умов експлуатації об'єктів інфраструктури, виходить за рамки цього Посібника. У зв'язку з цим в наступних пунктах наводиться лише короткий виклад деяких основних питань.

Нормативні положення, що стосуються регулювання експлуатації інфраструктури, та юридичні вимоги, що пред'являються до надання загальнодоступних послуг, спрямовані на досягнення різних цілей, що представляють публічний інтерес. З урахуванням того, що проекти в галузі інфраструктури є зазвичай довгостроковими, протягом терміну дії проектної угоди в такі положення та вимоги, можливо, буде потрібно внести зміни. Проте важливо пам'ятати про потреби приватного сектора в стабільній і передбачуваною нормативній основі. Зміни в положеннях або часте введення нових і більш жорстких правил може негативно позначитися на здійсненні проекту і підірвати його фінансову життєздатність. Тому, хоча боку і можуть узгодити договірні умови для протидії несприятливим наслідків майбутніх змін нормативних положень, регулюючим установам рекомендується уникати надмірного регулювання або нерозумно частих змін діючих правил.

1. Експлуатаційні стандарти

Постачальники загальнодоступних послуг зазвичай повинні дотримуватися цілий ряд технічних стандартів і стандартів обслуговування. В більшості випадків такі стандарти є занадто докладними для включення в законодавство, і тому вони можуть встановлюватися в прийнятих на виконання цього законодавства указах, постановах та інших документах. Стандарти обслуговування часто докладно вказуються в проектному угоді. Вони включають стандарти якості, такі як вимоги щодо чистоти і напору води, граничні строки для здійснення ремонту, ліміти на кількість збоїв чи скарг, своєчасність надання транспортних послуг, безперервність постачання і стандарти в галузі охорони здоров'я, техніки безпеки і охорони навколишнього середовища. Однак у законодавчих актах можуть встановлюватися базові

принципи, які лежатимуть в основі розробки докладних стандартів, або може міститися вимога про дотримання міжнародних стандартів.

Організація-замовник, як правило, зберігає за собою право стежити за дотриманням проектною компанією експлуатаційних стандартів, встановлених в порядку регулювання. Концесіонер буде зацікавлений у тому, щоб, по мірі можливості, уникнути будь-якого призупинення експлуатації об'єкта і захистити себе від наслідків такого зупинення. Він буде прагнути отримати гарантії того, що використання організацією-замовником своїх повноважень з контролю або регулюванню не призведе до необгрунтованого порушення або призупиненню експлуатації об'єкта і не спричинить за собою необгрунтованих додаткових витрат для концесіонера.

2. Розширення послуг

У деяких правових системах вважається, що підприємство, що займається забезпеченням деяких основних послуг з урядової концесії, наприклад, постачанням електроенергією або питною водою громади або території та її жителів, зобов'язана створити систему послуг, що відповідає розумним потребам даної громади чи території. Цей обов'язок часто обумовлюється не тільки історичним попитом, які склалися на момент видачі концесії, але й має на увазі зобов'язання враховувати темпи зростання обслуговується громади чи території і поступово розширювати систему відповідно до можливою зміною розумного попиту громади чи території. В деяких правових системах цей обов'язок носить характер громадського обов'язку, на який може послатися будь-який житель відповідної громади чи території. В інших правових системах вона носить характер встановленого законом або договірною зобов'язання, виконання якого, залежно від конкретних обставин, може бути забезпечено в примусовому порядку організацією-замовником або регулюючим установою.

У деяких правових системах таке зобов'язання не є ні абсолютним, ні безумовним. Обов'язок концесіонера розширювати мережу надаваних послуг може залежати від різних факторів, таких, як необхідність і вартість розширення і доходи, які можуть бути отримані в результаті такого розширення; фінансове становище концесіонера; публічна зацікавленість у здійсненні такого розширення; і масштаби зобов'язань, які приймає на себе концесіонер в цьому зв'язку з проектного угодою. У деяких правових системах концесіонер іноді зобов'язаний розширювати свої об'єкти з надання послуг, навіть якщо те чи інше конкретне розширення не є прибутковим в найближчій перспективі або навіть якщо в результаті проведеного розширення територія, на якій діє концесіонер, може в підсумку охопити неприбуткові райони. У той же час відносно цього зобов'язання встановлюється ряд обмежень, оскільки концесіонер не зобов'язаний виробляти розширення, які накладають на нього або його клієнтів надмірний тягар. Залежно від конкретних обставин витрати у зв'язку з розширенням об'єкта з надання послуг можуть покриватися самим концесіонером, компенсуватися за рахунок клієнтів або кінцевих користувачів в результаті підвищення тарифів або введення спеціальних зборів або ж повністю або частково покриватися організацією-замовником або іншим публічним органом шляхом надання субсидій або грантів. З урахуванням різноманітності факторів, які можуть бути прийняті до уваги для оцінки ступеня доцільності будь-якого конкретного розширення, бажано обумовити в проектній угоді ті обставини, при яких від концесіонера може знадобитися розширення його об'єктів з надання послуг, та належні методи фінансування витрат у зв'язку з будь-яким таким розширенням.

3. Безперервний характер надання послуг

Ще одним обов'язком постачальників загальнодоступних послуг є забезпечення безперервного надання послуг у більшості обставин, за винятком випадків настання подій, які звільняють від відповідальності, причому коло таких подій визначається вельми вузько. У деяких правових системах цей обов'язок носить характер зобов'язання за законом, яке діє

навіть у тому випадку, якщо воно конкретно не обумовлено в проектній угоді. Наслідком цього правила в тих правових системах, в яких воно закріплено, є те, що різні обставини, які, згідно із звичайними принципами договірного права, можуть дозволити стороні контракту призупинити або припинити виконання її обов'язків, наприклад, у випадку економічних труднощів або порушення умов іншою стороною, не можуть використовуватися концесіонером в якості підстави для тимчасового припинення або призупинення надання загальнодоступних послуг, будь то в повному обсязі або частково. У деяких правових системах організація-замовник може навіть володіти спеціальними примусовими повноваженнями, що дозволяють їй змусити концесіонера продовжувати надавати послуги у разі неправомірного припинення.

Цей обов'язок також регулюється загальним правилом розумної обґрунтованості. Різні правові системи визнають право концесіонера на справедливую компенсацію за продовження надання послуг в складних економічних ситуаціях. Крім того, в деяких правових системах вказується, що від постачальника загальнодоступних послуг не можна вимагати продовження надання послуг, якщо відповідна діяльність є в цілому збитковою. У тих випадках, коли підприємство громадського користування в цілому, а не одне або кілька його відділень або територій, перестає бути прибутковим, концесіонер може отримати право на пряму компенсацію від організації-замовника або, як альтернатива, на припинення проектної угоди. Однак для такого припинення, як правило, потрібно згода з боку організації-замовника або судові рішення. У правових системах, в яких такий порядок допускається, доцільно уточнити в проектній угоді ті виняткові обставини, які можуть виправдовувати призупинення надання послуг або навіть звільняти концесіонера від обов'язків по проектній угоді.

4. Рівне ставлення до клієнтів або користувачів

На підприємствах, які надають певні послуги населенню, в деяких правових системах накладається особливий обов'язок забезпечувати послуги для всіх користувачів і клієнтів, які підпадають під одну і ту ж категорію, практично на однакових умовах. Однак у цих правових системах визнається диференціація, заснована на розумною і об'єктивної класифікації клієнтів і користувачів, в тій мірі, в якій аналогічні послуги надаються клієнтам і користувачам, що здійснює аналогічні операції за аналогічних обставин. Встановлення різних цін або неоднакових умов доступу для різних категорій користувачів (наприклад, для побутових споживачів, з одного боку, і комерційних або промислових користувачів, з іншого) може бути, таким чином, сумісне з принципом рівного ставлення за умови, що диференціація заснована на об'єктивних критеріях і відображає дійсні відмінності в положенні споживачів або умовах, за яких їм надаються послуги. Проте, якщо розходження в платі або інших умовах надання послуг засновані на фактичних відмінностях у послугах, що надаються (наприклад, більш висока плата за послуги, що надаються в години пікового споживання), то вони, як правило, повинні бути порівнянними з величиною цих відмінностей.

Крім диференціації, установленної самим концесіонером, різні режими щодо певних користувачів або клієнтів можуть обумовлюватися законодавчими рішеннями. У багатьох країнах закон передбачає, що певні послуги повинні надаватися деяким категоріям користувачів і клієнтів на особливо сприятливих умовах, наприклад, у разі пільгового транспорту для школярів і престарілих або знижених ставок за воду чи електроенергію для незаможних або сільських користувачів. Постачальники загальнодоступних послуг можуть компенсувати це тягар або витрати різними способами, в тому числі за допомогою урядових субсидій, фондів та інших офіційних механізмів, створених для розподілу фінансового тягаря з виконання цих обов'язків між усіма постачальниками загальнодоступних послуг, або за посередництвом перехресного субсидування за рахунок інших більш прибуткових послуг

5. Підключення та доступ до мереж інфраструктури

Компанії, що займаються експлуатацією мереж інфраструктури в таких секторах, як залізничний транспорт, телекомунікації, електро- або газопостачання, в деяких випадках зобов'язані надавати доступ до своїх мереж іншим компаніям. Ця вимога може обумовлюватися у проектному угоді або закріплюватися в законах або постановах по окремих секторах. В одних секторах інфраструктури вимоги відносно підключення і доступу введені в якості доповнення до структурних реформ у відповідному секторі, а в інших вони були прийняті з метою розвитку конкуренції в секторах, які залишаються повністю або частково інтегрованими.

Від операторів мереж часто потрібно забезпечувати доступ на умовах, які є справедливими і недискримінаційними з фінансової та технічної точок зору. Недискримінація увазі, що новий учасник або постачальник послуг повинен мати можливість користуватися інфраструктурою оператора мережі на умовах, які не можуть бути менш сприятливими ніж ті, що надаються оператором мережі своїм власним службам або службам конкуруючих постачальників. Слід, однак, зазначити, що під багатьох випадках режими, що регулюють доступ до трубопроводів, не вимагають, наприклад, створення абсолютно рівних умов для транспортувальника і конкуруючих користувачів. Обов'язок щодо надання доступу може обумовлюватися тими чи іншими умовами. Наприклад, вона може обмежуватися лише незавантаженими потужностями або обумовлена наданням розумних (а не на рівних) умов.

Хоча ціна за надання доступу, як правило, встановлюється з урахуванням фактичних витрат, що регулюють установи часто зберігають за собою право контролювати відповідні тарифи, з тим щоб вони були досить високими для забезпечення належних стимулів для інвестицій у необхідну інфраструктуру і досить низькими для надання новим учасникам можливості вести конкуренцію на справедливих умовах. Якщо оператор мережі надає послуги в умовах конкуренції з іншими постачальниками, може знадобитися роздільний бухгалтерський облік по кожному з його напрямів діяльності, з тим щоб визначити фактичну вартість використання мережі або її окремих частин третіми сторонами.

Технічні умови доступу можуть мати настільки ж важливе значення, і від операторів мережі може знадобитися пристосування їх мереж до задоволення потреб нових учасників в доступі. Доступ може надаватися до мережі в цілому або до окремих її частин або сегментів (які іноді також називаються вузловими або важливими об'єктами). Багато урядів дозволяють постачальникам послуг створювати свою власну інфраструктуру або використовувати альтернативну інфраструктуру, якщо така є. У таких випадках постачальнику послуг може знадобитися тільки доступ до невеликої частини мережі, і, згідно з багатьма правилами, його не можна змусити платити більш високу ціну, ніж та, яка відповідає вартості використання конкретного об'єкта, в якому він потребує; мова може йти, наприклад, про абонентське шлейфі в мережах зв'язку, пропускних потужностях для енергопостачання або використанні певного колійного ділянки при залізничних перевезеннях.

6. Вимоги щодо надання інформації

У багатьох країнах законодавство накладає на постачальників загальнодоступних послуг обов'язок подавати регулюючому установі точну і своєчасну інформацію про свої операції і наділяє такі установи спеціальними правами щодо забезпечення дотримання цієї вимоги. До їх числа можуть ставитися права на направлення запитів і проведення аудиторських перевірок, включаючи ретельні аудиторські перевірки показників виконання і дотримання відповідних норм, право накладати санкції на компанії, відмовляються від співпраці, і право встановлювати заборони або збуджувати штрафні процедури, спрямовані на забезпечення подання інформації.

Постачальники загальнодоступних послуг, як правило, зобов'язані вести фінансові рахунки та відомості і надавати їх у розпорядження регулюючого установи, а також складати детальну калькуляцію витрат, яка дозволить регулюючому установі роздільно контролювати різні аспекти діяльності компанії. Може також вимагатися ретельна перевірка фінансових операцій у відносинах між концесіонером і його дочірніми компаніями, оскільки концесіонери можуть спробувати перевести доходи в нерегульовані підприємства або іноземні філії. У самих операторів інфраструктури також можуть матися вимоги відносно докладної технічної та виробничої звітності. У той же час, як правило, важливо встановити розумні межі відносно ступеня деталізації і типу інформації, яку повинні надавати оператори інфраструктури. Крім того, необхідно вжити належних заходів для забезпечення конфіденційності будь-якої захищеної правами власності інформації, яку концесіонер і його дочірні компанії можуть уявити регулюючому установі.

7. Права концесіонера щодо забезпечення виконання контракту

У країнах з усталеними традиціями видачі концесій на надання загальнодоступних послуг концесіонер може бути уповноважений встановлювати правила, призначені для полегшення надання послуги (наприклад, інструкції для користувачів або правила техніки безпеки), приймати розумні заходи для забезпечення дотримання цих правил і припиняти надання послуги в надзвичайних обставинах або з міркувань безпеки. З цією метою в більшості правових систем може діяти вимога про те, щоб такі повноваження були передбачені в загальному законодавстві або щоб законодавчий орган наділяв ними концесіонера в кожному конкретному випадку. Обсяг повноважень, що надаються концесіонеру, зазвичай визначається в проектній угоді і може детально не обмовлятися в законодавчих актах. Можливо, буде доцільно передбачити, що ці правила набувають чинності після їх затвердження, залежно від конкретних обставин, регулюючим установою або організацією-замовником. Однак право затверджувати запропоновані концесіонером експлуатаційні правила не повинно бути дискреційним, і концесіонер повинен мати право оскаржити рішення про відмову в затвердженні запропонованих правил.

Особливу важливість для концесіонера представляє питання про можливість припинення надання послуг в результаті невиконання або недотримання правил з боку користувачів. Незважаючи на загальну обов'язок концесіонера забезпечувати безперервне надання послуг, в багатьох правових системах зізнається, що підприємства, що надають загальнодоступні послуги, можуть встановлювати правила, що передбачають припинення надання послуг споживачеві або користувачеві, що не сплачує за надані послуги або який серйозно порушив умови, що стосуються користування послугами, і вживати заходів щодо забезпечення дотримання цих правил. Це право найчастіше вважається найважливішою умовою для запобігання зловживань та забезпечення економічної життєздатності діяльності з надання послуг. Однак з урахуванням життєвої важливості деяких видів загальнодоступних послуг в деяких правових системах для наділення такими правами може вимагатися санкція законодавчих органів. Крім того, стосовно до здійснення цих повноважень може передбачатися цілий ряд прямо обумовлених або припущених обмежень або умов, таких, як спеціальні вимоги про повідомлення та спеціальні засоби захисту споживачів. Додаткові обмеження, умови можуть впливати з застосування загальних правил, що стосуються захисту споживачів.

Ж. Загальні договірні механізми

У цьому розділі розглядаються окремі договірні механізми, які, як правило, зустрічаються в проектних угодах в різних секторах і які часто відображаються в стандартних договірних умовах, використовуваних національними організаціями-замовниками. Розглядаються в цьому розділі механізми, хоча вони за своєю суттю і є в основному договірними, можуть

обумовлювати деякі важливі наслідки для законодавства приймаючої країни з урахуванням існуючої в ній особливої правової системи.

1. Субпідряд

Враховуючи складність проектів у галузі інфраструктури, для виконання деяких видів або основного обсягу будівельних робіт по проектному угодою концесіонер, як правило, привертає послуги одного або декількох будівельних підрядників. На експлуатаційному етапі проекту концесіонер може також побажати вдатися до послуг підрядників, які мають досвід роботи в галузі експлуатації та матеріально-технічного обслуговування інфраструктури. У законодавстві деяких країн в цілому визнається право концесіонера укладати контракти, необхідні для виконання будівельних робіт. В інших країнах, де діють положення, що обмежують можливості урядових підрядників укладати субпідряди, може виявитися вельми корисним включити в законодавство положення, що визнають за концесіонером таке право.

а) Вибір субпідрядників

У деяких країнах право концесіонера наймати субпідрядників обмежується правилами, розпорядчими використання торгів або аналогічних процедур для видачі субпідрядів постачальниками загальнодоступних послуг. У багатьох випадках такі законодавчі положення встановлювалися в той період, коли експлуатація об'єктів інфраструктури здійснювалася головним чином або виключно урядом при незначному участю приватного сектора або практично без його участі. Мета цих законодавчих положень полягала в тому, щоб забезпечити економічне, ефективне, об'єктивне і прозоре використання публічних коштів. Однак у випадку проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, такі положення можуть відштовхнути потенційних інвесторів, оскільки в число спонсорів проектів зазвичай входять інженерно-конструкторські та будівельні компанії, які беруть участь у проекті, розраховуючи на те, що їм будуть надані головні підряди на виконання будівельних та інших робіт.

Проте свобода вибору концесіонером своїх субпідрядників не є необмеженою. У деяких країнах концесіонер повинен вказувати в своїй пропозиції тих підрядників, послугами яких він пропонує скористатися, включаючи інформацію про їх технічних можливостях і фінансовому положенні. Інші країни або вимагають, щоб така інформація представлялася під час укладання проектної угоди, або поширюють на такі контракти процедури попереднього розгляду та затвердження організацією-замовником. Мета таких положень полягає в тому, щоб уникнути можливих колізій інтересів проектної компанії і її акціонерів, а цей аспект, як правило, становить інтерес і для кредиторів, які можуть побажати упевнитися в тому, що проектна компанія не переплачує своїм підрядникам. У будь-якому випадку, якщо буде визнано за необхідне, щоб організація-замовник мала право розглядати та затверджувати субпідряди, видані проектною компанією, в проектному угоді мають чітко зазначатися мета таких процедур розгляду і затвердження та умови, за яких організація-замовник може не затвердити субпідряди. Як правило, субпідряди не затверджуються тільки в тому випадку, якщо в них містяться положення, явно суперечать громадським інтересам (наприклад, що передбачають виплату завищених сум субпідрядникам або необґрунтовано обмежують відповідальність) чи суперечать носять публічно-правовий характер імперативним нормам, що застосовуються в приймаючій країні відносно проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

б) Застосовне право

Концесіонер і його підрядники зазвичай вибирають те право, яке їм знайоме і яке, на їхню думку, належним чином регулює питання, відображені в їхніх контрактах. Залежно від виду

контракту можуть виникати різні питання, що стосуються застереження про застосовне право. Наприклад, договори про постачання обладнання та інші договори можуть укладатися з іноземними компаніями, і сторони, можливо, побажають вибрати знайоме їм право, яке, наприклад, забезпечує належний гарантійний режим у випадку відмови обладнання або його невідповідності умовам договору. У свою чергу концесіонер, можливо, погодиться на застосування права приймаючої країни в відношенні договорів, укладених з місцевими клієнтами.

Внутрішнє спеціальне законодавство з питань проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, рідко містить положення, що стосуються вибору права, що регулює контракти, що укладаються концесіонером. Так, більшість країн не знайшли достатніх підстав для вжиття спеціальних положень, що стосуються права, що регулює контракти між концесіонером і його підрядниками, і вважали за краще, щоб цей питання вирішувалося шляхом включення в договори застереження про вибір права або в відповідно до застосовних норм приватного міжнародного права. Слід, однак, відзначити, що стосовно до свободи вибрати право, що застосовується до контрактів чи іншим юридичним взаєминам, у ряді правових систем передбачаються умови і обмеження відповідно до норм приватного міжнародного права або деякими нормами публічного права приймаючої країни. Наприклад, держави - учасники деяких угод про регіональної економічної інтеграції зобов'язалися вжити уніфіковані положення приватного міжнародного права, що регулюють, у тому числі, контракти між постачальниками загальнодоступних послуг та їх підрядниками. Хоча норми приватного міжнародного права часто допускають значну свободу вибору щодо права, що регулює комерційні контракти, ця свобода в ряді країн обмежується стосовно контрактів і юридичним взаєминам, що не кваліфікуються як комерційні, наприклад, стосовно до деяких контракти, що укладаються публічними органами приймаючої країни (наприклад, в тому, що стосується гарантій і запевнень з боку уряду або зобов'язань про придбання електроенергії та постачання палива з боку публічного органу), або до контрактів зі споживачами.

У деяких випадках у внутрішнє законодавство в порядку уточнення включалися положення про те, що контракти, які укладаються концесіонером і його підрядниками, регулюються приватним правом і що підрядники не є агентами організації-замовника. Подібні положення у ряді країн можуть мати певні практичні наслідки, такі як відсутність у організації-замовника субсидіарної відповідальності за дії субпідрядників або відсутність у відповідного публічного підприємства обов'язки виплатити працівникам субпідрядників компенсацію за пов'язані з трудовою діяльністю захворювання, травми або смерть.

2. Відповідальність щодо користувачів і третіх сторін

Дефекти в конструкції або неналежна експлуатація об'єкту інфраструктури можуть призвести до загибелі або травмування персоналу концесіонера, користувачів об'єкта або інших третіх сторін або ж до заподіяння шкоди їх майну. Питання, пов'язані з відшкодуванням шкоди третім сторонам в подібних випадках, є складними і можуть підпорядковуватися нормам права, застосовного до проектного угодою і регулює питання відповідальності з договору, а застосовним юридичним нормам, регулюючим питання позадоговірної відповідальності, причому такі норми часто носять імперативний характер. Крім того, в деяких правових системах є спеціальні імперативні норми, які регулюють питання позадоговірної відповідальності публічних органів і які можуть поширюватися на організацію-замовника. Більше того, проектну угоду не може обмежувати відповідальність концесіонера або організації-замовника стосовно до компенсації третім сторонам, які не є сторонами проектного угоди. У силу цього організації-замовнику і концесіонеру доцільно передбачити внутрішній порядок розподілу ризиків між ними в відношенні компенсації, яка повинна виплачуватися третім сторонам в наслідок смерті, травми або шкоди майну, в тій

мірі, в якій таке розподіл не регулюється імперативними нормами. Сторонам також доцільно передбачити страхове покриття таких ризиків.

Якщо третій стороні нанесена травма або заподіяно шкоду її майну в результаті спорудження або експлуатації об'єкта і якщо вона ставить вимогу організації-замовнику, законодавство може передбачати, що будь-яка відповідальність у цьому зв'язку повинна лежати тільки на концесіонера і що організація-замовник не повинна нести будь-якої відповідальності щодо таких вимог третіх сторін, за винятком випадків, коли збитки була заподіяна у результаті серйозного порушення зобов'язань організацією-замовником або її недбалості. Зокрема, було б, можливо, корисно передбачити, що акт схвалення проектно-конструкторського рішення об'єкта або його специфікацій організацією-замовником або акт приймання спорудженого об'єкта або остаточного дозволу на його експлуатацію або використання населенням сам по собі не тягне прийняття на себе організацією-замовником будь-якої відповідальності за шкоду, заподіяну користувачам об'єкта або іншим третім сторонам в результаті спорудження або експлуатації об'єкта або недоліків затвердженого проектно-конструкторського рішення або специфікацій. Крім того, оскільки відповідно до застосовного права положення про розподіл відповідальності можуть не мати позовної сили відносно третіх сторін, буде, можливо, доцільно передбачити в проектній угоді, що організація-замовник повинна бути захищена і звільнена від відповідальності в тому, що стосується вимог про компенсацію, заявлених третіми сторонами, яким були нанесені травми або власності яких було заподіяно шкоду в результаті спорудження або експлуатації об'єкта інфраструктури.

У проектній угоді слід також передбачити, що сторони повинні інформувати один одного про будь-які вимоги або процесуальні дії або про будь-які очікувані вимоги або процесуальні дії в їх відношенні, стосовно до яких організація-замовник має право на звільнення від відповідальності, і повинні надавати один одному розумну допомогу в захисті від таких вимог або процесуальних дій у тій мірі, в якій це допускається законом країни, де збуджуються такі дії.

3. Гарантії виконання і страхування

Зобов'язання концесіонера звичайно підкріплюються Недоставлені тих чи інших гарантій виконання на випадок порушення зобов'язань і забезпеченням страхового покриття ряду ризиків. У деяких країнах закон зазвичай вимагає надання концесіонером належних гарантій виконання, а питання про детальній регламентації цієї вимоги залишається на врегулювання в проектних угодах. В інших країнах законодавство містить більш детальні положення, наприклад, що вимагають надання певних гарантій у розмірі вказаної процентної частки базових інвестицій.

а) Види, функції і характер гарантій виконання

Як правило, існують два види гарантій виконання. Відповідно до першого увазі - грошової гарантії виконання - гарант зобов'язується виплатити організації-замовнику грошові кошти в межах заздалегідь обумовленої суми для покриття фінансової відповідальності концесіонера у разі невиконання з боку останнього. Грошові гарантії виконання можуть мати форму договірної гарантії, резервного акредитива або гарантії на вимогу. Згідно з другим видом гарантій - зобов'язанням щодо забезпечення виконання - гарант вибирає один з двох наступних варіантів: а) самостійно виправити будівельні дефекти або закінчити незавершене будівництво; або б) залучити іншого підрядника для виправлення дефектів або закінчення незавершеного будівництва та виплатити організації-замовнику компенсацію за збитки, завдані невиконанням. У вартісному вираженні таке зобов'язання обмежено обумовленою сумою або певною часткою вартості контракту. Відповідно до зобов'язання щодо забезпечення виконання гарант часто залишає за собою можливість виконати своє зобов'язання тільки шляхом виплати організації-замовнику відповідної грошової суми.

Гарантії виконання, як правило, надаються спеціалізуються на гарантіях установами, такими, як гарантійні та страхові компанії. Особливим видом гарантії виконання є гарантія обслуговування, яка захищає організацію-замовника від можливих майбутніх збоїв, які можуть відбутися в період пуску або експлуатації об'єкта, і служить гарантією того, що будь-які ремонтні роботи або роботи з матеріально-технічного обслуговування протягом гарантійного періоду після завершення будівництва об'єкта будуть здійснені концесіонером.

Що стосується їх характеру, то гарантії виконання в цілому можуть бути розділені на незалежні гарантії і акцесорні гарантії. Гарантія вважається "Незалежною", якщо зобов'язання гаранта не пов'язане із зобов'язаннями концесіонера по проектному угодою. Відповідно до незалежної гарантією (яка часто називається гарантією на першу вимогу) або резервним акредитивом, гарант або емітент зобов'язаний здійснити платіж на вимогу бенефіціара, і останній має право на його отримання, якщо він представить документ або документи, зазначені в умовах такої гарантії або резервного акредитива. Такий документ може мати вигляд простої заяви бенефіціара про те, що підрядник не виконав свої зобов'язання за контрактом. Гарант або емітент не має право утримувати платіж з тієї причини, що насправді ніякого невиконання зобов'язань за основним договором не мало місця; в той же час, відповідно до правом, застосованим до гарантійного документом, в платежі у виняткових випадках при вузько певних умовах може бути відмовлено або він може бути затриманий (наприклад, коли вимога бенефіціара носить явно шахрайський характер). На відміну від цього гарантія є акцесорних, якщо зобов'язання гаранта передбачає не тільки просте вивчення документарного вимоги платежу, але і можливу оцінку доказів відповідальності підрядника за невиконання контракту на виробництво робіт. Характер цієї зв'язки в різних ґрунтах може варіюватися і включати необхідність доведення відповідальності підрядника в арбітражному порядку. За своєю суттю зобов'язання щодо забезпечення виконання носить акцесорних характер по відношенню до основного контракту.

б) Переваги та недоліки різних видів гарантії виконання

З точки зору організації-замовника грошові гарантії виконання можуть бути особливо корисними для покриття додаткових витрат, які вона може понести в результаті затримки виконання або порушення зобов'язань концесіонером. Грошові гарантії виконання можуть також служити інструментом чинення тиску на концесіонера для забезпечення своєчасного завершення будівництва і виконання інших взятих ним на себе зобов'язань відповідно до умов проектної угоди. Однак сума таких гарантій, як правило, становить лише частину економічної вартості гарантованого зобов'язання і зазвичай є недостатньою для покриття витрат по залученню третьої сторони до виконання робіт замість концесіонера або його підрядників.

З точки зору організації-замовника, гарантія на першу вимогу має ту перевагу, що вона забезпечує швидке відшкодування коштів за гарантії без подання доказів невиконання з боку підрядника або розміру збитків бенефіціара. Крім того, гарантії надають грошові гарантії виконання, особливо банки, воліють гарантії на першу вимогу, оскільки в них чітко зазначені умови, за яких виникає їх відповідальність щодо здійснення платежу, і завдяки цьому гарантії не беруть участь у суперечках між організацією-замовником та концесіонером з питання про те, чи мало місце невиконання по проектному угодою. Ще одна перевага видачі банком гарантії на першу вимогу пов'язано з можливістю швидкого та ефективного відшкодування сум, виплачених з цієї гарантії, завдяки наявності прямого доступу до активів концесіонера.

Недолік гарантії на першу вимогу або резервного акредитива з точки зору організації-замовника полягає в тому, що ці інструменти можуть збільшити загальні витрати по проекту, оскільки концесіонер зазвичай змушений відшукувати і резервувати великі суми для

контргарантії в користь установ, що видають гарантії на першу вимогу або резервні акредитиви. Крім того, концесіонер, який надає таку гарантію, може побажати застрахуватися від ризику, пов'язаного з виплатою організації-замовнику відшкодування по гарантії або резервним акредитивом, коли на ділі ніякого порушення з боку концесіонера не було, і вартість такого страхування включається до витрат за проектом. Концесіонер може також включити до витрат за проектом потенційні витрати у зв'язку з будь-яким позовом, який може знадобитися порушити відносно організації-замовника для повернення необгрунтовано затребуваною з нього суми.

Недолік гарантії на першу вимогу або резервного акредитива з погляду концесіонера полягає в тому, що, при отриманні організацією-замовником відшкодування у разі, коли невиконання з боку концесіонера не було, останній може понести негайні збитки, якщо гарант або емітент акредитива стягне належне йому відшкодування з активів концесіонера після здійснення платежу організації-замовнику. Концесіонер може також зіткнутися з труднощами і затримками у зв'язку з відшкодуванням організацією-замовником необгрунтовано затребуваною суми.

Умови акцесорних гарантії, як правило, вимагають від бенефіціара довести факт невиконання зобов'язань підрядником і розміри збитків, понесених бенефіціаром. Крім того, заперечення, наявні у боржника, якому пред'явлено вимогу з невиконання зобов'язань, є й у гаранта. Відповідно, існує ризик того, що організація-замовник, яка заявляє вимога по гарантії, буде втягнута в тривалу суперечку. На практиці такий ризик може бути скорочений, наприклад, якщо пред'явлення вимог за умовами гарантії буде регулюватися процедурою, аналогічною тієї, яка передбачається у статті 7 Уніфікованих правил для договірних гарантії, розроблених Міжнародною торговельною палатою. Стаття 7 Уніфікованих правил передбачає, що незалежно від спору між принципалом і бенефіціаром щодо виконання договору або будь-якого договірною зобов'язання, для цілей платежу за вимогою по договірній гарантії факт невиконання вважається встановленим з видачі сертифіката невиконання третьою стороною (якої, без будь-яких обмежень, може бути незалежний архітектор, чи інженер, або рефері), якщо це передбачено гарантією, і по врученні такого сертифіката або його завіреної копії гаранту. При використанні такої процедури організація-замовник може мати право на отримання платежу в разі настання зазначеного в договірній гарантії події, навіть незважаючи на те, що її право на такий платіж оспорується концесіонером.

Унаслідок менш високого ризику для гаранта грошовий межа відповідальності гаранта може бути значно вище, ніж при гарантії на першу вимогу, і тим самим гарантія буде охоплювати набагато значнішу частина робіт по проектному угодою. Зобов'язання щодо забезпечення виконання може також мати переваги в тому випадку, якщо організація-замовник не може сама ефективно організувати усунення дефектів або завершення будівництва та змушена звернутися для цього за допомогою до третьої стороні. Однак якщо будівництво пов'язане з використанням технології, відомою лише концесіонеру, усунення дефектів або завершення робіт третьою стороною може виявитися неможливим, і в цьому випадку зобов'язання щодо забезпечення виконання може не мати вищевказаного переваги в порівнянні з грошовою гарантією виконання. З погляду концесіонера, перевага акцесорних гарантії полягає в тому, що вони не знижують можливості концесіонера із запозичення, оскільки ці гарантії, на відміну від гарантії на першу вимогу і резервних акредитивів, що не впливають на кредитну лінію концесіонера у кредиторів.

На основі вищевикладених міркувань можна зробити висновок про те, що різні зобов'язання, прийняті на себе концесіонером, можуть ефективно забезпечуватися різними видами гарантії. Хоча доцільно зажадати від концесіонера надання належних гарантії виконання зобов'язань, бажано залишити на розсуд сторін вирішення питання про тому, якою мірою і які гарантії повинні надаватися відносно різних зобов'язань, прийнятих на себе

концесіонером, а не передбачати в законодавстві лише одну форму гарантій, виключивши інші. Слід відзначити, що проектної компанії самої потрібно ряд гарантій виконання з боку своїх підрядників і що додаткові гарантії в користь організації-замовника, як правило, ведуть до збільшення загальної вартості проекту і ускладнюють його. У деяких країнах для національних організацій-замовників складені практичні керівництва, в яких їм рекомендується ретельно розглянути питання про те, чи потрібні такі гарантії і за яких умов вони необхідні, які конкретні ризики або збитки вони повинні покривати і який вид гарантій найкраще підходить в тому чи іншому конкретному випадку. Здатність проектної компанії залучати фінансові засоби для проекту може бути поставлена під загрозу, якщо вимоги щодо гарантій будуть надмірно високими.

с) Термін дії гарантій

Одна з особливих проблем, що стосуються проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, пов'язана з терміном дії гарантій. Організація-замовник може бути зацікавлена в отриманні гарантій виконання, що діють протягом усього терміну здійснення проекту і охоплюють як етап будівництва, так і етап експлуатації. Однак з урахуванням довгострокового характеру проектів у галузі інфраструктури і труднощі оцінки різних потенційних ризиків, гаранту може виявитися складно видати гарантію виконання на весь строк здійснення проекту або перестрахувати свої зобов'язання по гарантії виконання. На практиці ця проблема ускладнюється застереженнями, що передбачають, що непоновлення гарантій виконання є підставою для вимоги по гарантії, і тим самим видача дозволу проектної компанії представляти гарантії виконання на більш короткі терміни може виявитися не найкращим рішенням. Одне з можливих рішень, до якого вдаються в деяких країнах, полягає у вимозі забезпечити окремі гарантії для етапу будівництва і етапу експлуатації, що дає можливість краще оцінити ризики і перспективи перестрахування. Така система може підкріплюватися чітким визначенням ризику, страхованого на етапі експлуатації, що дозволяє краще оцінити ризики і скоротити загальну суму гарантій. Інша можливість, яка може бути розглянута організацією-замовником, полягає в тому, щоб вимагати подання гарантій виконання на час конкретних критичних періодів, а не на весь строк здійснення проекту. Наприклад, можна зажадати гарантію на етап будівництва, яка діяла б протягом відповідного періоду часу після завершення об'єкта та покривала б ті приховані дефекти, які можуть бути виявлені згодом. Потім таку гарантію могла б замінити гарантія виконання на відповідний певний термін експлуатації, з тим щоб проектна компанія могла продемонструвати свою здатність вести експлуатацію об'єкта відповідно до передбаченими стандартами. Якщо робота проектної компанії отримує задовільну оцінку, вимога гарантій може бути скасовано на залишок терміну експлуатації до обумовленого моменту перед завершенням терміну дії концесії, коли від проектної компанії може знадобитися представлення нової гарантій для забезпечення її зобов'язань у зв'язку з передачею активів та іншими відповідними заходами по завершенню проекту в установленому порядку.

d) Механізми страхування

Механізми страхування, використовувані у зв'язку з проектами в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, як правило, змінюються залежно від етапів, до яких вони застосовуються, причому на конкретних етапах здійснення проекту отримуються тільки певні види страхування. Деякі види страхування, такі як страхування від призупинення комерційної діяльності, можуть придбаватися концесіонером його власних інтересах, інші ж - відповідно до вимог законодавства приймаючої країни. До останніх видів страхування часто відноситься страхування від заподіяння шкоди об'єкту, страхування цивільної відповідальності, страхування компенсаційних виплат робітникам, страхування на випадок забруднення та спричинення шкоди довкіллю.

Обов'язкові страхові поліси, передбачені законодавством приймаючої країни, часто доводиться купувати у місцевої страхової компанії або іншої установи, якому дозволено вести операції у відповідній країні, що в деяких випадках може бути пов'язане з рядом практичних труднощів. У деяких країнах зазвичай пропонуване покриття може виявитися більш обмеженим, ніж стандартне покриття, яке може бути придбана на міжнародному ринку, у зв'язку з чим концесіонер може залишитися незастрахованим від ряду ризиків, які можуть перевищити його можливості по самострахуванню. Цей ризик є особливо серйозним у разі страхування збитку навколишньому середовищу. У деяких країнах можуть також виникати труднощі через обмеженість можливостей місцевих страховиків з перестраховування ризиків на міжнародних ринках страхування і перестраховування. У силу цього проектна компанія деколи потребує придбання додаткових страхових послуг за кордоном, що збільшує загальні витрати по фінансуванню проекту.

4. Зміна умов

Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, зазвичай розраховані на тривалий термін, протягом якого багато обставин, стосуються проекту, можуть змінитися. Наслідки багатьох змін можуть бути заздалегідь врегульовані в проектному угоді або з допомогою фінансових механізмів, таких, як тарифна структура, що включає положення про індексацію, або шляхом взяття на себе однієї зі сторін, безпосередньо або шляхом виключення, певних ризиків (наприклад, якщо ціна на паливо або електроенергію не врахована в механізмах індексації, то ризик більш високих, ніж передбачалося, цін лягає на концесіонера). Однак існують зміни, які важко передбачити в механізмі автоматичного коректування або які сторони можуть віддати перевагу виключити зі сфери дії такого механізму. З точки зору законодавства, особливої уваги заслуговують дві окремі категорії змін: законодавчі або нормативні зміни і непередбачені зміни економічних умов.

а) Законодавчі або нормативні зміни

Враховуючи довгостроковий характер проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, концесіонер може зіткнутися з додатковими витратами при виконанні своїх зобов'язань по проектному угодою в результаті майбутніх непередбачених змін до законодавства, яке регламентує його діяльність. В екстремальних випадках законодавство може навіть унеможливити здійснення проекту концесіонером з фінансовою або матеріальною точки зору. З метою належного вирішення проблеми змін у законодавстві може виявитися корисним провести розмежування між законодавчими змінами, конкретно стосуються проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, або одного конкретного проекту, з одного боку, і законодавчими змінами загального характеру, які впливають не тільки на експлуатацію інфраструктури, а й на інші види економічної діяльності, з іншого боку.

Зміни в законодавстві зачіпають всі комерційні організації, будь то в приватному або державному секторі, і зазвичай їм доводиться вирішувати питання, пов'язані з наслідками таких змін для ведення ділових операцій, включаючи вплив змін на ціни і попит на їхню продукцію. У числі можливих прикладів можна згадати наступне: зміни податкових знижок у зв'язку з капітальними витратами, які застосовуються до всіх видів активів, незалежно від того, чи належать вони державному або приватному сектору і пов'язані вони з проектами в області інфраструктури; положення, що стосуються охорони здоров'я та безпеки будівельних робітників у рамках всіх будівельних проектів, а не тільки проектів в області інфраструктури; а також зміни в положеннях, що стосуються утилізації небезпечних речовин. Загальні зміни в законодавстві можуть розглядатися як звичайні комерційні ризики, а не як ризики, безпосередньо пов'язані з діяльністю концесіонера, і уряду може виявитися складно забезпечити захист операторів інфраструктури від економічних і фінансових наслідків змін у

законодавстві, які рівною мірою стосуються і всі інші комерційні організації. Таким чином, може не бути підстав для того, щоб концесіонер не відчував на собі наслідків загальних законодавчих ризиків, включаючи ризик збільшення витрат в результаті змін у законах, що відносяться до всьому комерційному сектору.

Тим не менш важливо враховувати можливу обмеженість здатності концесіонера реагувати на зростання витрат, який є наслідком загальних законодавчих змін, або абсорбувати ці збільшені витрати. На діяльність операторів інфраструктури часто поширюються стандарти обслуговування і механізми контролю над тарифами, що ускладнює їх можливість реагувати на зміни законів таким же чином, як і інші приватні компанії (наприклад, шляхом підвищення тарифів або скорочення послуг). Якщо механізми контролю над тарифами передбачені в проектній угоді, то концесіонер буде намагатися отримати в організації-замовника або регулювального установи, залежно від обставин, запевнення у відносно того, що йому буде дозволено відшкодувати додаткові витрати, викликані змінами в законодавстві, шляхом збільшення тарифів. Якщо такі запевнення не можуть бути дані, доцільно наділити організацію-замовника повноваженнями домовлятися з концесіонером про компенсацію, на яку концесіонер може бути вправі розраховувати в тому випадку, якщо заходи контролю над тарифами не дозволяють повністю відшкодувати додаткові витрати, викликані загальними законодавчими змінами.

Інша ситуація виникає в тому випадку, коли концесіонер стикається з зростанням витрат в результаті законодавчих змін спеціального характеру, стосуються конкретного проекту, або класу аналогічних проектів, або ж в цілому проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. Такі зміни не можна розглядати як звичайний комерційний ризик, і вони можуть істотно змінити економічні та фінансові припущення, на основі яких було укладено проектної угоду. Таким чином, організація-замовник часто погоджується взяти на себе додаткові витрати, що є наслідком спеціальних законодавчих змін, стосуються конкретного проекту, або класу аналогічних проектів, або ж у цілому проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. Наприклад, в рамках проектів прокладання автомагістралей закон, що стосується конкретного проекту або дорожньо-експлуатаційної компанії, або ж відповідного класу проектів автодоріг, експлуатованих приватним сектором, може спричинити за собою коригування тарифів згідно з відповідними положенням проектної угоди.

б) Зміни економічних умов

У деяких правових системах діють правила, які допускають можливість перегляду положень проектної угоди у разі зміни економічних або фінансових умов, яке, хоч і не створює перешкод виконанню зобов'язань концесіонера за контрактом, істотно ускладнює їх виконання в порівнянні з тим, що передбачалося спочатку в той момент, коли концесіонер брав на себе ці зобов'язання. В деяких правових системах можливість перегляду умов угоди зазвичай мається на увазі у всіх урядових контрактах або конкретно обмовляється у відповідному законодавстві.

Переговори з фінансових та економічних умов для здійснення інвестицій концесіонером ведуться на основі припущень, що виходять з обставин, що існують у момент переговорів, і розумних очікувань сторін у відношенні того, як розвиватимуться ці обставини в період здійснення проекту. Певною мірою прогнози щодо економічних і фінансових параметрів і, іноді, навіть певні маргінальні значення ризиків будуть, як правило, включатися в фінансові пропозиції, підготовлені учасниками процедур. У той же час можуть відбутися деякі події, настання яких сторони не могли розумно очікувати в момент переговорів щодо проектної угодою і які, якби вони були враховані, призвели б до іншого розподілу ризиків або встановленню іншої норми винагороди на інвестиції концесіонера. Враховуючи довгостроковий характер проектів в області інфраструктури, важливо розробити механізми,

які регулювали б фінансові та економічні наслідки таких подій. У ряді країн застосовуються правила про перегляд умов, які допомагають сторонам в пошуку справедливих рішень для збереження економічної та фінансової життєздатності проектів у галузі інфраструктури і запобігають невиконання з боку концесіонера, яке призвело б до краху проекту. Однак правила про перегляд можуть мати і ряд недоліків, особливо з точки зору уряду.

Як і у випадку загальних законодавчих змін, зміни економічних умов являють собою ризик, з яким стикається більшість комерційних організацій, що не мають можливості скористатися будь-якої спільної гарантією уряду, яка могла б захистити їх від економічних і фінансових наслідків цих змін. Безумовне зобов'язання організації-замовника виплатити концесіонеру компенсацію у зв'язку із змінами економічних умов може призвести до перенесення на публічний сектор істотної частки комерційних ризиків, спочатку покладалися на концесіонера, і являє собою прийняття на себе відкритої фінансової відповідальності. Крім того, слід зазначити, що пропонований рівень тарифів і основні елементи розподілу ризиків є важливими, якщо не визначальними, факторами при виборі концесіонера. Надмірно пільгове застосування процедури перегляду умов проекту може привести до пропозиції в ході процесу відбору нереалістично низьких тарифів у розрахунку на їх підвищення після видачі підяду на проект. Таким чином, організація-замовник може бути зацікавлена у встановленні розумних меж, в яких законодавчі положення або положення договорів можуть допускати перегляд проектної угоди через зміну економічних умов.

Може виявитися доцільним передбачити в проектній угоді, що зміна обставин, що виправдує перегляд умов проектної угоди, має бути поза сферою контролю концесіонера і що його характер повинен бути таким, що концесіонер не міг розумно його передбачити в момент укладення проектної угоди або уникнути і подолати її наслідки. Наприклад, не можна очікувати, що компанія, яка здійснює експлуатацію платної автомобільної дороги на підставі виключної концесії, буде враховувати можливість і нести ризик зниження інтенсивності дорожнього руху через подальше введення в експлуатацію альтернативної безкоштовної дороги якою-небудь організацією, яка не є організацією-замовником. Однак, як правило, очікуватиметься, що концесіонер повинен врахувати можливість розумного збільшення вартості робочої сили протягом терміну здійснення проекту. Таким чином, при звичайних умовах той факт, що заробітна плата виявилася вищою, ніж це спочатку передбачалося, що не буде вважатися достатньою підставою для перегляду проектної угоди.

Крім того, можливо, буде бажано передбачити в проектній угоді, що для подання прохання про перегляд проектної угоди необхідно, щоб вартісне вплив нібито відбувалися змін економічних і фінансових умов було виражено певної мінімальної процентною часткою від загальних витрат за проектом або надходжень концесіонера. Таке правило може допомогти уникнути проведення важких переговорів про коригування у випадку невеликих змін до тих пір, поки сукупне вплив змін не складе досить істотної величини. У деяких країнах діють правила, що передбачають встановлення максимальної межі для сукупного числа періодичних переглядів проектної угоди. Мета таких правил полягає в тому, щоб не допустити зловживання механізмом змін як засобом забезпечення загального фінансового балансу, що не має нічого спільного з тим, який передбачати в первісному проектній угоді. Однак, з точки зору концесіонера і кредиторів, такі обмеження можуть являти собою істотний ризик у випадку, наприклад, швидкого зростання витрат у результаті вкрай різкої зміни обставин. Тому слід ретельно зважити питання про доцільність введення такого максимальної межі, а також про його визначенні в кількісному вираженні.

5. Перешкоди, що звільняють від відповідальності

В ході здійснення проекту в області інфраструктури можуть відбутися події, які перешкоджають виконанню однієї зі сторін своїх договірних зобов'язань. Події, що створюють такі перешкоди, як правило, не піддаються контролю кожної зі сторін і можуть бути фізичним

явищем, таким, як стихійне лихо, або результатом діяльності людини, таким, як війни, повстання або терористичні акції. У правових системах багатьох країн в цілому визнається, що сторона, що не виконує свої договірні зобов'язання в силу певних подій, може звільнитися від наслідків будь-якого такого невиконання.

а) Визначення перешкод, які звільняють від відповідальності

До числа перешкод, які звільняють від відповідальності, як правило, відносяться події, які не піддаються контролю кожної зі сторін, які перешкоджають цій стороні виконати свої зобов'язання і які ця сторона не в змозі подолати за рахунок прояву належної обачності. Прикладами таких подій зазвичай є стихійні лиха (наприклад, циклони, повені, посухи, землетруси, бурі, пожежі або удари блискавок); війна (оголошена чи неоголошена) або інша військова діяльність, включаючи повстання і громадянські безладдя; аварії або саботаж об'єктів, терористичні акти, злочинного завдання шкоди або загрози таких акцій; радіоактивного або хімічного зараження або іонізуюча радіація; наслідки природних явищ, включаючи геологічні умови, які неможливо було передбачити або запобігти; особливо великі страйки робочої сили.

У деяких законах робиться лише загальне посилання на перешкоди, що звільняють від відповідальності, в той час як в інших міститься докладний перелік обставин, які звільняють сторони від виконання зобов'язань по проектному угодою. Останній метод може служити меті забезпечення однакового підходу до вирішення цього питання у всіх проектах, розроблених згідно з відповідним законодавством, що допомагає уникати ситуацій, при яких для будь-якого концесіонера розподіл ризиків є більш сприятливим, ніж те, яке передбачено в інших проектних угодах. Однак важливо розглянути можливі недоліки включення до законодавчих або нормативні положення переліку подій, які повинні розглядатися як перешкоди, що звільняють від відповідальності у всіх випадках. Існує ризик того, що цей перелік може виявитися неповним і не охопити важливі перешкоди. Крім того, в певний пору року деякі стихійні лиха, такі, як бурі, циклони й повені, можуть бути цілком звичайним явищем у місці здійснення проекту. Самі по собі ці стихійні лиха можуть являти собою ризики, які будь-який постачальник загальнодоступних послуг, діючий у відповідному регіоні, повинен заздалегідь передбачити.

Другий аспект, який потребує ретельного розгляду, полягає в те, чи можуть ті чи інші дії інших публічних органів, крім організації-замовника, являти собою перешкоди, що звільняють від відповідальності, і якщо так, то в якій мірі. Від концесіонера може знадобитися отримати ліцензію чи інше офіційне дозвіл на виконання деяких з його зобов'язань. Таким чином, проектна угода може передбачати, що якщо у видачі ліцензії або дозволу буде відмовлено або якщо вони будуть видані, але потім відкликані через те, що концесіонер не відповідає певним критеріям для видачі ліцензії або дозволу, то концесіонер не може посилатися на відмову в якості перешкоди, що звільняє від відповідальності. Однак якщо у видачі ліцензії або дозволу буде відмовлено або якщо вони будуть відкликані за стороннім або необґрунтованим причин, то буде справедливо передбачити, що концесіонер може посилатися на відмову в якості перешкоди, що звільняє від відповідальності. Іншим можливим підставою для звільнення може служити призупинення проекту, вироблене яким-небудь публічним органом або іншим урядовим установою, крім організації-замовника, наприклад, внаслідок змін урядових планів і політики, які вимагають призупинення або серйозного перегляду проекту, що істотно впливає на початкові плани. У таких випадках буде, можливо, важливо розглянути інституційну взаємозв'язок між організацією-замовником і публічним органом, в результаті дій якого створено перешкоду, а також ступінь їх незалежності один від одного. Подія, що кваліфікується як перешкода, звільняє від відповідальності, може в деяких випадках представляти собою пряме порушення проектної угоди організацією-замовником у Залежно від того, чи могла організація-замовник

здійснювати розумний контроль за діями іншого публічного органу або зробити на них вплив.

в) Наслідки для сторін

На стадії будівництва виникнення обставин, які звільняють від відповідальності, як правило, виправдовує продовження термінів, відведених для завершення об'єкта. У цьому зв'язку важливо вивчити наслідки будь-якого такого продовження для загальної тривалості проекту, зокрема в тих випадках, коли етап будівництва враховується при розрахунку загальної тривалості терміну концесії. Затримки в завершенні будівництва об'єкта скорочують тривалість експлуатаційного періоду і можуть негативно позначитися на загальному кошторисі надходжень концесіонера і кредиторів. Тому може виявитися доцільним розглянути питання про те, за яких обставин продовження терміну концесії може бути виправданим, з тим щоб врахувати можливі затримки, які виникають на етапі будівництва. Нарешті, бажано передбачити, що, якщо відповідне обставина носить постійний характер, сторони можуть припинити проектну угоду.

Інше важливе питання полягає в тому, чи буде концесіонер мати право на компенсацію у разі втрати доходів або заподіянні шкоди майну в результаті виникнення перешкод, які звільняють від відповідальності. Відповідь на це питання обумовлюється розподілом ризиків, передбаченим в проектній угоді. За винятком випадків, коли уряд надає пряму підтримку в тій чи іншій формі, проекти в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, як правило, здійснюються концесіонером на свій страх і ризик, включаючи ризик збитків, які можуть бути наслідком стихійних лих та інших перешкод, які звільняють від відповідальності, і щодо яких концесіонеру зазвичай потрібно придбати належне страхове покриття. Таким чином, деякі закони прямо виключають будь-яку форму компенсації концесіонеру у разі збитків або шкоди, які є наслідком виникнення перешкод, які звільняють від відповідальності. Однак це не обов'язково має на увазі, що ті чи інші події, що кваліфікуються як перешкоди, що звільняють від відповідальності, не можуть в той же час служити підставою для перегляду умов проектної угоди з метою відновлення його економічної та фінансової збалансованості.

Разом з тим для проектів, пов'язаних зі спорудженням об'єктів, які перебувають у постійній власності організації-замовника або мають бути передані їй по завершенні терміну проекту, іноді передбачається інше розподіл ризиків. У деяких країнах організація-замовник має право укладати домовленості про надання концесіонеру допомоги в ремонті або реконструкції об'єктів інфраструктури, які постраждали внаслідок стихійних лих або аналогічних подій, зазначених у проектній угоді, за умови, що можливість такої допомоги передбачалася в запиті пропозицій. Іноді організація-замовник має право погодитися виплатити компенсацію концесіонеру у разі призупинення робіт на більш ніж певне число днів у межах якого-небудь максимального терміну, якщо це призупинення викликано подією, подією не з вини концесіонера.

Якщо концесіонер виявляється не в змозі виконувати свої зобов'язання через будь-якого такого перешкоди і якщо сторонам не вдається добитися прийняттого перегляду умов контракту, згідно з деякими національними законами концесіонеру надається право припинити проектну угоду без шкоди для тієї компенсації, яка може належати за таких обставин.

Законодавчі та договірні положення, що стосуються обставин, звільняють від відповідальності, також необхідно розглядати у світлі інших правил, що регулюють надання відповідних послуг. В деяких правових системах закон вимагає, щоб постачальники загальнодоступних послуг докладали всіх зусиль для продовження надання послуг, незважаючи на виникнення обставин, визначених у якості перешкод, які звільняють від відповідальності за договором. У цих випадках доцільно визначити, якою мірою таке

зобов'язання може, виходячи з розумних міркувань, накладатися на концесіонера і яка компенсація може належати за додаткові витрати і труднощі, з якими він стикається.

6. Порухення зобов'язань та засоби правового захисту

В цілому, існує широкий набір засобів правового захисту – аж до припинення проектної угоди, - які, за погодженням сторін, можуть застосовуватися для врегулювання наслідків порушення зобов'язань. У нижченаведених пунктах розглядаються загальні міркування, що стосуються випадків порушення зобов'язань і засобів правового захисту, наявних у будь-якій з сторін. У них розглядаються законодавчі наслідки застосування деяких засобів правового захисту, які спрямовані на усунення причин порушення і забезпечення безперервного здійснення проекту, зокрема заходів втручання організації-замовника або заміни концесіонера. Кінцевий засіб правового захисту у вигляді припинення проектної угоди і наслідки такого припинення розглядаються в інших розділах Керівництва.

а) Загальні міркування

До засобів правового захисту у разі порушення зобов'язань концесіонером, як правило, належать ті, які зазвичай використовуються в контрактах на будівництво або довгострокове надання послуг, такі, як утримання гарантій, договірні штрафи і заздалегідь оцінені збитки. У більшості випадків такі засоби правового захисту є типово договірними по своїм характером і у зв'язку з ними не виникає значних питань, що стосуються законодавства. Тим не менш важливо встановити належні процедури для посвідчення випадків невиконання зобов'язань і створення можливості для виправлення таких випадків. У деяких країнах для накладення договірних штрафів потрібно висновок офіційної інспекції та здійснення інших процедур, включаючи проведення старшими посадовими особами організації-замовника відповідної перевірки перед накладенням більш серйозних санкцій. Ці процедури можуть доповнюватися положеннями, які проводять розмежування між непідвладними і непідвладними виправленню дефектами і встановлюють відповідні процедури і засоби правового захисту. Як правило, доцільно передбачити, що концесіонеру має представлятися повідомлення з вимогою виправити те чи інше порушення в належний термін. Крім того, можливо, доцільно передбачити виплату концесіонером штрафів або заздалегідь оцінених збитків у разі невиконання ним основних зобов'язань і уточнити, що ніякі штрафи не застосовуються при порушеннях другорядних або допоміжних зобов'язань, стосовно до яких можуть бути використані інші засоби правового захисту згідно з національним законодавством. Крім того, система контролю за виконанням зобов'язань, що передбачає штрафи або заздалегідь оцінені збитки, може доповнюватися системою премій, виплачуваних концесіонеру за перевищення узгоджених умов.

У той час як організація-замовник може захистити себе від наслідків порушення зобов'язань концесіонером за допомогою ряду різних домовленостей, дотримання яких забезпечується в судовому порядку, на кошти правового захисту, наявні у концесіонера, відповідно до застосовного законодавством можуть накладатися деякі обмеження. Важливі обмеження можуть витікати з норм права, які визнають імунітет публічних органів від судових позовів і примусових заходів. Залежно від правової природи організації-замовника або інших публічних органів, які беруть на себе зобов'язання перед концесіонером, останній може бути позбавлений можливості прийняття примусових заходів для забезпечення виконання зобов'язань, взятих на себе цими публічними установами. У цій ситуації зростає важливість забезпечення механізмів для захисту концесіонера від наслідків порушення зобов'язань організацією-замовником, наприклад, за допомогою урядових гарантій, що охоплюють конкретні випадки порушень, або гарантій, надаваних третіми сторонами, такими, як багатосторонні кредитні установи.

б) Права організації-замовника на втручання

У законодавстві деяких країн прямо передбачається, що організація-замовник має право тимчасово брати на себе функції з експлуатації об'єкта, зазвичай у разі невиконання концесіонером його зобов'язань, зокрема, якщо на організації-замовника лежить за законом відповідальність за забезпечення ефективного надання відповідних послуг в будь-який час. У деяких правових системах така прерогатива розглядається як невід'ємна частина більшості урядових контрактів і вважається існуючою, навіть якщо про неї прямо не згадується в законодавстві або проектному угоді.

Слід зазначити, що право організації-замовника на вжиття заходів або "Втручання" є крайнім заходом. Приватні інвестори можуть побоюватися, що організація-замовник може використовувати це право або загрожувати його використанням з метою нав'язати свої бажання щодо порядку надання послуг або навіть встановити контроль над активами проекту. Тому доцільно якомога чіткіше визначити ті обставини, за яких може відбуватися втручання. Важливо обмежити право організації-замовника на втручання випадками серйозним збоїв у наданні послуг та не допускати такого втручання у випадках простий незадоволеності діяльністю концесіонера. У законі, можливо, було б корисно уточнити, що втручання організації-замовника у здійснення проекту носить тимчасовий характер і спрямоване на виправлення конкретної невідкладної проблеми, яку концесіонеру не вдалося вирішити самостійно. Після того, як надзвичайна ситуація буде виправлена, концесіонер повинен знову взяти на себе відповідальність за надання послуг.

Можливості втручання з боку організації-замовника можуть бути обмежені, оскільки іноді буває складно швидко знайти і вибрати субпідрядника для вжиття заходів, заради яких організація-замовник і має намір втрутитися в роботу концесіонера. Крім цього, існує небезпека того, що часті втручання можуть перекласти на організацію-замовника ті ризики, які, згідно з умовами проектної угоди, були покладені на концесіонера. Концесіонер не повинен покладатися на втручання організації-замовника для усунення того чи іншого конкретного ризику, а сам повинен вживати необхідних заходів, як це передбачено в проектному угоді.

У проектному угоді доцільно вказати, яка зі сторін несе витрати у зв'язку з втручанням організації-замовника. В більшості випадків, якщо втручання обумовлено невиконанням з вини концесіонера, то відповідальність за витрати, понесені організацією-замовником, повинен нести концесіонер. У деяких випадках для запобігання суперечок з приводу відповідальності та відповідного розміру витрат в угоді можна передбачити право організації-замовника вживати заходів для самостійного виправлення ситуації і стягувати фактичні витрати, понесені у зв'язку з таким втручанням (включаючи її власні адміністративні витрати), з концесіонера. Однак, якщо таке втручання відбувається після виникнення перешкод, які звільняють від відповідальності, сторони можуть домовитися про інше вирішенні залежно від того, на кого було покладено конкретний ризик в проектному угоді.

с) Права кредиторів на втручання

У ході здійснення проекту можуть виникнути ситуації, коли в разі порушення зобов'язань концесіонером або виникнення надзвичайної події поза сферою контролю концесіонера боку, тим не менш, будуть зацікавлені в тому, щоб уникнути припинення проекту шляхом передачі відповідальності за продовження здійснення проекту іншому концесіонеру. Кредитори, головним забезпеченням яких є надходження, одержувані від реалізації проекту, в першу чергу стурбовані ризиком призупинення або припинення проекту до погашення кредитів. У разі порушення зобов'язань концесіонером або виникнення перешкоди для його діяльності кредитори будуть зацікавлені в забезпеченні того, щоб роботи не залишилися незавершеними і щоб концесія приносила прибуток. Організація-замовник також може бути зацікавлена в тому, щоб проект міг бути продовжений новим концесіонером, в якості

альтернативи необхідності прийняти на себе відповідальність за реалізацію проекту і самостійно продовжити його здійснення.

Положення, які дозволяють кредиторам за згодою організації-замовника вибрати нового концесіонера для виконання зобов'язань за чинним проектному угодою, були включені в ряд недавніх угод, стосуються великих проектів у галузі інфраструктури. Такі положення, як правило, доповнюються прямим угодою між організацією-замовником і кредиторами, які надають фінансові кошти концесіонеру. Головна мета такої прямої угоди полягає в тому, щоб дати кредиторам можливість уникнути припинення проекту організацією-замовником у разі порушення зобов'язань концесіонером шляхом його заміни новим концесіонером, який продовжуватиме виконувати зобов'язання по проектному угодою замість концесіонера, допустив порушення. На відміну від права організації-замовника на втручання, яке пов'язане з конкретним, тимчасовим і екстраординарним збоєм у наданні послуг, права кредиторів на втручання передбачаються для тих випадків, коли ненадання послуг концесіонером носить неодноразовий характер і може бути розумно пораховано необоротним. Досвід країн, які останнім часом вдавалися до таких прямих угод, показує, що можливість перешкодити припиненню проекту і вибрати альтернативного концесіонера забезпечує кредиторам додаткові гарантії на випадок порушення зобов'язань концесіонером. У той же час це дає організації-замовнику можливість уникнути труднощів, пов'язаних з припиненням проектної угоди, і тим самим забезпечити безперервність надання послуг.

Проте в деяких країнах, в яких такі положення не передбачені в законодавчому порядку, їх застосування може бути пов'язане з труднощами. Нездатність концесіонера виконувати свої зобов'язання зазвичай служить підставою для передачі експлуатації об'єкта організації-замовнику або припинення угоди. Для вибору нового концесіонера замість концесіонера, який допустив порушення, організації-замовнику іноді необхідно використовувати ті ж процедури, які застосовувалися при виборі початкового концесіонера, і у організації-замовника може не матися можливості домовитися з кредиторами про залучення нового концесіонера, який не був обраний відповідно до цими процедурами. З іншого боку, навіть коли організація-замовник в надзвичайних ситуаціях має право вести переговори з новим концесіонером, може знадобитися укладення з ним нової проектної угоди і його можливості щодо прийняття на себе зобов'язань його попередника можуть бути обмеженими.

У зв'язку з цим може бути доцільно визнати в законодавстві право організації-замовника укладати угоди з кредиторами, що дозволяють їм призначати, за згодою організації-замовника, нового концесіонера для виконання зобов'язань за чинним проектному угодою, якщо концесіонер допускає серйозні порушення при наданні послуг, передбачених в проектному угоді, або у випадку інших обумовлених подій, які можуть бути підставою для припинення проектної угоди. В угоді між організацією-замовником і кредиторами впливає, в Зокрема, вказувати наступне: обставини, за яких кредиторам дозволяється призначати нового концесіонера; процедури заміни концесіонера; підстави для відхилення організацією-замовником пропонуваної заміни; і зобов'язання кредиторів щодо забезпечення послуг на тих же стандартах і на тих же умовах, які потрібні згідно проектному угодою.

V. Термін дії, продовження і припинення проектної угоди

A. Загальні зауваження

Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, в більшості випадків здійснюються протягом певного терміну, по закінченні якого відповідальність за експлуатацію об'єкта інфраструктури передається концесіонером організації-замовнику.

В. Термін дії проектної угоди

Законодавство деяких країн містить положення, що обмежують термін дії концесії в області інфраструктури певним числом років. У деяких випадках законодавство встановлює загальні обмеження щодо більшості проектів у галузі інфраструктури та спеціальні обмеження відносно проектів у конкретних секторах інфраструктури. У деяких країнах максимальна тривалість встановлена тільки відносно певних секторів інфраструктури.

Бажаний термін дії проектної угоди може залежати від цілого ряду факторів, наприклад від максимального терміну експлуатації об'єкта; ймовірного терміну, протягом якого буде зберігатися потреба у відповідній послугі; передбачуваного терміну корисної експлуатації активів, пов'язаних з проектом; ступеня змінності технології, необхідної для проекту; і терміну, необхідного концесіонеру для погашення своєї заборгованості і амортизації первісних інвестицій. У даному контексті поняття економічної "Амортизації" означає поступове списання вартості вкладених засобів проти одержуваних від проекту доходів при тому розумінні, що до закінчення терміну проекту залишкова вартість об'єкта буде повністю списана. З урахуванням труднощів, пов'язаних з встановленням єдиного законодавчого обмеження строку здійснення проектів у галузі інфраструктури, доцільно наділити організацію-замовника певними можливостями для прояву гнучкості при проведенні переговорів щодо такого строку, який у кожному конкретному випадку буде належним для відповідного проекту.

У деяких правових системах цей результат досягається за допомогою положень, які - без вказівки якого-небудь конкретного числа років - вимагають, щоб всі концесії обумовлювалися максимальним терміном. Іноді закон лише вказує, які елементи слід брати до уваги при визначенні тривалості концесії; до їх числа можуть ставитися, наприклад, характер і розмір інвестицій, необхідних від концесіонера, і звичайний термін амортизації відносно відповідних конкретних об'єктів і споруд. Деякі закони, що стосуються окремих проектів або секторів, передбачають комбіновану систему, в рамках якої потрібно, щоб проектне угода передбачала витікання концесії після закінчення певного строку або ж після повного погашення концесіонером своєї заборгованості та досягнення певного рівня надходжень, обсягу виробництва або користування в залежності від того, що настає раніше.

Разом з тим у тих випадках, коли вважається необхідним встановити законодавчі обмеження, максимальний термін повинен бути досить тривалим для того, щоб концесіонер міг повністю погасити свою заборгованість і отримати розумну прибуток. Крім того, можливо, було б корисним надати організації-замовнику право на узгодження у виняткових випадках більш тривалих термінів концесії з урахуванням обсягу інвестицій і необхідного для їх повернення терміну, а також за умови дотримання спеціальних процедур схвалення.

С. Продовження проектної угоди

У договірній практиці деяких країн організація-замовник і концесіонер можуть домовитися про одноразову або багаторазову продовження терміну концесії. Частіше, однак, внутрішнє законодавство дозволяє продовжувати проектну угоду лише за наявності виняткових обставин. У такому випадку після закінчення проектної угоди організація-замовник зобов'язана, як правило, почати процес відбору нового концесіонера, із застосуванням зазвичай тих же процедур, які використовувалися при виборі концесіонера, термін дії концесії якого закінчився.

У ряді країн визнано корисним вимагати проведення періодичних повторних процедур на отримання виняткових концесій замість вільного продовження таких концесій сторонами. Проведення періодичних процедур може дати концесіонеру сильний стимул до підвищення ефективності роботи. Період між видачею первісного підряду і першими (і

наступними) повторними процедурами повинен встановлюватися з урахуванням рівня інвестованих коштів та інших ризиків, яким піддається концесіонер. Наприклад, для концесій на збір твердих відходів, що не вимагають великих фіксованих інвестицій, періодичність може бути порівняно короткою (наприклад, від трьох до п'яти років), тоді як для концесій на енерго- або водопостачання бажано встановлювати більш тривалі терміни. У більшості країн проведення повторних процедур збігається із закінченням терміну проекту, однак в інших країнах концесія може видаватися на тривалий період (наприклад, на 99 років), з проведенням періодичних процедур (наприклад, кожні 10 або 15 років). У разі останнього механізму, прийнятого в декількох країнах, перші повторні процедури проводяться до того, як концесіонер повністю окупив свої інвестиції. Для стимулювання чинного оператора в законодавстві деяких країн передбачається, що концесіонеру може бути віддано перевагу перед іншими учасниками процедур при видачі наступних концесій на аналогічну діяльність. Разом з тим концесіонер може володіти правом на компенсацію, якщо він не виграє черговий раунд процедур, і в цьому випадку всі надходження від процедур або їх частина повинні будуть бути виплачені чинному концесіонеру. Вимога про те, що учасник, який виграв процедури, повинен викупити у чинного концесіонера будь-які права власності та невідшкодовані інвестиції, скорочує довгостроковий ризик для інвесторів і кредиторів і надає їм цінну можливість вийти з здійснення проекту.

Незважаючи на сказане вище, доцільно не виключати повністю можливість проведення переговорів про продовження терміну концесії при виникненні виняткових обставин. Термін проекту в області інфраструктури є одним з основних факторів, що враховуються при обговоренні фінансових механізмів, і безпосередньо впливає на ціну на послуги, що надаються концесіонером. Сторони можуть прийти до висновку, що продовження проектної угоди (як альтернатива іншим компенсаційним механізмам або в комбінації з ними) може бути корисним варіантом вирішення при виникненні непередбачених перешкод або інших змін протягом строку реалізації проекту. До таких обставин можуть відноситися наступні: продовження терміну в якості компенсації у разі призупинення проекту або втрати прибутку в силу настання перешкоджають подій; продовження терміну в якості компенсації у разі призупинення проекту в результаті дій організації-замовника або інших публічних органів; або продовження терміну для надання концесіонеру можливості відшкодувати витрати у зв'язку з виконанням необхідних додаткових робіт на об'єкті, які концесіонер не зміг би відшкодувати протягом нормального терміну дії проектної угоди без невинновданого підвищення тарифів. Для цілей прозорості й звітності в деяких країнах продовження терміну концесії обумовлюється загальним сукупним межею або потребує затвердження спеціально зазначеним публічним органом.

Д. Припинення

Підстави для припинення проектної угоди до закінчення його терміну дії та наслідки будь-якого такого припинення часто є предметом регулювання внутрішнього законодавства. Як правило, закон дозволяє сторонам припинити проектну угоду при настанні певних подій. Всі сторони, пов'язані з реалізацією проекту в галузі інфраструктури, фінансованого з приватних джерел, зацікавлені насамперед у забезпеченні успішного завершення будівництва об'єкта і безперервного і упорядкованого надання відповідних загальнодоступних послуг. З урахуванням серйозних наслідків припинення угоди, оскільки може бути перервано або навіть зупинено надання послуг, таку міру слід в більшості обставин розглядати в якості останнього засобу. Слід ретельно розглянути умови здійснення цього права тієї чи іншої стороною. Такі умови не обов'язково повинні бути однаковими, проте в цілому бажано домогтися широкого справедливого балансу прав і умов відносно припинення угоди для обох сторін.

Крім вказівки обставин чи подій, які можуть дати право на припинення, доцільно, щоб сторони опрацювали відповідні процедури встановлення того, чи є вагомими підстави для

припинення проектної угоди. Особливу важливість представляє питання про те, чи може Чи проектну угоду бути припинена в односторонньому порядку або ж для його припинення необхідне рішення судового чи іншого органу з врегулювання суперечок.

Концесіонер зазвичай не наділяється правом припинити проектну угоду без достатніх підстав, і в деяких правових системах припинення концесіонером навіть у разі порушення організацією-замовником її зобов'язань вимагає винесення остаточного судового рішення. В теж час в деяких країнах в силу норм, застосовних до контрактів з урядовими установами, таке право можуть здійснювати публічні органи, за умови виплати компенсації концесіонеру. Тим часом в інших країнах робиться виняток у разі концесій на загальнодоступні послуги, договірний характер яких вважається несумісним з правом припинити угоду в односторонньому порядку. І нарешті, в деяких правових системах не зізнається право публічних органів припинити угоди в односторонньому порядку. Разом з тим засновники і кредитори проекту будуть стурбовані з приводу ризику передчасного або необгрунтованого припинення угоди організацією-замовником навіть у випадку, коли рішення про припинення може бути оскаржене через механізм врегулювання спорів. Слід також відзначити, що наділення організації-замовника правом в односторонньому порядку припинити проектну угоду не може адекватно замінити добре опрацьовані договірні механізми контролю за виконанням або належні гарантії виконання.

Положення, що стосуються припинення, повинні, таким чином, бути приведені у відповідність з передбаченими в проектній угоді засобами правового захисту для випадків порушення зобов'язань. Зокрема, корисно провести різницю між умовами для припинення та умовами для втручання з боку організації-замовника. Важливо також при розгляді питання про права організації-замовника на припинення угоди враховувати фінансові угоди, які концесіонер уклав зі своїми кредиторами. В більшості випадків події, які можуть призвести до припинення проектної угоди, будуть являти собою також випадки невиконання зобов'язань за кредитними угодами, наслідком чого може стати негайна вимога всій непогашеної заборгованості концесіонера. Тому було б корисно спробувати уникнути ризику припинення угоди за рахунок надання кредиторам можливості запропонувати кандидатуру нового концесіонера у випадку, коли припинення проектної угоди з початковим концесіонером представляється невідворотним.

У світлі сказаного вище, в цілому доцільно передбачити, щоб у більшості випадків для припинення проектної угоди турбувалися остаточне рішення органу з врегулювання спорів, обумовленого в угоді. Така вимога дозволило б знизити побоювання відносно передчасного або необгрунтованого припинення угоди. Разом з тим воно не виключало б можливість прийняття належних заходів щодо забезпечення безперервності надання послуг в очікуванні винесення остаточного рішення органом з врегулювання спорів, якщо в проектній угоді передбачені договірні засоби правового захисту для випадків порушення зобов'язань, такі як права втручання організації-замовника і кредиторів. У країнах, де така вимога буде несумісна із загальними принципами адміністративного права, застосовними до урядовими контрактами, було б важливо, щонайменше, забезпечити, щоб право організації-замовника на припинення проектної угоди не завдавало шкоди праву концесіонера домагатися подальшого перегляду рішення про припинення, прийнятого організацією-замовником, в судовому порядку.

1. Припинення організацією-замовником

Права організації-замовника на припинення угоди зазвичай поширюються на три категорії обставин: серйозне порушення зобов'язань концесіонером, неспроможність або банкрутство концесіонера і припинення угоди в силу публічних інтересів.

а) Серйозне порушення зобов'язань концесіонером

На організації-замовника лежить обов'язок забезпечити надання загальнодоступних послуг відповідно до застосованими законами, правилами і договірними положеннями. Так, у національному законодавстві ряду країн організація-замовник прямо наділяється правом припинити проектну угоду у разі порушення зобов'язань концесіонером. У зв'язку з перебоями, які виникають при припиненні угоди, і в інтересах збереження безперервності надання послуг, недоцільно розглядати припинення як санкції у всіх і будь-яких випадках незадовільного виконання з боку концесіонера. Навпаки, в цілому бажано вдаватися до цієї принаймні тільки у випадках "особливо серйозного" або "неодноразового" невиконання зобов'язань, особливо коли не можна більш розумно очікувати, що концесіонер буде здатний або готовий виконувати свої зобов'язання по проектному угодою. У багатьох правових системах використовуються спеціальні технічні терміни для вказівки на ситуації, коли ступінь тяжкості порушення зобов'язань однієї з договірних сторін така, що інша сторона може припинити договірні відносини до закінчення їх терміну дії (наприклад, "істотне порушення", "матеріальне порушення" або аналогічні формулювання). Такі ситуації називаються в цьому Посібнику "Серйозним порушенням зобов'язань".

Обмеження можливості припинення угоди випадками серйозних порушень зобов'язань може дати кредиторам та засновникам проекту гарантію того, що вони будуть захищені від прийняття організацією-замовником необґрунтованих або поспішних рішень. Закон може в цілому наділяти організацією-замовника правом на припинення проектної угоди у разі серйозного порушення зобов'язань концесіонером, а питання визначення поняття "Серйозне порушення зобов'язань" і, в разі необхідності, включення ілюстративних прикладів можуть бути залишені на врегулювання в проектному угоді. З практичної точки зору, недоцільно намагатися встановити в законі або в проектному угоді вичерпний перелік подій, які є підставою для припинення.

В якості загального правила доцільно надавати концесіонеру додатковий термін для виконання його зобов'язань та усунення наслідків порушення до звернення організації-замовника до використання засобів правового захисту. Наприклад, концесіонеру слід направити повідомлення з зазначенням характеру відповідних обставин і вимогою їх виправлення протягом певного терміну. Слід також надати можливість кредиторам і гарантів, залежно від випадку, усунути наслідки порушення зобов'язань концесіонером шляхом тимчасового залучення послуг третім боку для виправлення цих наслідків відповідно до умов гарантій виконання, наданих організації-замовнику, або умовами прямої угоди між кредиторами і організацією-замовником. У проектній угоді може бути також передбачено, що у випадку, коли обставини не виправлені до закінчення відповідного строку, організація-замовник може припинити проектну угоду, за умови попереднього направлення повідомлення кредиторам та надання їм можливості здійснити протягом певного терміну право заміни концесіонера, як воно може передбачатися в прямому угоді між ними та організацією-замовником. Разом з тим необхідно встановити розумні крайні терміни для виконання, оскільки не можна очікувати, що організація-замовник буде протягом невизначеного часу нести подальші витрати, зумовлені ситуацією порушення проектної угоди концесіонером. Крім того, встановлені процедури не повинні завдавати шкоди праву організації-замовника втручатися в ситуацію для запобігання ризику перебоїв у наданні послуг концесіонером.

б) Серйозне порушення зобов'язань до початку будівництва

Концесіонер зобов'язаний, як правило, виконати ряд дій до початку здійснення будівельних робіт. Деякі такі вимоги можуть навіть вважатися попередніми умовами для вступу в силу проектної угоди. До подій, які в багатьох випадках виправдовують відгук рішення про видачу концесії на ранньому етапі, відносяться наступні:

- a) протягом встановленого граничного строку не забезпечені необхідні фінансові кошти, не підписана проектна угода або не створена проектна компанія;
- b) не отримані ліцензії або дозволи, необхідні для проведення діяльності, що є предметом концесії;
- c) протягом встановленого строку з моменту видачі концесії не розгорнуті будівництво об'єкта, не розпочато розробка проекту або не представлені необхідні для цього плани і креслення.

Припинення угоди має в принципі обмежуватися ситуаціями, коли організація-замовник більше не може розумно очікувати, що обраний концесіонер вживе необхідних заходів для початку виконання проекту. У зв'язку з цим важливо, щоб організація-замовник брала до уваги будь-які обставини, які могли б виправдати затримку у виконанні концесіонером його зобов'язань. Крім того, концесіонер не повинен страждати в результаті наслідків бездіяльності або помилки з боку організації-замовника або інших публічних органів. Наприклад, припинення проектної угоди буде, як правило, невиправданим, якщо неотримання концесіонером урядових ліцензій і дозволів в установленій графіком строк не викликано виною самого концесіонера.

c) Серйозне порушення зобов'язань на етапі будівництва

До подій, які можуть бути підставою для припинення проектного угоди на етапі будівництва, відносяться наступні:

- a) не дотримано будівельні технічні норми, специфікації або мінімальні стандарти проектування і виконання робіт, а також має місце невиправдана затримка у виконанні узгодженого графіка робіт;
- b) не були надані або не відновлені необхідні гарантії на узгоджених умовах;
- c) порушені істотні зобов'язання, передбачені в законі або договорі.

Припинення угоди має бути пропорційно ступеня тяжкості порушення зобов'язань концесіонером і наслідкам такого порушення для організації-замовника. Наприклад, організація-замовник може мати законний інтерес у встановленні дати завершення будівництва і тому буде вправі вважати затримку у завершенні будівництва порушенням зобов'язань, а значить підставою для припинення угоди. Проте одна лише затримка, тим більш незначна в порівнянні з встановленим в проектній угоді терміном, може і не бути достатньою підставою для припинення угоди, коли у всіх інших відносинах організація-замовник в цілому задоволена здатністю і прагненням концесіонера виконати будівельні роботи, відповідають встановленим стандартам якості.

d) Серйозне порушення зобов'язань на етапі експлуатації

До конкретних випадків порушення зобов'язань, які, як правило, є підставою для припинення концесії на етапі експлуатації об'єкта, відносяться наступні:

- a) серйозна невідповідність наданих послуг законодавчим та договірним стандартам якості, включаючи недотримання заходів з контролю над цінами;
- b) невиправдане призупинення або призупинення надання послуг без попередньої згоди організації-замовника;
- c) серйозна невідповідність встановленим стандартам якості рівня технічного обслуговування концесіонером об'єкта, обладнання та апаратури або невиправдана затримка у виконанні робіт з матеріально-технічного обслуговування відповідно до узгоджених планами, графіками і розкладами;
- d) недотримання санкцій, встановлених організацією-замовником або регулюючим установою, залежно від випадку, щодо концесіонера за порушення ним його зобов'язань.

З метою підвищення прозорості та неупередженості у справах уряду законодавством деяких країн також передбачено припинення проектної угоди, якщо концесіонер винен у податковому шахрайстві чи у вчиненні інших шахрайських діянь або якщо його представники або співробітники замішані у підкупі державних посадових осіб і в скоєнні інших актів корупції. Ці останні міркування підкреслюють важливість розробки ефективних механізмів для боротьби з корупцією та хабарництвом та надання концесіонеру можливості подавати скарги на вимагання незаконних платежів або протиправні загрози з боку посадових осіб приймаючої країни.

е) Неспроможність концесіонера

Як правило, послуги в області інфраструктури повинні надаватися безперервно, і з цієї причини внутрішнє законодавство більшості країн передбачає можливість припинення угоди, якщо концесіонер оголошений неспроможним або банкрутом. Для забезпечення безперервності надання послуг активи і власність, які повинні бути передані організації-замовнику, можуть бути вилучені з провадження у справі про неспроможність, і закон може передбачати необхідність одержання попередньої дозволу уряду на вчинення ліквідатором або керуючим у справі про неспроможність будь-якої дії за розпорядженням будь-якими категоріями активів, що належать концесіонеру.

У правових системах, які дозволяють створення забезпечувальних інтересів в самій концесії, у законодавстві передбачається, що організація-замовник з метою забезпечення безперервності надання відповідних послуг може, в консультації з утримувачами такого забезпечення, призначити тимчасового керуючого на період, поки забезпечені кредитори, допущені до участі у провадженні у справі про неспроможність, не приймуть рішення, за рекомендацією керуючого у справі про неспроможність, щодо доцільності продовження цієї діяльності або виставлення права на експлуатацію концесії на торги.

ф) Припинення чинності публічних інтересів

У договірній практиці деяких країн публічні органи, які набувають будівельні роботи, традиційно зберігають за собою право на припинення контракту на будівництво в силу публічних інтересів (тобто без пред'явлення будь-яких підстав, крім пояснення такого припинення контракту інтересами уряду). У деяких країнах системи загального права таке право, яке іноді називається правом на "припинення з міркувань зручності", може бути здійснено тільки в тому випадку, якщо воно спеціально передбачено в законодавчому акті або у відповідному контракті. У ряді правових систем, які дотримуються традиції римського права, також визнаються подібні повноваження публічних відомств припиняти дію контрактів з міркувань публічних інтересів або "загальних інтересів". В деяких країнах наявність такого права може матися на увазі як частина урядових повноважень на укладання контрактів навіть при відсутності прямо вираженого законодавчого або договірного положення на цей рахунок. Право уряду припиняти контракт чинності публічних інтересів у тих правових системах, де воно визнається, вважається досить істотним для збереження за урядом його необмеженої правоздатності виконувати свої функції, що зачіпають суспільне благо.

Разом з тим слід ретельно розглянути умови для здійснення такого права і його наслідки. Оскільки право визначати, що становить публічний інтерес, може цілком належати уряду, рішення організації-замовника про припинення проектної угоди може бути оскаржене тільки при особливих обставинах (наприклад, у випадку неналежної мотивування або зловживання повноваженнями). У той же час загальне і необмежене право припинити угоду в силу публічних інтересів може являти собою не піддається оцінці ризик, на який концесіонер і кредитори навряд чи будуть згодні без достатніх гарантій того, що вони отримають негайну компенсацію за понесені збитки. Можливість припинення чинності

публічних інтересів, якщо вона передбачається, повинна бути тому якомога раніше доведена до відома потенційних інвесторів і ясно обумовлена в проекті проектної угоди, що розповсюджується разом із запитом пропозицій. Компенсація у разі припинення угоди в силу публічних інтересів може на практиці включати ті ж позиції, які беруться до уваги при обчисленні компенсації, належної в разі припинення на підставі серйозного порушення зобов'язань організацією-замовником. Крім того, в цілому доцільно обмежити здійснення права на припинення проектної угоди ситуаціями, коли таке припинення обумовлено вагомою причиною необхідності забезпечення публічних інтересів, які повинні тлумачитися обмежувально (наприклад, у випадках, коли важливі подальші зміни в планах та політиці уряду вимагають інтеграції проекту в більш велику мережу або коли зміни в планах організації-замовника вимагають значного перегляду проекту, що істотно відіб'ється на первісному інженерно-конструкторському рішенні або комерційної здійсненності проекту при його експлуатації приватним підприємством). Зокрема, недоцільно розглядати право на припинення угоди в силу публічних інтересів в якості альтернативи іншим договірним засобів правового захисту в разі незадовільного виконання концесіонером його зобов'язань.

2. Припинення концесіонером

У той час як у деяких правових системах організація-замовник може зберігати за собою необмежене право на припинення проектної угоди, підстави для припинення концесіонером зазвичай обмежуються серйозним порушенням зобов'язань організацією-замовником або іншими винятковими обставинами і, як правило, не включають в себе загальне право припинити проектну угоду на свій розсуд. Крім того, в деяких правових системах визнається не право концесіонера на одностороннє припинення проектної угоди, а тільки його право клопотати перед третьою стороною, наприклад компетентним судом, про оголошення проектної угоди припиненим.

а) Серйозне порушення зобов'язань організацією-замовником

В цілому право концесіонера на припинення проектної угоди обмежена ситуаціями, коли встановлено, що організація-замовник порушила істотну частину своїх зобов'язань (наприклад, нездійснення узгоджених платежів концесіонеру або невидача ліцензій, необхідних для експлуатації об'єкта, з інших причин, ніж вина самого концесіонера). У тих правових системах, де організація-замовник має право вимагати внесення змін до здійснюваний проект, концесіонер може володіти правом на припинення проектної угоди у випадках, якщо організація-замовник вносить в початковий проект такі зміни чи модифікації, які вимагають істотного збільшення обсягу необхідних інвестицій, і якщо сторони не домовилися про належну суму компенсації.

Крім випадків серйозного порушення зобов'язань самої організацією-замовником, було б, можливо, справедливо надати концесіонеру право припинити угоду, якщо він позбавляється можливості надавати послуги в результаті дій інших публічних органів, крім організації-замовника, таких як невжиття певних заходів підтримки, необхідних для забезпечення виконання проектної угоди.

Хоча для припинення концесіонером не завжди може вимагатися остаточне ухвала суду або іншого органу з врегулювання спорів, можуть існувати обмеження на засоби правового захисту, наявні в розпорядженні концесіонером на випадок порушення зобов'язань організацією-замовником. Згідно з правовою нормою, закріпленою у багатьох правових системах, сторона контракту може припинити виконання своїх зобов'язань у разі порушення іншою стороною істотної частини її зобов'язань. Однак у деяких правових системах ця норма не поширюється на урядові контракти і в законодавстві замість цього передбачається, що підрядники уряду не звільняються від виконання їхніх зобов'язань лише на підставі

порушення контракту організацією-замовником, якщо і доти поки цей договір не буде визнаний недійсним судовим чи арбітражним рішенням.

Обмеження права концесіонера припинити виконання своїх зобов'язань, як правило, спрямовані на забезпечення безперервності надання загальнодоступних послуг. Разом з тим слід зазначити, що якщо організація-замовник має можливість пом'якшити наслідки порушення зобов'язань концесіонером, використовуючи своє право втручання, то концесіонер зазвичай подібними засобами правового захисту не володіє. У випадку серйозного порушення зобов'язань організацією-замовником концесіонер може понести значний або навіть непоправний збиток, в залежності від часу, необхідного для отримання остаточного рішення про звільнення концесіонера від його зобов'язань по проектній угодою. Ці обставини підкреслюють важливість урядових гарантій щодо зобов'язань, прийнятих на себе організацією-замовником, і необхідність надання сторонам можливості вибору механізмів швидкого і ефективного врегулювання спорів.

в) Зміна умов

Внутрішнє законодавство часто дозволяє концесіонеру припинити проектну угоду, якщо виконання концесіонером його зобов'язань істотно ускладнюється в результаті непередбаченого зміни умов і якщо сторони не домовилися про належне перегляді проектної угоди з урахуванням змінених умов.

3. Припинення кожної зі сторін

а) Перешкоди виконанню

У законодавстві деяких країн передбачається можливість припинення проектної угоди сторонами, якщо виконання ними своїх зобов'язань необоротно стає неможливим в результаті появи обставини, обумовленої в проектній угоді як перешкода, що звільняє від відповідальності. У зв'язку з цим в проектній угоді доцільно передбачити, що у разі, якщо звільняє від відповідальності перешкоду діятиме протягом певного терміну або якщо сукупна тривалість двох або більше звільняють від відповідальності перешкод перевищить певний строк, угода може бути припинена будь-якою зі сторін. Якщо виконання проекту стає неможливим з юридичних причин, наприклад, внаслідок змін у законодавстві або в результаті судових рішень, які зачіпають дійсність проектної угоди, таке право на припинення може не обумовлюватися закінченням визначеного терміну і може бути здійснено негайно після зміни законодавства або виникнення іншої перешкоди юридичного характеру.

б) Загальна згода

Деякі правові системи дозволяють сторонам припинити проектну угоду за обоюдною згодою, як правило, із затвердженням такого рішення вищестоящим органом. У тих правових системах, де припинення за обоюдною згодою може розглядатися як припинення надання загальнодоступних послуг, за яке несе відповідальність організація-замовник, їй можуть знадобитися належні повноваження, надані в законодавчому порядку.

Е. Наслідки закінчення або припинення проектної угоди

Після закінчення або припинення проектної угоди право концесіонера на експлуатацію об'єкта та надання відповідних послуг, як правило, втрачає свою силу. Якщо не передбачено, що інфраструктура буде перебувати в повній власності концесіонера, то витікання або припинення проектної угоди часто вимагає передачі активів організації-замовнику або іншому концесіонеру, який бере на себе відповідальність за експлуатацію об'єкта. Це може

спричинити за собою важливі фінансові наслідки, які зажадають детального регулювання в проектному угоді, особливо в разі припинення угоди кожної зі сторін. Сторонам буде також необхідно погодити різні заходи етапу завершення проекту в цілях забезпечення впорядкованої передачі відповідальності за експлуатацію об'єкта та надання послуг.

1. Передача активів, які відносяться до проекту

У більшості випадків активи і власність, спочатку надані в розпорядження концесіонера, і інші матеріальні засоби, пов'язані з проектом, повинні бути повернені організації-замовнику після закінчення або припинення проектною угоди. В рамках типового проекту "будівництво-експлуатація-передача" концесіонер також буде зобов'язаний передати організації-замовнику матеріальну інфраструктуру та інші пов'язані з проектом активи після закінчення або припинення проектною угоди. Активи, які потрібно передати організації-замовнику, часто включають нематеріальні активи, наприклад непогашену дебіторську заборгованість та інші права, існуючі на момент передачі. В залежності від проекту, активи, що підлягають передачі, можуть включати спеціальну технологію або ноу-хау. Слід зазначити, що в рамках деяких проектів активи передаються від концесіонера безпосередньо іншому концесіонеру, який є наступником в наданні відповідної послуги.

а) Передача активів організації-замовнику

Залежно від виду активів, що підлягають передачі, можуть знадобитися різні механізми:

а) активи, що підлягають передачі організації-замовнику. Згідно з правовою традицією деяких країн, концесіонер в кінці терміну проекту зобов'язаний передати організації-замовнику такі активи вільними від заставних вимог і обтяжень і безоплатно, за винятком компенсації за вироблену, з метою забезпечення безперервності надання послуг, реконструкцію або модернізацію споруд, вартість яких ще не відшкодована концесіонером. На практиці така норма передбачає встановлення в ході переговорів досить тривалого терміну концесії і досить високого рівня прибутковості, з тим щоб концесіонер міг повністю амортизувати свої інвестиції і виплатити свою заборгованість. У законах інших країн допускається більш гнучкий підхід, який дозволяє організації-замовнику компенсувати концесіонеру залишкову вартість, якщо така зберігається, активів, побудованих концесіонером;

б) активи, які можуть бути викуплені організацією-замовником по її вибору. Якщо організація-замовник прийме рішення використовувати своє право викупу цих активів, концесіонер зазвичай вправі отримати компенсацію, відповідну їх справедливої ринкової вартості на відповідний момент. Разом з тим, якщо очікується, що ці активи будуть повністю амортизовані (тобто фінансові механізми концесіонера не передбачають збереження залишкової вартості активів), то виплачується ціна може бути лише номінальною. У договірній практиці деяких країн зазвичай передбачається збереження організацією-замовником деякого забезпечувального інтересу в таких активах в якості гарантії їх ефективної передачі;

с) активи, які залишаються у приватній власності концесіонера. Як правило, такі активи можуть вільно вивозитися або реалізовуватися концесіонером.

б) Передача активів новому концесіонеру

Як це зазначалося вище, організація-замовник в кінці терміну дії проектною угоди, можливо, забажає провести повторні процедури з видачі концесії, а не займатися самостійно експлуатацією об'єкта. Для цієї мети корисно було б передбачити в законі вимогу про те, щоб концесіонер передав активи в розпорядження нового концесіонера. Для забезпечення упорядкованого перехідного періоду і безперервності надання послуг концесіонер повинен бути зобов'язаний співпрацювати з новим концесіонером в процесі передачі об'єкта. Передача активів одним концесіонером іншому може зажадати виплати деякої

компенсації чинному концесіонеру в залежності від того, були чи не були амортизовані ці активи.

Один з важливих елементів, які слід розглянути в цьому зв'язку, стосується структури фінансової пропозиції, сформульованого концесіонером в ході процесу відбору. В рамках проектів в області публічної інфраструктури одна з основних передумов фінансових пропозицій учасників процедур полягає в тому, що всі активи, які потрібно побудувати або придбати для потреб проекту, будуть повністю амортизовані (тобто їх вартість буде повністю відшкодована) в протязі терміну дії проекту. Таким чином, фінансові пропозиції не будуть, як правило, містити будь-яких припущень про залишкову вартість активів в кінці терміну дії проекту. У подібних випадках може не існувати причин для того, щоб вимагати від концесіонера-наступника виплати будь-якої компенсації первісним концесіонеру, якому може бути наказано надати всі активи в розпорядження концесіонера-наступника безкоштовно або лише за номінальне винагороду. Так, якщо концесіонер отримав очікувалася їм прибуток, то платіж концесіонера-наступника за передачу активів буде представляти для останнього додаткові витрати, які в кінцевому підсумку будуть відшкодовуватися за рахунок цін, стягнутих наступником у Згідно з другою угодою. В той же час, якщо рівень тарифів, передбачений у первинному пропозиції концесіонера, ґрунтувався на передумові збереження якої-небудь остаточної вартості активів у кінці терміну дії проекту або якщо фінансову пропозицію виходило з передумови отримання значних надходжень від третіх сторін, то концесіонер може мати право на компенсацію за активи, передані концесіонеру-наступнику.

с) Стан активів на момент передачі

При передачі активів організації-замовнику або безпосередньо новому концесіонеру після закінчення терміну концесії концесіонер, як правило, зобов'язаний їх передати вільними від заставних вимог або обтяжень і в такому стані, який необхідно для нормального функціонування об'єкта інфраструктури з урахуванням потреб надання відповідної послуги. Право організації-замовника на отримання цих активів в такому робочому стані підкріплюється в законодавстві деяких країн зобов'язанням концесіонера містити і передати об'єкт в такому належному стані, як того вимагають розумні правила експлуатації, і надати ту чи іншу гарантію цього. Коли організація-замовник вимагає повернення активів в обумовленому стані, такі вимоги повинні бути розумними. Якщо вимога організації-замовника про тому, щоб активи були придатними для подальшої експлуатації протязі якогось певного терміну, представляється виправданим, то нерозумно очікувати, що вони будуть в практично новому стані. Крім того, ці вимоги можуть бути незастосовні у разі припинення проектної угоди, зокрема припинення до успішного завершення етапу будівництва.

Доцільно розробити процедури оцінки стану активів, які повинні бути передані організації-замовнику. Корисним було б, наприклад, створити комітет у складі представників організації-замовника і концесіонера для встановлення того, чи знаходяться об'єкти в належному стані та чи відповідають вони відповідним вимогам, обумовленим в проектній угоді. У проекті угоди може також передбачатися порядок призначення і коло ведення такого комітету, який може бути наділений повноваженнями вимагати від концесіонера прийняття розумних заходів по ремонту або усунення будь-яких дефектів або недоліків, виявлених на об'єкті. Було б доцільно передбачити проведення за рік до припинення концесії спеціальної інспекції, за підсумками якої організація-замовник може вимагати від концесіонера вжиття додаткових заходів щодо матеріально технічного обслуговування для забезпечення того, щоб у момент передачі матеріальні засоби перебували в належному стані. Організація-замовник, можливо, забажає зажадати від концесіонера надання спеціальних гарантій щодо забезпечення задовільною передачею об'єктів. Організація-

замовник могла б використовувати кошти за такими гарантіями для оплати ремонту пошкоджених активів або майна.

2. Фінансові механізми, що регулюють наслідки припинення

Припинення проектної угоди може відбутися до того, як концесіонеру вдалося відшкодувати свої інвестиції, погасити заборгованість і отримати очікуваний прибуток, що може заподіяти концесіонеру значні збитки. Збитки може також потерпіти і організація-замовник, якої, можливо, доведеться здійснити додаткові інвестиції або понести значні витрати, наприклад, для забезпечення завершення спорудження об'єкта або подальшого надання відповідних послуг. З урахуванням цих обставин, в проектні угоди, як правило, включаються докладні положення, стосуються фінансових прав і зобов'язань сторін за припинення угоди. Звичайні стандарти компенсації, як правило, залежать то того, на яких підставах було припинено угоду. Проте при виробленні механізмів компенсації сторони зазвичай беруть до уваги наступні фактори:

а) кредиторська заборгованість, інвестиції в акціонерний капітал і очікуваний прибуток. Припинення проекту, як правило, входить до числа подій невиконання, які обумовлюються в кредитних угодах концесіонера. Оскільки в кредитні угоди зазвичай включається так звана обмовка про дострокове настанні терміну погашення, згідно з якою в момент настання події невиконання може наступити термін виплати всієї заборгованості, то безпосередні збитки, які несе концесіонер припинення проектної угоди, можуть включати всю суму кредиторської заборгованості на момент припинення. Чи можуть ці збитки - і в якому обсязі - бути компенсовані організацією-замовником, зазвичай залежить від того, на якій підставі було припинено проектну угоду. Часткова компенсація може бути обмежена сумою, що відповідає вартості робіт, задовільно виконаних концесіонером, а повна компенсація може покривати всю кредиторську заборгованість. Ще однією категорією збитків, які іноді приймаються до уваги в механізмах компенсації, є збитки засновників проекту з інвестицій в акціонерний капітал, в тієї частини цих інвестицій, яка до моменту припинення ще не була відшкодована. Нарешті, припинення також позбавляє концесіонера майбутнього прибутку, яку може принести об'єкт. Хоча втрачений прибуток зазвичай не вважається фактичним збитком, в таких виняткових обставинах, як неправомірне припинення угоди організацією-замовником, в суму компенсації, належної концесіонеру, може бути включена поточна вартість очікуваної майбутнього прибутку;

б) ступінь завершеності, залишкова вартість й амортизація активів. Договірні схеми компенсації на випадок різних підстав припинення угоди зазвичай передбачають виплату компенсації, сумірною зі ступенем завершеності робіт на момент припинення. Вартість робіт зазвичай визначається на основі обсягу інвестицій, необхідних для спорудження об'єкта (особливо, якщо припинення відбувається на етапі будівництва), ціни заміщення або "залишкової" вартості об'єкта. Під залишковою вартістю розуміється ринкова вартість об'єкта інфраструктури на момент припинення угоди. Визначення ринкової вартості може викликати труднощі або такої вартості може просто не існувати в випадку деяких видів матеріальної інфраструктури (таких як мости або дороги) або об'єктів, термін експлуатації яких наближається до завершення. Іноді залишкову вартість можна обчислити з урахуванням очікуваної корисності об'єкта для організації-замовника. Тим часом труднощі можуть виникнути в встановленні вартості незавершених робіт, особливо в тому випадку, якщо сума інвестицій, які ще потрібно провести організації-замовнику для введення об'єкта в експлуатацію, буде перевищувати суму коштів, фактично вкладених концесіонером. У кожному разі повна виплата залишкової вартості проводиться рідко, особливо якщо надходження від проекту представляють собою єдине джерело коштів для відшкодування інвестицій концесіонера. Таким чином, замість повної компенсації вартості об'єкта концесіонер часто отримує компенсацію лише за залишкову вартість активів, які не були повністю амортизовані до моменту припинення угоди.

а) Припинення в результаті порушення зобов'язань концесіонером

Концесіонер зазвичай не має права на компенсацію збитків у разі припинення угоди, яку було викликано порушенням зобов'язань з його сторони. У деяких випадках концесіонер може бути навіть зобов'язаний виплатити компенсацію за шкоду, заподіяну організації-замовнику, хоча на практиці винний у порушенні концесіонер, заборгованість якого затребувана кредиторами до погашення, рідко матиме достатньо залишилися фінансових засобів для фактичної виплати компенсації за такі збитки.

Слід зазначити, що припинення на підставі порушення зобов'язань, навіть у тому випадку якщо воно розглядається як санкція за серйозне невиконання, не повинно призводити до безпідставному збагаченню кожної зі сторін. Таким чином, припинення аж ніяк не обов'язково тягне за собою появу у організації-замовника права на отримання активів без будь-якого платежу концесіонеру. Справедливим рішенням у врегулюванні цієї проблеми могло б стати проведення розмежування між різними видами активів залежно від порядку розпорядження ними, передбаченого в проектному угоді:

а) активи, що підлягають передачі організації замовнику. У випадку, коли проектну угоду після закінчення його терміну вимагає автоматичної передачі проектних активів організації-замовнику, припинення угоди на підставі порушення зобов'язань звичайно не тягне за собою виплати компенсації концесіонеру за ці активи, за винятком залишкової вартості задовільно виконаних робіт в тій її частині, яка ще не була амортизована концесіонером;

б) активи, які можуть бути викуплені організацією-замовником по її вибору. Фінансова компенсація може бути доречною у випадках, коли організація-замовник має право за своїм вибором викупити активи за ринковою вартістю після закінчення терміну проектної угоди або право вимагати, щоб можливість викупу цих активів була надана переможцю процедур з видачі нового підряду на проект. Разом з тим для стимулювання роботи концесіонера цілком виправданим було б передбачити виплату фінансової компенсації в сумі, меншій ніж повна вартість активів. Аналогічно, така компенсація не обов'язково повинна покривати всі витрати по виплаті кредиторської заборгованості концесіонера. Деталі формули розрахунку фінансової компенсації доцільно обумовити в проектній угоді (наприклад, чи охоплює покриття лише вартість активів за вирахуванням зобов'язань або суму непогашеної кредиторської заборгованості або вартість альтернативного використання активів, залежно від того, яка з цих сум є меншою);

с) активи, які залишаються у приватній власності концесіонера. Перебувають у приватній власності концесіонера активи, що не підпадають по категорії (а) або (б) вище, звичайно можуть вільно вивозитися і реалізовуватися концесіонером, і таким чином, необхідність у механізмах компенсації виникає вельми рідко. У той же час інша ситуація може виникнути у разі повністю приватизованих проектів, коли всі активи, включаючи ті з них, які абсолютно необхідні для надання послуг, перебувають у власності концесіонера. У подібних випадках в цілях забезпечення безперервності надання послуг організація-замовник може визнати за необхідне взяти на себе розпорядження активами, навіть якщо це не передбачено проектним угодою. У цих випадках було б справедливим виплатити концесіонеру компенсацію за справедливою ринковою вартістю активів. Разом з тим в проектному угоді може бути передбачено, що розмір компенсації слід скоротити на суму витрат, понесених організацією-замовником у зв'язку з експлуатацією об'єкта або залученням послуг іншого оператора.

б) Припинення в результаті порушення зобов'язань організацією-замовником

46. Концесіонер зазвичай має право на отримання повної компенсації за збитки, понесені в результаті припинення угоди на підставах, що відносяться на рахунок організації-замовника. Компенсація, належна концесіонеру, зазвичай включає компенсацію вартості

робіт і споруд тією її частини, яка ще не амортизована, а також збитків, завданих концесіонеру, включаючи втрачену прибуток, яка зазвичай розраховується на основі доходів концесіонера по попереднім фінансовим рокам, коли припинення відбувається в ході етапу експлуатації, або на основі прогнозів відношенні очікуваного прибутку протягом спочатку передбаченого терміну проекту. Концесіонер може мати право на повну компенсацію заборгованості і акціонерного капіталу, включаючи обслуговування боргу і втрачену прибуток.

с) Припинення на інших підставах

47. При розгляді механізмів компенсації у разі припинення угоди в результаті виникнення обставин, не пов'язаних з порушенням зобов'язань кожної зі сторін, було б корисно провести різницю між припиненням на підставі перешкод, які звільняють від відповідальності, і припиненням організацією-замовником з таких причин, як забезпечення публічних інтересів чи інші подібні підстави.

д) Припинення в результаті виникнення перешкод, які звільняють від відповідальності

За визначенням, перешкоди, що звільняють від відповідальності, представляють собою події, що знаходяться поза сферою контролю сторін, і, як загальне правило, припинення угоди при виникненні таких обставин не може викликати вимог відшкодування збитку ні в одній зі сторін. Разом з тим можуть існувати обставини, за яких було б справедливим надати деяку компенсацію концесіонеру, наприклад справедливу компенсацію за вже виконані роботи, зокрема, у випадку, коли створені активи, в силу їх специфічного характеру, не можуть бути вивезені концесіонером або з користю задіяні їм, але можуть бути ефективно використані організацією-замовником для надання відповідних послуг (наприклад, міст). Однак, оскільки припинення угоди в таких випадках не може бути віднесено на рахунок організації-замовника, компенсація, належна концесіонеру, не обов'язково повинна бути "повної" (тобто відшкодування заборгованості, акціонерного капіталу і втраченого прибутку).

е) Припинення чинності публічних інтересів

У випадку, коли в проектній угоді визнається право організації-замовника на припинення угоди в силу публічних інтересів, компенсація, підлягає виплаті концесіонеру, зазвичай покриває компенсацію за ті ж позиції, які включаються до компенсацію, яка виплачується при припиненні угоди в результаті порушення зобов'язань організацією-замовником, хоча і не обов'язково в повному обсязі. Для встановлення справедливого розміру компенсації, належної концесіонеру, було б доцільно розрізняти припинення чинності публічних інтересів на етапі будівництва і припинення з міркувань зручності на етапі експлуатації:

а) припинення на етапі будівництва. При припиненні проектного угоди на етапі будівництва умови компенсації можуть бути аналогічними умовам, застосовуваним у зв'язку з виконанням великих будівельних контрактів, в яких передбачається можливість припинення з міркувань зручності. У таких випадках підрядник зазвичай має право на отримання частини ціни, яка відноситься до задовільно виконаному будівництву, а також на компенсацію витрат і збитків, понесених підрядником в результаті припинення контракту. Однак, оскільки організація-замовник зазвичай не оплачує ціну будівельних робіт, виконуваних концесіонером, головним критерієм при розрахунку компенсації, як правило, є загальний обсяг інвестицій, дійсно вкладених концесіонером на момент припинення, включаючи всі суми, фактично виплачені за кредитними механізмами, наданими кредиторами концесіонеру, на цілі виконання будівельних робіт по проектній угодою, і витрати, пов'язані з розірванням кредитних угод. Ще одним додатковим питанням є питання про те, чи має концесіонер право - і в якому обсязі - на відшкодування втраченого прибутку по тій частині контракту, дія якої було припинено з міркувань зручності. З одного боку, концесіонер міг

упустити інші ділові можливості, розраховуючи на завершення об'єкту і його експлуатацію протягом передбаченого терміну концесії. З іншого боку, зобов'язання організації-замовника компенсувати концесіонеру втрачену їм прибуток може стати заборонним з фінансової точки зору для здійснення організацією-замовником права на припинення угоди з міркувань зручності. Одне з рішень цієї проблеми може полягати у встановленні в проектній угоді шкали виплат, які повинні бути зроблені організацією-замовником як компенсацію втраченої прибутку; сума виплат відповідно до цієї шкали буде залежати від стадії завершення будівництва на момент припинення проектної угоди з міркувань зручності;

b) припинення на етапі експлуатації. У разі успішного завершення концесіонером будівельних робіт умови компенсації можуть бути тими ж, що і при припиненні на етапі будівництва. Разом з тим належна компенсація у разі припинення на етапі експлуатації може зажадати виплати справедливої компенсації за втрачену прибуток. Більш висока норма компенсації в цьому випадку може бути виправдана тим, що, на відміну від припинення угоди на етапі будівництва, коли організація-замовник може бути змушена завершити будівництво об'єкту за свій рахунок, при припиненні на етапі експлуатації організація-замовник має можливість отримати завершений об'єкт, готовий до рентабельної експлуатації. Компенсація за втрачену прибуток часто розраховується на основі надходжень концесіонера за ряд минулих фінансових років, проте в деяких випадках, можливо, буде потрібно прийняти до уваги й інші елементи, такі як передбачуваний дохід на основі узгоджених тарифів. Це пояснюється тим, що при деяких проектах в області інфраструктури, таких як платні автодороги і інші аналогічні проекти, які характеризуються великими фінансовими витратами і відносно низьким доходом на початкових етапах експлуатації, припинення може статися до того моменту, коли існуватимуть дані про прибутковість проекту.

3. Етап завершення і заходи в перехідний період

У випадку, коли після закінчення терміну концесії об'єкт передається організації-замовнику, сторонам може знадобитися здійснити ряд заходів, спрямованих на забезпечення того, щоб організація-замовник могла експлуатувати об'єкт відповідно до встановлених стандартів ефективності і безпеки. У проектній угоді може бути передбачено зобов'язання концесіонера про передачу певної технології або ноу-хау, необхідних для експлуатації об'єкта інфраструктури. У проектній угоді може бути також передбачено подальше виконання концесіонером протягом певного перехідного періоду певних зобов'язань по експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта. У ньому може бути далі закріплено зобов'язання з боку концесіонера забезпечити поставку або сприяти забезпеченню поставок запасних частин, які можуть знадобитися організації-замовнику для виробництва ремонту на об'єкті. Слід зазначити, однак, що концесіонер може бути не в змозі самостійно здійснити деякі із заходів перехідного періоду, про які йдеться нижче, оскільки в більшості випадків компанія-концесіонер буде засновуватися з єдиною метою реалізації проекту і буде змушена, в силу цього, придбавати відповідну технологію і запасні частини у третіх сторін.

а) Передача технології

У деяких випадках об'єкт, переданий організації-замовнику, буде включати різні технологічні процеси, необхідні для виробництва певної продукції, наприклад електроенергії або питної води, або надання відповідних послуг, наприклад телефонного зв'язку. Часто організація-замовник бажає отримати знання про такі процеси і їх застосуванні. Організація-замовник може також побажати придбати технічну інформацію та виробничі навички, необхідні для експлуатації та обслуговування об'єкта. Навіть у тих випадках, коли організація-замовник володіє базовими можливостями для здійснення окремих елементів експлуатації та матеріально-технічного обслуговування (наприклад, для цивільних проектно-конструкторських і будівельних робіт), їй може знадобитися знання спеціальних

технологічних процесів, необхідних для відповідної експлуатації об'єкта. Передача організації-замовнику таких знань, інформації і виробничих навичок часто називається "передачею технології". Зобов'язання з передачі технології не можуть бути покладені на концесіонера в односторонньому порядку, і на практиці ці питання є предметом переговорів між зацікавленими сторонами. Хоча приймаюча країна має законний інтерес в отриманні доступу до технології, необхідної для експлуатації об'єкта, комерційні інтереси і ділові стратегії приватних інвесторів повинні бути належним чином враховані.

Для врегулювання питань, що стосуються передачі технології та виконання інших зобов'язань, необхідних для спорудження та експлуатації об'єкта, можуть бути використані різні договірні механізми. Сама передача технології може здійснюватися різними шляхами, наприклад, шляхом ліцензування промислової власності, створення спільного підприємства сторін або надання конфіденційного ноу-хау. Дане Керівництво не спрямоване на всебічний розгляд питань укладення та складання контрактів, що стосуються ліцензування промислової власності або надання ноу-хау, оскільки це питання вже докладно розглядалося в публікаціях різних органів Організації Об'єднаних Націй. У нижченаведених пунктах лише відзначаються деякі основні питання, стосуються передачі виробничих навичок, необхідних для експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта, шляхом навчання персоналу організації-замовника або надання документації.

Найбільш важливим методом передачі організації-замовнику технічної інформації та навичок, необхідних для належної експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта, є підготовка персоналу організації-замовника. З тим щоб отримати можливість прийняти рішення щодо своїх потреб у підготовці персоналу, організація-замовник може в запиті пропозицій або в ході переговорів з укладення контракту запросити у концесіонера організаційну схему, що показує штатні потреби для експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта, із зазначенням основних технічної та іншої кваліфікації, якою повинен володіти персонал. Такі потреби повинні бути вказані досить докладно, з тим щоб організація-замовник могла визначити обсяг необхідної підготовки з урахуванням наявного у неї персоналу. У багатьох випадках концесіонер матиме можливість забезпечити таку підготовку. Проте в деяких випадках підготовка персоналу може бути більш ефективно проведена інженером-консультантом або яким-небудь закладом, що спеціалізується в області такої підготовки.

Технічна інформація та навички, необхідні для належної експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта, можуть також передаватися шляхом надання технічної документації. Документація, яка повинна бути надана, може включати плани, креслення, формули, керівництва з експлуатації та матеріально-технічного обслуговування і інструкції з техніки безпеки. Доцільно перерахувати в проектному угоді документи, які повинні бути надані. Можна зажадати у концесіонера надання вичерпних і ясно складених документів на конкретній мові. Може бути доцільним зобов'язати концесіонера провести на прохання організації-замовника демонстраційний показ операцій, зазначених у документації, якщо ці операції неможливо зрозуміти без такого показу.

Можна уточнити, в який момент повинна бути надана документація. У проектному угоді може передбачатися, що документація повинна бути повністю представлена до встановленого в контракті терміну завершення будівництва. Сторони, можливо, побажають також передбачити, що передача об'єкта не вважається завершеною до тих пір, поки не надана вся необхідна за контрактом документація, що відноситься до експлуатації об'єкта і підлягає поданням до завершення будівництва. Можливо, доцільно передбачити, що деяка частина документації, наприклад керівництва по експлуатації, повинна бути надана в ході будівництва, оскільки така документація може дати можливість персоналу або інженеру організації-замовника зрозуміти дію машин або обладнання вже в ході їх монтажу.

б) Надання допомоги у зв'язку з експлуатацією та матеріально-технічним обслуговуванням об'єкта після його передачі

Обсяг допомоги з боку концесіонера, необхідної організації-замовнику, буде залежати від технології та кваліфікації персоналу, якими володіє організація-замовник. Якщо організація-замовник не розташовує персоналом, що має достатню кваліфікацію для технічної експлуатації об'єкта, вона, можливо, забажає отримати допомогу концесіонера в експлуатації об'єкта, принаймні на початковому етапі. В деяких випадках організація-замовник може побажати, щоб концесіонер забезпечив персонал для заміщення багатьох технічних постів на об'єкті, в той час як в інших випадках вона, можливо, забажає, щоб концесіонер лише надав технічних фахівців, які в якості консультантів співпрацюватимуть з персоналом організації-замовника у виконанні деяких високоспеціалізованих операцій.

З метою надання організації-замовнику допомоги в експлуатації і матеріально технічному обслуговуванні об'єкта в проектному угоді на концесіонера може бути покладено зобов'язання представити перед передачею об'єкта програму експлуатації та матеріально-технічного обслуговування, призначену для підтримки функціонування об'єкта в залишився термін його служби на рівні ефективності, необхідному по проектному угодою. Програма експлуатації та технічного обслуговування може включати, наприклад, такі питання: складання організаційної схеми, що показує основний персонал, необхідний для технічної експлуатації об'єкта, а також функції кожного працівника; періодична інспекція об'єкта; мастило, чистка та регулювання устаткування; і заміна дефектних або зношених частин. Матеріально-технічне обслуговування може також включати операції організаційного характеру, наприклад, складання графіка матеріально-технічного обслуговування або реєстрацію робіт по матеріально-технічному обслуговуванню. Організація-замовник може також вимагати від концесіонера надати їй керівництва з експлуатації та матеріально-технічному обслуговуванню, що містять опис відповідних процедур. Такі керівництва повинні бути складені у форматі і мовою, зрозумілою для персоналу організації-замовника.

Ефективною формою навчання персоналу організації-замовника процедурам експлуатації та матеріально-технічного обслуговування, яку можна передбачити в проектному угоді, є виробниче навчання в ході спільної роботи персоналу організації-замовника з персоналом концесіонера з експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта протягом певного терміну до або після його передачі. Потім можна визначити посади, які буде займати найнятий організацією-замовником персонал, і вказати його кваліфікацію та досвід. Щоб уникнути непорозумінь і забезпечити ефективну роботу, доцільно чітко визначити будь-які повноваження, які матиме персонал кожної сторони по відношенню до персоналу іншого боку протягом відповідного строку.

с) Поставки запасних частин

В рамках проектів, що передбачають передачу об'єкта організації-замовнику, їй будуть потрібні запасні частини для заміни зношених або пошкоджених частин, а також послуги з матеріально-технічного обслуговування, ремонту та експлуатації об'єкта. Запасні частини можуть бути відсутні на місцевому ринку, і організації-замовнику доведеться покладатися в їх поставці на концесіонера. Для сторін буде набагато простіше планувати поставки запасних частин і надання послуг після передачі об'єкта, якщо вони передбачать і відобразять у проектному угоді потреби організації-замовника в цьому відношенні. Разом з тим, з урахуванням значної тривалості більшості проектів у галузі інфраструктури, сторонам, можливо, буде важко передбачати і передбачити в проектному угоді потреби організації-замовника після передачі об'єкта.

Можливим підходом до вирішення цієї проблеми може стати укладення сторонами окремого контракту, що регулює ці питання. Такий контракт можна укласти ближче до моменту передачі об'єкта, коли організація-замовник буде мати більш чітке уявлення про свої потреби. В тому випадку, коли запасні частини виготовляються не концесіонером, а для концесіонера його постачальниками, організація-замовник, можливо, віддасть перевагу контрактам з цими постачальниками, а не з концесіонером, або ж, як альтернативи, організація-замовник може побажати, щоб концесіонер набував їх для неї в якості її агента.

Багато, щоб персонал організації-замовника розташовував технічними можливостями для установки запасних частин. З цією метою в проектній угоді можна обумовити обов'язок концесіонера надати необхідні технічні посібники, інструменти та обладнання. Технічні посібники повинні бути складені у форматі і мовою, зрозумілою для персоналу організації-замовника. Контракт може також містити вимогу до концесіонеру надати креслення об'єкта в його готовому вигляді, із зазначенням того, яким чином з'єднані між собою різні елементи обладнання, і з описом доступу до таких елементів для установки запасних частин і для забезпечення можливості матеріально-технічного обслуговування і ремонту. У деяких випадках може бути доцільним включити вимогу до концесіонеру навчити персонал організації-замовника установці запасних частин.

d) Ремонт

В інтересах організації-замовника укласти угоди, які забезпечать швидкий ремонт об'єкта в разі поломки. У багатьох випадках концесіонер володіє кращою кваліфікацією для здійснення ремонту, ніж будь-яку третю особу. Крім того, якщо з проектною угодою організація-замовник не може розкривати третім особам технологію, поставлену їй концесіонером, це може обмежити вибір третіх осіб для здійснення ремонту тими сторонами, які забезпечують прийнятні для концесіонера гарантії щодо нерозкриття інформації про технології концесіонера. З іншого боку, якщо значна частина обладнання виготовлена для концесіонера постачальниками, організація-замовник може віддати перевагу укласти окремі контракти на ремонт з цими постачальниками, оскільки вони можуть володіти кращою кваліфікацією для ремонту такого обладнання. При встановленні характеру та строків дії зобов'язань з ремонту, покладених на концесіонера, якщо такі передбачені, доцільно включити їх ясний опис і розділити їх із зобов'язаннями, прийнятими на себе концесіонером за гарантіями якості стосовно усунення дефектів на об'єкті.

VI. Врегулювання спорів

A. Загальні зауваження

Важливим чинником здійснення проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, є існуюча в приймаючій країні правова основа для врегулювання спорів. Інвестори, підрядники і кредитори будуть охочіше брати участь у проектах в тих країнах, де вони впевнені, що будь-які спори, що виникають із укладаються в рамках проекту контрактів, будуть врегульовані справедливо і ефективно. Ефективні процедури уникнення суперечок або їх швидкого врегулювання будуть одночасно сприяти здійсненню контролюючих функцій організацією-замовником і скорочення її загальних адміністративних витрат. Для створення більш сприятливого для інвесторів клімату законодавчі рамки приймаючої країни повинні закріплювати ряд основоположних принципів, включаючи, наприклад, такі: іноземним компаніям має бути гарантований доступ до судам на по суті тих же умовах, що і національним компаніям; боку приватних контрактів повинні мати право обирати іноземний закон в якості права, застосовного до їх контрактом; повинні бути передбачені можливості для приведення у виконання іноземних судових рішень; і не повинно існувати ні невиправданих перешкод для доступу до несудових механізмів врегулювання суперечок, ні юридичних перешкод створенню умов для вирішення спорів поза рамками судової системи.

Для проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, як правило, потрібно створення мережі взаємопов'язаних договірних та інших юридичних відносин між різними сторонами. Законодавчі рішення, що стосуються врегулювання виникаючих в контексті цих проектів спорів, повинні враховувати різноманіття відносин, що може зажадати різних методів врегулювання спорів залежно від виду спору та що беруть участь. Основні види суперечок можна розділити на три широкі категорії:

а) спори, що виникають з угод між концесіонером і організацією-замовником та іншими урядовими установами. У більшості країн цивільного права проектну угоду регулюється адміністративним правом, тоді як в інших країнах це угоду в принципі регулюється договірним правом, яке доповнюється спеціальними положеннями, розробленими для урядових контрактів про надання загальнодоступних послуг. Цей режим може вплинути на механізм врегулювання спорів, про яку можуть домовитися сторони проектного угоди. Аналогічні міркування, можливо, застосовні і до деяких контрактами, що укладаються між концесіонером і урядовими установами або знаходяться в урядовій власності компаній, які постачають товари або надають послуги, необхідні для проекту, або закуповують товари або послуги, вироблені об'єктом інфраструктури;

б) спори, що виникають з контрактів та угод, укладених засновниками проекту або концесіонером з пов'язаними з ними сторонами з метою здійснення проекту. До таких контрактами зазвичай відносять по меншій міру наступні: 1) контракти між сторонами, володіють паперами проектної компанії (наприклад, угоди між акціонерами, угоди, що стосуються надання додаткового фінансування, або домовленості, стосуються права голосу); 2) угоди про кредитування і пов'язані з ними угоди, в яких крім проектної компанії беруть участь такі сторони, як комерційні банки, урядові кредитні установи, міжнародні кредитні установи і страховики експортних кредитів; 3) контракти між проектною компанією і підрядниками, які можуть, у свою чергу, являти собою консорціум підрядників і постачальників устаткування і послуг; 4) контракти між проектною компанією і сторонами, які займаються експлуатацією та матеріально-технічним обслуговуванням проектного об'єкта; і 5) контракти між концесіонером і приватними компаніями на поставку товарів і послуг, необхідних для експлуатації та матеріально технічна обслуговування об'єкта;

с) спори між концесіонером і іншими сторонами. У число таких сторін входять користувачі або клієнти об'єкта, коло яких може, наприклад, включати знаходитися в урядовій власності комунальну компанію, яка закуповує електроенергію чи воду у проектній компанії з метою перепродажу кінцевим користувачам; комерційні компанії, такі як авіалінії або судноплавні компанії, що укладають контракти на використання аеропортів або портів; або окремих осіб, що вносять плату за використання платних доріг. Сторони таких спорів не обов'язково будуть пов'язані якими-небудь раніше встановленими юридичними відносинами договірною або аналогічного характеру.

В. Споры між організацією-замовником та концесіонером

Спори, що виникають із проектної угоди, часто пов'язані з проблемами, які досить рідко виникають стосовно до інших видів контрактів. Це обумовлено складністю проектів у галузі інфраструктури та тим фактом, що їх здійснення вимагає тривалого часу, причому в етапах будівництва та експлуатації може брати участь цілий ряд підприємств. Крім того, в таких проектах зазвичай беруть участь урядові установи та вони пов'язані з публічними інтересами високого рівня. Ці обставини підкреслюють необхідність в створенні механізмів, які дозволяють, наскільки це можливо, не допустити загострення протиріч між сторонами і сприяють збереженню ділових відносин, які дозволяють запобігти зриву будівельних робіт або надання послуг і які пристосовані до особливостей потенційних суперечок. 4. У цьому розділі розглядаються деякі основні міркування, зачіпають різні етапи здійснення проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел. Проблема врегулювання

питання про скарги концесіонерів у зв'язку з рішеннями регулюючих установ була обговорена в контексті питання про повноваження на регулювання послуг в області інфраструктури. Питання про спорах, що виникають в ході процесу відбору концесіонера (тобто про переддоговірних суперечках), було також розглянуто у Посібнику раніше.

1. Загальні міркування щодо методів попередження і врегулювання спорів

Питання, які найбільш часто викликають суперечки в ході здійснення проектної угоди, пов'язані з можливими порушеннями угоди на етапах будівництва або експлуатації об'єкта інфраструктури або із закінченням або припиненням проектної угоди. Ці суперечки можуть бути вельми складними, і вони часто пов'язані з суто технічними питаннями, які потрібно дозволити в оперативному порядку, з тим щоб перешкодити зривів у будівництві або експлуатації об'єкта інфраструктури. З цих причин сторонам доцільно розробити механізми, що дозволяють вибрати компетентних експертів для надання допомоги у врегулюванні спорів. Крім того, тривалий термін проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, обумовлює важливість розробки механізмів, призначених для попередження, наскільки це можливо, виникнення спорів з метою сприяння збереженню ділових відносин між сторонами.

Для досягнення вищезазначених цілей в проектну угоду часто включаються комплексні положення про врегулювання спорів, спрямовані на попередження, наскільки це можливо, виникнення спорів, на сприяння досягненню узгоджених рішень і на створення ефективних процедур врегулювання спорів для випадків, якщо такі спори, тим не менш, виникнуть. Подібні положення звичайно передбачають певну послідовність кроків, починаючи від "раннього оповіщення" про питання, яких можуть перерости в суперечку, якщо сторони не приймуть заходи по уникненню такого спору. Для випадків, коли спір виникає, передбачається, що сторони повинні обмінятися інформацією і обговорити суть спору з метою відшукування рішення. Якщо сторони не здатні вирішити суперечку самостійно, то будь-яка зі сторін може зажадати залучення незалежної та неупередженої третій боку для надання їм допомоги у знаходженні прийнятного рішення. У більшості випадків механізми врегулювання спорів, пов'язані з тягатиною сторін, використовуються тільки тоді, коли спори не можуть бути дозволені з допомогою застосування подібних примирних методів.

У той же час свобода сторін домовлятися про певні методах попередження або врегулювання спорів може бути обмеженою: одне з таких обмежень може бути обумовлено предметом спору, а інше обмеження може в деяких правових системах обумовлюватися урядовою природою організації-замовника. Підхід, традиційно використовуваний в деяких правових системах, полягає в тому, що уряд і його установи не можуть погоджуватися на певні методи врегулювання спорів, зокрема на арбітраж. Цей підхід часто тлумачиться обмежувально як не поширюється на публічні підприємства промислового або комерційного характеру, які у своїх відносинах з третіми країнами діють відповідно з приватним або комерційним правом.

Обмеження на свободу сторін домовлятися про методи врегулювання спорів, включаючи арбітраж, можуть бути також пов'язані з юридичною природою проектної угоди. Згідно з деякими системам цивільного права, в яких проектні угоди розглядаються як адміністративні контрактів, може передбачатися вимога про те, щоб спори, що виникають з таких угод, вирішувалися в судах загальної юрисдикції або в адміністративних судах приймаючої країни. Згідно з іншими правовим системам аналогічні заборони можуть прямо обумовлюватися в законодавстві або впливати з судових прецедентів, безпосередньо застосованих до проектних угодами, або можуть бути результатом усталеною договірної практики, зазвичай ґрунтується на законодавчих нормах або правилах.

Країнам, бажаним дозволити використання несудових методів, включаючи арбітраж, для врегулювання спорів, що виникають у зв'язку з проектами в області інфраструктури, що

фінансуються з приватних джерел, важливо ліквідувати можливі юридичні перешкоди і в чіткій формі обумовити повноваження національних організацій-замовників на узгодження методів врегулювання спорів. Відсутність таких законодавчих повноважень може викликати сумніви в дійсності застереження про врегулювання суперечок і з'явитися причиною затримок у процесі вирішення таких спорів. Якщо, наприклад, третейський суд визнає, що арбітражна угода є дійсним, незважаючи на будь-які наступні заперечення на тій підставі, що організація-замовник не мала повноважень на його укладення, це питання може знову виникнути на етапі визнання і приведення у виконання в суді приймаючої країни або в суді третьої країни, в якій має бути визнано або приведено у виконання арбітражне рішення.

2. Часто використовувані методи попередження і врегулювання спорів

У нижченаведених пунктах викладаються основні риси методів, використовуваних для попередження та врегулювання спорів, а також розглядається їх прийнятність для різних етапів великих проектів у галузі інфраструктури, а саме етапу будівництва, етапу експлуатації і завершального етапу після припинення проекту. Хоча в проектних угодах зазвичай передбачаються комплексні механізми попередження та врегулювання спорів, слід докладати зусиль до того, щоб уникнути встановлення надмірно складних процедур або такого порядку, який буде характеризуватися зайвою багатошаровістю різних процедур. Міститься в нижченаведених пунктах короткий опис окремих методів попередження та врегулювання суперечок спрямоване на те, щоб надати в розпорядження законодавців інформацію про особливості цих різних методів і про доцільність їх використання. Цей опис не слід тлумачити як рекомендацію щодо використання того чи іншого поєднання подібних методів.

а) "Раннє оповіщення"

Положення про "ранньому оповіщенні" можуть грати роль корисного інструменту, дозволяє уникнути суперечок. Згідно з такими положеннями, якщо одна зі сторін контракту вважає, що події, що відбулися або претензії, які мають намір заявити ця сторона, можуть викликати суперечки, такі події або претензії повинні бути доведені до відома іншої сторони в найкоротші можливі терміни. Затримки в поданні таких претензій не тільки є джерелом можливих конфліктів з тієї причини, що вони можуть бути несподіваними для іншої сторони і, таким чином, викликати реакцію відторгнення і ворожості, але вони також можуть ускладнити процедуру доведення обгрунтованості таких претензій. З цієї причини положення про "ранньому оповіщенні" зазвичай передбачають, що заявляє претензію сторона повинна представити своє вимога, виражене в кількісній формі, разом з необхідними доказами протягом встановленого терміну. Для забезпечення ефективності такого положення часто передбачаються санкції за його недотримання, наприклад, втрата права на пред'явлення вимоги або обтяжене тягар доведення. Стосовно до проектам в галузі інфраструктури концепція "раннього оповіщення" часто охоплює події, які можуть негативно позначитися на якості робіт або загальнодоступних послуг, підвищити їх вартість, викликати затримки або поставити під загрозу безперервність надання послуги. У силу цього положення про "ранньому оповіщенні" зберігають свою корисність протягом усього строку здійснення проекту в області інфраструктури.

б) Партнерство

Іншим інструментом, який може бути використаний як засіб уникнення суперечок, є партнерство. Мета партнерства полягає в тому, щоб створити - за допомогою спільно розроблених офіційних стратегій і вже з самого початку здійснення проекту - обстановку довіри, колективної роботи та співпраці у відносинах між усіма ключовими сторонами, беруть участь у проекті. Досвід показує, що партнерство грає корисну роль, так як воно дозволяє уникати суперечок і зміцнює прихильність сторін ефективній роботі, спрямованій

на досягнення цілей проекту. Партнерські відносини розробляються ключовими сторонами проекту на спеціальних семінарах, які зазвичай організовує організація-замовник. На першому семінарі учасники досягають загального розуміння концепції партнерства, визначають цілі проекту для всіх сторін і розробляють процедури оперативного вирішення найважливіших питань. Наприкінці цього семінару складається проект "статуту партнерства", який підписується учасниками в ознаменування їх прихильності спільній роботі в інтересах успішної реалізації проекту. У такому статуті зазвичай передбачається процедура вирішення виникаючих питань, призначена для визначення порядку розгляду претензій та врегулювання інших проблем, починаючи з найменшого можливого рівня управління і, по можливості, на найбільш ранньому етапі. Якщо у встановлені терміни рішення не досягнуто, то відповідний питання передається на наступний рівень управління проектом. Сторонні для проекту особи притягаються до врегулювання відповідного питання тільки в тому випадку, якщо особи, відповідальні за реалізацію проекту, не дійшли згоди.

с) Переговори за участю помічника

Мета цієї процедури полягає в тому, щоб надати сприяння сторонам у процесі переговорів. На початку здійснення проекту сторони призначають помічника. Його функція полягає в наданні сприяння сторонам у врегулюванні будь-яких суперечок, причому він не висловлює своєї суб'єктивної думки щодо спірних питань, а, скоріше, спонукає сторони до ретельному аналізу істоти їхні справи. Така процедура є особливо корисною у разі участі декількох сторін, коли без послуг такого помічника буде важко організувати переговори і узгодити різні думки.

д) Погоджувальні процедури і посередництво

Термін "погоджувальні процедури" використовується в цьому Посібнику для відбиття широкої концепції, яка охоплює процедуру, в рамках якої будь-яка особа або група осіб незалежно та неупереджено основі надає допомогу сторонам у їх зусиллях добитися полюбовного врегулювання спору. Погоджувальна процедура відрізняється від переговорів між сторонами в суперечці (які сторони, як правило, починають після виникнення спору) в тому, що погоджувальна процедура передбачає допомогу у врегулюванні спору на стороні незалежного та неупередженого особи, тоді як в переговорах між сторонами з врегулювання суперечки ніяке таке третій особа не бере участь. Різниця між погоджувальною процедурою і арбітражем полягає в тому, що погоджувальна процедура приводить або до врегулювання спору на основі згоди сторін, або закінчується безрезультатно, в той час як при арбітражі третейський суд виносить рішення, обов'язкове для сторін, якщо тільки сторонам не вдалося врегулювати свою суперечку до винесення такого рішення. На практиці для позначення таких погоджувальних процедур використовуються різні терміни, включаючи "посередництво". У той же час в правовій традиції деяких країн між "погоджувальними процедурами" і "Посередництвом" проводиться розмежування, з тим щоб підкреслити той факт, що при погоджувальних процедурах третя сторона прагне зблизити сторони в суперечці, з тим щоб допомогти їм зняти свої розбіжності, в той час як посередництво являє собою більш далекосяжну процедуру, оскільки посереднику дозволяється пропонувати умови врегулювання спору. Разом з тим терміни "погоджувальні процедури" і "посередництво" вельми часто використовуються як синоніми.

Погоджувальні процедури все більш широко використовуються в різних частинах світу, в тому числі в таких регіонах, де вони в минулому не були поширені. Ця тенденція знайшла своє відображення, зокрема, у створенні ряду приватних і публічних органів, що пропонують зацікавленим сторонам свої послуги з організації погоджувальних процедур. Зазвичай погоджувальні процедури носять приватний, конфіденційний і неформальний характер, що полегшує їх застосування. Такі процедури можуть бути також оперативними і недорогими. В рамках погоджувальних процедур посередник може виконувати різноманітні функції і, як

правило, діє більш активно, ніж простий помічник. Він часто може оспорювати позиції сторін, з тим щоб підкреслити їх слабкі сторони, що зазвичай полегшує досягнення угоди, і, якщо йому будуть надані відповідні повноваження, може пропонувати можливі сценарії врегулювання. Ця процедура, як правило, не носить обов'язкового характеру, і функції посередника полягають у тому, щоб сприяти врегулюванню шляхом звернення уваги сторін на спірні питання і їх можливе рішення, а не у винесенні рішення по суті справи. Така процедура особливо корисна в тих випадках, коли в суперечці беруть участь кілька сторін і досягнення угоди шляхом прямих переговорів викликає, таким чином, складності.

Якщо сторони передбачають у проектному угоді погоджувальну процедуру, то їм буде необхідно узгодити ряд процедурних питань з тим, щоб підвищити ймовірність врегулювання спорів. Вирішенню таких процедурних питань багато в чому сприяє включення в контракт посилання на будь-який погоджувальну регламент, наприклад на Погоджувальну регламент ЮНСІТРАЛ. Різні міжнародні та національні організації розробили інші зводи правил погоджувальної процедури.

е) Необов'язкова експертна оцінка

Така оцінка являє собою процедуру, в рамках якої нейтральній третій стороні доручається провести оцінку суті спору і запропонувати можливе рішення. Вона служить свого роду "перевіркою фактів", що показує сторонам у суперечці можливий результат більш дорогих і що зазвичай вимагають більш значних витрат часу обов'язкових процедур, таких як арбітражне або судовий розгляд. Ця процедура грає корисну роль в тому випадку, коли зносини сторін утруднені, оскільки вони займають непримиренні позиції, або коли вони чітко не усвідомлюють слабких сторін своїх позицій і сильних сторін позицій супротивної сторони. Слідом за необов'язковою експертною оцінкою зазвичай проводяться переговори, будь то прямі або за сприяння помічника.

ф) Міні-розгляд

Ця процедура являє собою інсценівку розгляду, в рамках якої оперативний персонал кожної сторони представляє справу в "суд", складається з старших посадових осіб кожного боку і третього нейтрального особи. Після представлення матеріалів у справі, яке зазвичай здійснюється в заздалегідь встановлені терміни, посадові особи проводять переговори за сприяння помічника, функції якого виконує нейтральне особа, з тим щоб спробувати досягти угоди на основі питань, прояснених в ході "розгляду". У них часто беруть участь юридичні радники сторін, які допомагають виокремити відповідні питання. Основна мета такого міні-розгляду полягає в тому, щоб проінформувати старших посадових осіб про питання, які стосуються суті спору, і дати можливість провести перевірку фактів справи, що допоможе спрогнозувати можливі результати реального розгляду.

г) Оцінка старшими посадовими особами

Ця процедура аналогічна міні-розгляду, проте вона меншою мірою носить характер тяжби сторін і в більшій мірі будується на основі підходу, орієнтованого на досягнення консенсусу. Ця процедура починається з подання документів, що містять резюме позицій кожної зі сторін, слідом за чим боку в короткій формі представляють свої відповіді. На "наradі з оцінці", роботою якого керує помічник, старші посадові особи кожної зі сторін виступають з короткими усними заявами, в яких роз'яснюються питання, що містяться в документах з викладом позицій, або інші моменти, підняті сторонами або помічником. Після цієї наради з метою досягнення угоди проводяться переговорні засідання, також під головуванням помічника. І міні-розгляд, і оцінка старшими посадовими особами є, як видається, менш жорсткими процедурами перевірки фактів справи, ніж необов'язкова

експертна оцінка, і в силу цього вони, по всій видимості, будуть в меншій мірі стимулювати прийняття важких рішень в відсутність відповідного комерційного тиску.

h) Розгляд технічних суперечок незалежними експертами

Стосовно до етапу будівництва боку, можливо, побажають передбачити, що деякі види суперечок повинні передаватися на розгляд незалежних експертів, призначених обома сторонами. Така процедура може бути особливо корисною у зв'язку з розбіжностями, що стосуються технічних аспектів спорудження об'єктів інфраструктури (наприклад, з питання про те, чи відповідає об'єкт договірним специфікаціям або технічним стандартам).

Сторони можуть, наприклад, призначити інспектора з проектно-конструкторським питань або інженера-контролера для розгляду, відповідно, їх розбіжностей, що стосуються інспекції та затвердження проектно-конструкторських робіт або ходу будівельних робіт. Незалежні експерти повинні володіти досвідом у проектно-конструкторських і будівельних питаннях, пов'язаних з аналогічними проектами. Повноваження незалежного експерта (наприклад, в питанні про те, виносить Чи незалежний експерт рекомендації або ж приймає обов'язкові рішення), а також обставини, за яких сторони можуть запросити консультації незалежного експерта або доручити йому прийняти відповідне рішення, повинні бути обумовлені в проектному угоді. У деяких великих проектах в області інфраструктури консультації незалежного експерта можуть бути, наприклад, запитані концесіонером у всіх випадках, коли між концесіонером та організацією-замовником виникають розбіжності з питання відповідності деяких аспектів проектно-конструкторських або будівельних робіт застосовним специфікаціям або договірним зобов'язанням. Передача відповідної справи на розгляд інспектора з проектно-конструкторським питанням або, якщо це доречно, інженера-контролера може зіграти особливо корисну роль стосовно до тих положень проектної угоди, які вимагають попередньої згоди організації-замовника на здійснення концесіонером певних дій, наприклад, у разі остаточного дозволу на експлуатацію об'єкта інфраструктури.

Послуги незалежних експертів часто використовувалися для дозволу технічних спорів, що виникають з контрактів на будівництво, причому у зв'язку з проектами в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, можуть бути використані різні механізми і процедури, розроблені в практиці будівельної промисловості. Разом з тим слід зазначити, що зміст суперечок між організацією-замовником і концесіонером не обов'язково відповідатиме змісту спорів, які зазвичай виникають з контрактів на будівництво. Це пояснюється тим, що відносні позиції організації-замовника і концесіонера по проектному угодою не повною мірою порівняти з становищем власника і виконавця робіт за контрактом на будівництво. Наприклад, спори щодо суми платежу, належну підрядникові за фактично виконаний обсяг робіт, які часто виникають у разі контрактів на будівництво, не є типовими для відносин між організацією-замовником та концесіонером, оскільки останній зазвичай не отримує платежу від організації-замовника до завершення будівельних робіт.

i) Комісії з розгляду спорів

У відповідності з проектними угодами по великих проектах в області інфраструктури часто заснуються постійні комісії, що складаються з експертів, призначуваних обома сторонами, можливо, за допомогою якого-небудь компетентного органу, з метою надання допомоги у врегулюванні спорів, які можуть виникнути на етапах будівництва та експлуатації (в сьогоденні Керівництві використовується термін "комісії з розгляду спорів"). Процедури розгляду спорів такою комісією можуть носити неформальний і оперативний характер, а також можуть бути пристосовані до особливостей спору, що знаходиться на розгляді. Призначення комісії з розгляду суперечок може запобігти переростанню непорозумінь або розбіжностей між сторонами у формальні суперечки, які зажадають врегулювання в ході арбітражного або судового розгляду. Так, ефективність комісії з

розгляду спорів в якості інструменту, який дозволяє уникнути таких спорів, є однією з особливо сильних сторін цієї процедури, однак такі комісії можуть також виконувати функції з вирішення спорів, особливо якщо вони будуть уповноважені на винесення обов'язкових рішень.

Відповідно до процедури установи комісій з розгляду спорів боку зазвичай вибирають на початку здійснення проекту трьох експертів, які користуються авторитетом у силу їх спеціальних знань в проектній області та які утворюють цю комісію. Такі експерти можуть бути замінені, якщо проект охоплює різні стадії, для яких може бути необхідна різна спеціалізація (тобто для цього етапу спорудження об'єкта буде необхідна спеціалізація, відмінна від тієї, яка буде потрібно згодом в ході управління наданням загальнодоступною послуги), та в рамках деяких великих проектів у галузі інфраструктури створювалося кілька таких комісій. Наприклад, одна комісія з розгляду спорів може займатися виключно спорами, що стосуються питань технічного характеру (наприклад, проектно-конструкторських аспектів або питань застосовності деяких технологій та дотримання екологічних стандартів), у той час як інша комісія може займатися суперечками договірною чи фінансового характеру (відносно, наприклад, сум компенсацій, належних за затримки у видачі ліцензій, або розбіжностей з питань застосування формул коригування цін). Кожен член комісії повинен володіти досвідом по конкретних видах проектів, у тому числі досвідом по тлумаченню проектних угод і управлінню їх здійсненням, і повинен брати на себе зобов'язання зберігати неупередженість і незалежність по відношенню до сторін. Таким особам можуть представлятися періодичні доповіді про хід будівництва або експлуатації об'єкта інфраструктури, якщо це доречно, і до їх відома можуть негайно доводитись розбіжності, що виникають між сторонами. Вони можуть зустрічатися зі сторонами - або регулярно, або в міру необхідності - для розгляду виниклих розбіжностей і пропонувати можливі шляхи їх врегулювання.

Діючи в якості осіб, відповідальних за запобігання виникнення спорів, члени комісії можуть періодично відвідувати будівельний майданчик, зустрічатися зі сторонами і отримувати інформацію про хід робіт. Такі наради допомагають ранньому виявленню моментів, які можуть потенційно призвести до конфліктів, до їх загострення і переростання в повномасштабні суперечки. Коли виявлені моменти, які потенційно можуть викликати конфлікти, комісія пропонує рішення, на які з урахуванням досвіду та репутації її членів боку, цілком ймовірно, дадуть свою згоду. Після передачі якогось спору на розгляд комісії вона проводить оцінку істоти спору при використанні неформальних процедур, як правило, шляхом обговорення відповідних питань зі сторонами в ході регулярного відвідування відповідного об'єкта. Комісія контролює хід обговорень, однак кожній стороні надаються повні можливості для викладення її думок, причому комісія з розгляду спору має право задавати питання і запитувати уявлення документів та інших доказів. Переваги проведення слухань з місця робіт незабаром після того, як відбулися відповідні події, і до того, як сформувалися позиції конфронтуючих сторін, є очевидними. Потім комісія проводить закриті наради, на яких вона намагається виробити рекомендацію або рішення. Якщо сторони не погоджуються з цими пропозиціями і виникає суперечка, комісія, коли вона уповноважена на це сторонами, володіє унікальними можливостями для оперативного врегулювання таких спорів, оскільки вона вже ознайомена з виниклими проблемами і договірної документацією.

Враховуючи, як правило, тривалий термін реалізації проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, багато обставин, мають відношення до здійснення таких проектів, можуть змінитися до закінчення терміну концесії. Хоча вплив таких змін може автоматично регулюватися проектним угодою, можуть існувати такі зміни, які буде нелегко врахувати за допомогою механізму автоматичного коректування і які боку, можливо, побажають виключити з дії такого механізму. В силу цього сторонам важливо створити механізми для розгляду спорів, які можуть виникнути у зв'язку з обставинами, що

змінилися. Це має особливе значення на етапі експлуатації проекту. У тих випадках, коли сторони узгодили норми, що дозволяють переглядати умови проектної угоди за певних обставин, може виникнути питання про те, відбулися Чи відповідні події і, якщо вони мали місце, яким чином слід змінити або доповнити договірні умови. З тим щоб сприяти врегулюванню можливих суперечок і уникнути створення тупикової ситуації у випадку, якщо сторони не здатні домовитися про перегляд контракту, сторонам доцільно роз'яснити питання про те, чи може і якою мірою може комісія з розгляду спорів змінювати або доповнювати певні договірні умови. У цьому контексті можна відзначити, що сторони, можливо, не завжди будуть мати можливість звернутися в цих цілях до арбітражу або відповідному національному суду. Так, згідно з деякими правовим системам питання про зміну або доповнення договірних умов не входить до компетенції судів або арбітрів. Згідно з іншими правовим системам суди і арбітри можуть вжити відповідних заходів тільки в тому випадку, якщо вони прямо уповноважені на це сторонами. Згідно ще одній групі правових систем відповідною компетенцією можуть наділятися арбітри, але не суди.

Питання про те, якою мірою сторони можуть уповноважувати арбітрів чи суди переглядати рішення комісії з розгляду спорів, може вирішуватися законодавством, що регулює арбітражну чи судову процедуру. Виключення можливості такого оскарження володіє тим перевагою, що рішення комісії з розгляду спорів буде відразу ж купувати остаточний і обов'язковий характер. У той же час, якщо таке оскарження допускатиметься, то це зміцнить впевненість сторін в тому, що винесене рішення буде правильним. Спочатку положення про комісії по розгляду суперечок не передбачали, що їх рекомендації набувають обов'язковий характер, якщо вони не оспорується в рамках арбітражного або судового розгляду. На практиці, однак, переконлива сила одностайних рекомендацій, спільно винесених незалежними експертами, узгодженими сторонами, призвела до того, що і організації-замовники, і проектні компанії в добровільному порядку погоджувалися з цими рекомендаціями і відмовлялися від тяжб в судовому або арбітражному порядку. Положення про комісії з розгляду спорів, що містяться в недавно укладених договорах, зазвичай передбачають, що рішення комісії, хоча воно і не набуває відразу ж обов'язкового для сторін характеру, стає обов'язковим, якщо тільки одна із сторін або обидві сторони не передають спір на арбітраж або не збуджують судового розгляду протягом обумовленого терміну. Крім прагнення уникнути потенційних витрат часу на проведення тривалих судових або арбітражних тяжб сторони часто враховують потенційні складнощі, пов'язані зі спробою опротестувати рішення комісії, яке може розглядатися судом або арбітражем у якості авторитетної рекомендації, оскільки воно було винесене незалежними експертами, що ознайомлені з проектом з самого початку його здійснення, і оскільки воно ґрунтується на безпосередньому спостереженні за ходом здійснення проекту до моменту і в момент первісного виникнення спору.

Хоча такий порядок передбачається дуже рідко, сторони можуть домовитися про те, щоб надати рішеннями комісії остаточний і обов'язковий характер. Слід зазначити, однак, що незважаючи на згоду сторін на обов'язкову силу рішень комісії, згідно з багатьма правовим системам рішення комісії з розгляду спорів, хоча воно і буде визнаватися як має обов'язкову силу як договору, може не підлягати приведенню у виконання в спрощеному порядку, як це має місце, наприклад, у випадку процедур щодо приведення до виконання арбітражного рішення, оскільки рішення комісії статусу арбітражного рішення не має. Якщо сторони хотіли б обумовити процедури роботи комісії з розгляду спорів, то їм буде необхідно врегулювати різні аспекти таких процедур в проектній угоді. Було б доцільно обумовити в проектній угоді з максимально можливою точністю повноваження, якими наділяється комісія з розгляду спорів. Що стосується характеру її функцій, то відповідно з проектною угодою комісія з розгляду спорів може бути уповноважена виносити висновки за фактами справи і приймати розпорядження про тимчасові заходи. Можна обумовити ті функції, які повинна виконувати комісія з розгляду спорів, і види спорів, які вона може розглядати. Якщо сторонам дозволяється порушувати арбітражне або судовий розгляд протягом обумовленого

терміну після винесення рішення, то сторони можуть обумовити, що укладення за фактами справи, винесену комісією з розгляду суперечок, має розглядатися в якості остаточного в ході арбітражного або судового розгляду. У проектне угода може бути також включено зобов'язання сторін виконувати винесені комісією з розгляду спорів рішення щодо тимчасових заходів або рішення по суті обумовлених питань; якщо сторони цього не зроблять, то це буде розглядатися в якості невиконання договірної зобов'язання. Що стосується терміну повноважень комісії, то в проектній угоді може бути передбачено, що комісія буде виконувати свої функції протягом певного терміну після закінчення або припинення проектної угоди, з тим щоб була можливість для розгляду спорів, які можуть виникнути на цьому етапі (наприклад, спори щодо стану активів, що передаються організації-замовнику, і компенсації, належної за ці активи).

ж) Необов'язковий арбітраж

Ця процедура іноді використовується в тих випадках, коли методи, меншою мірою носять характер тяжби сторін, такі, як переговори за участю помічника, погоджувальна процедура або врегулювання комісією з розгляду спорів, не привели до успіху. Необов'язковий арбітраж проводиться таким же чином, що і обов'язковий арбітраж, і до нього можуть застосовуватися ті ж правила, за тим винятком, що ця процедура закінчується винесенням рекомендації. Згідно з цією процедурою передбачається, що сторони у випадку, якщо спір раніше залишиться невирішеним після необов'язкового арбітражу, перейдуть безпосередньо до його судовому врегулюванню. Сторони, які звертаються до такої процедури, роблять це з таких міркувань:

а) у них є застереження щодо обов'язкового характеру арбітражу; або б) вони розглядають її як стимул, що дозволяє уникнути арбітражного або судового розгляду, так як - стосовно до арбітражу - Повертатися вдруге до тієї ж процедурою було б недоцільно, і - стосовно до судового розгляду, - так як воно пов'язане з великими витратами часу і коштів.

к) Арбітраж

За останні роки арбітраж все більш широко використовується для врегулювання спорів, що виникають у зв'язку з проектами в області інфраструктури, фінансуються з приватних джерел. Арбітраж, як правило, використовується для врегулювання як спорів, що виникають в ході будівництва або експлуатації об'єкта інфраструктури, так і спорів, пов'язаних із закінченням або припиненням проектної угоди. Арбітражу, часто проводиться в іншій державі, ніж приймаюча країна, віддають перевагу - і в багатьох випадках вимагають організації подібних процедур - приватні інвестори і кредитори, особливо іноземні, оскільки сторони можуть надати арбітражним процедурам менш формальний, у порівнянні з судовим розглядом, характер і оскільки такі процедури краще відповідають потребам сторін і особливостям спорів, які можуть виникнути в рамках проектної угоди. Сторони можуть обрати арбітрами осіб, які володіють спеціальними знаннями щодо конкретних видів проектів. Вони можуть обрати місце проведення арбітражного розгляду. Вони також можуть обрати мову чи мови для використання в ході арбітражного розгляду. Арбітражні процедури, як вважається, менш небезпечні з точки зору нанесення збитку діловим відносинам між сторонами, ніж судовий розгляд. Може бути збережений конфіденційний характер процедур та арбітражних рішень, тоді як в разі судових процедур і рішень це, як правило, неможливо. Крім того, приведення у виконання арбітражних рішень в інших країнах, ніж країна їх винесення, полегшено в результаті широкого кола учасників Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року.

Що стосується, зокрема, проектів у галузі інфраструктури за участю іноземних інвесторів, то можна відзначити, що рамки для врегулювання суперечок між організацією-замовником та іноземними компаніями, які беруть участь в проектному консорціумі, можуть бути

забезпечені шляхом приєднання до Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами і фізичними або юридичними особами інших держав. Відповідно з цією Конвенцією, до якої в даний час приєдналося 131 держава, був заснований Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних спорів (МЦВІС). МЦВІС є самостійною міжнародною організацією, що підтримує тісні зв'язки зі Світовим банком. МЦВІС надає можливості для узгоджувальної процедури й арбітражного розгляду суперечок між країнами-учасниками та інвесторами, є фізичними або юридичними особами інших беруть участь у Конвенції держав. Звернення до погоджувальної процедури і арбітражу в МЦВІС є добровільним. Однак після того, як сторони якого-небудь договору або спору погодилися передати свій спір згідно з Конвенцією на арбітраж МЦВІС, жодна з них не може в односторонньому порядку відкликати свою згоду. Згідно Конвенції вимагається, щоб всі члени МЦВІС, незалежно від того, чи є вони сторонами в спорі чи ні, визнавали і приводили у виконання арбітражні рішення МЦВІС. Згоду сторін на арбітраж МЦВІС може бути дано як відносно існуючого спору, так і відносно певного класу майбутніх суперечок. У той же час необхідності у вираженні згоди сторін у відношенні якого-небудь конкретного проекту не є; приймаюча сторона в своєму законодавстві про сприяння інвестування може запропонувати поширити на спори, що виникають у зв'язку з певними категоріями інвестицій, компетенцію МЦВІС, і інвестор може в письмовій формі дати свою згоду на цю пропозицію.

Рамки для врегулювання спорів між організацією-замовником та іноземними компаніями можуть також передбачатися у двосторонніх інвестиційних угодах. Згідно з такими договорами приймаюча держава зазвичай надає інвесторам, що є фізичними або юридичними особами іншої підписанта, ряд запевнень і гарантій і висловлює свою згоду на арбітраж, наприклад, шляхом передачі спору на врегулювання в МЦВІС або в якій-небудь третейський суд, що застосовує Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ.

і) Суверенний імунітет

Законодавець, можливо, забажає розглянути свої законодавчі положення, стосуються питання про суверенний імунітет, і, якщо це буде визнано доцільним, роз'яснити, в яких областях організації-замовники можуть або не можуть посилатися на цю концепцію. У тих випадках, коли арбітраж допускається і коли сторони проектної угоди дійшли згоди про його застосуванні, виконання арбітражної угоди може бути зірвано або утруднене, якщо організація-замовник має можливість послатися на суверенний імунітет або в якості перешкоди для порушення арбітражного розгляду, або як заперечення проти визнання і приведення до виконання арбітражного рішення. Іноді законодавство з цього питання не є достатньо яким, що може викликати стурбованість зацікавлених сторін (наприклад, концесіонерів, засновників проекту і кредиторів) з приводу того, що арбітражна угода виявиться неефективним. Для того щоб розсіяти такі можливі сумніви, доцільно провести огляд законодавства з цього питання і позначити межі, в рамках яких організація-замовник може посилатися на суверенний імунітет.

Крім того, організація-замовник, проти якої було винесено арбітражне рішення, може послатися на імунітет від виконавчих дій у відношенні публічної власності. Існують різні підходи до питання про суверенний імунітет від виконавчих дій. Наприклад, згідно законам деяких країн імунітет не поширюється на урядові установи, які займаються комерційною діяльністю. Згідно іншим національним законам потрібна наявність зв'язку між власністю, на яку повинна бути звернена виконання, і відповідним позовом в тому відношенні, наприклад, що посилання на імунітет у відношенні засобів, виділених для економічної або комерційної діяльності, регульованою нормами приватного права, на яких ґрунтується позов, не допускаються, або в тому відношенні, що не допускаються застосування на імунітет, коли йдеться про активи, виділені державою на ведення своєї комерційної діяльності. У деяких

країнах вважається, що тягар доведення того, що активи, на які має бути звернено стягнення, не використовуються в комерційних цілях, покладається на уряд.

В деякі контракти з участю суб'єктів, які могли б послатися на суверенний імунітет, включалися застереження, що передбачають відмову уряду від свого права посилатися на суверенний імунітет. Така згода або така відмова можуть закріплюватися в проектному угоді або в міжнародному угоді; вони можуть обмежуватися визнанням того, що певна власність використовується або призначається для використання в комерційних цілях. Подібні письмові застереження можуть бути необхідними в тих випадках, коли не ясно, чи представляють собою укладання арбітражної угоди урядовою установою і його участь в арбітражних процедурах котрого уявляємо відмова від суверенного імунітету від виконавчих дій.

к) Ефективність арбітражної угоди і можливість приведення арбітражного рішення у виконання

Ефективність арбітражної угоди залежить від законодавчого режиму в місці арбітражу. Якщо законодавчий режим арбітражу в приймаючій країні вважається незадовільним, оскільки, наприклад, встановлено, що він накладає нерозумні обмеження на автономію сторін, одна зі сторін може побажати домовитися про якомусь місці арбітражу за межами приймаючої країни. У силу цього приймаючій країні важливо забезпечити, щоб її внутрішній законодавчий режим арбітражу дозволяв принципові процесуальні питання таким чином, який відповідав би потребам міжнародного арбітражу. Такий режим встановлюється, наприклад, в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж.

Якщо арбітражний розгляд відбувається за межами приймаючої країни або якщо арбітражне рішення, винесене в приймаючій країні, буде потрібно привести у виконання за кордоном, то ефективність арбітражної угоди буде також залежати від законодавства, що регулює питання визнання і приведення у виконання арбітражних рішень. У Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень регулюються, зокрема, такі питання, як визнання арбітражної угоди і підстави, за якими суд може відмовити у визнання рішення або в його приведення у виконання. Конвенція, за загальним думку, забезпечує прийнятний і збалансований режим визнання і приведення у виконання арбітражних рішень. Той факт, що приймаюча країна є учасником Конвенції, буде, ймовірно, розглядатися як найважливіший елемент оцінки юридичної визначеності зобов'язань і надійності арбітражу як методу врегулювання спорів зі сторонами з цієї держави в арбітражному порядку. Крім того, участь в Конвенції полегшить приведення у виконання за кордоном арбітражного рішення, винесеного в приймаючій країні.

л) Судовий розгляд

Як це зазначалося раніше, існують правові системи, в яких врегулювання спорів, що виникають з проектних угод, пов'язаних з наданням загальнодоступних послуг, є питанням, віднесених до виключної компетенції національних судів загальної юрисдикції або адміністративних судів. У деяких країнах урядові установи не мають права погоджуватися на арбітраж, крім як у спеціально обумовлених обставинах, в той час як в інших правових системах боку вільні у виборі між судовими та арбітражними процедурами.

У тих випадках, коли сторони мають можливість вибрати між судовими та арбітражними процедурами, у організації-замовника можуть матися причини для того, щоб залишити будь-які спори на врегулювання в судах приймаючої країни. Ці суди знайомі з національним правом, яке часто містить законодавчі положення, спеціально призначені для регулювання проектних угод. Крім того, організація-замовник або інші урядові установи, які беруть участь у спорі, можуть віддати перевагу місцевим судам через незнання мови судочинства та

обізнаності про судових процедурах. Може також враховуватися і те, що в тій мірі, в якій проектні угоди торкаються питань громадського порядку та захисту публічних інтересів, державні суди знаходяться в кращому становищі, щоб належним чином забезпечити виконання відповідних положень.

Разом з тим такий підхід організації-замовника може не знайти підтримки у потенційних інвесторів, фінансистів та інших приватних сторін. Ці сторони можуть віддати перевагу арбітражу перед судовими процедурами, оскільки арбітраж, який більшою мірою, ніж судочинство, залежить від згоди сторін, краще підходить для ефективного врегулювання спорів. Приватні інвестори, особливо іноземні, можуть також неохоче йти на те, щоб підпорядкувати свої суперечки юрисдикції національних судів, що функціонують на підставі невідомих їм правил. Згідно досвіду ряду країн, надання сторонам можливості вибору механізму врегулювання суперечок допомагає залученню іноземних інвестицій на цілі розвитку інфраструктури.

При вивченні питання про те, чи слід передбачити врегулювання будь-яких суперечок в рамках судових розглядів або таки слід укласти арбітражне угоду, коли така можливість допускається застосовним правом, в число факторів, зазвичай враховуються сторонами, входить, наприклад, їх впевненість у тому, що суди, компетентні вирішувати спір, діятимуть неупереджено і що суперечка буде вирішена без неналежних затримок. Ефективність національної судової системи та наявність форм судового захисту, відповідають потребам спорів, які можуть виникнути через проектної угоди, є додатковими факторами, які слід приймати до уваги. Крім того, з урахуванням високотехнічного характеру і великий складності питань, пов'язаних з проектами в області інфраструктури, сторони будуть також враховувати наслідки використання послуг арбітрів, обраних на основі їх особливих знань і досвіду, в порівнянні з використанням внутрішніх судів, яким може не діставати спеціальних знань чи досвіду в вирішенні технічних питань в тій області, в якій виникла суперечка. Ще одне міркування може бути пов'язано з конфіденційністю арбітражного розгляду, відносної неформальністю арбітражних процедур і, можливо, більш значною гнучкістю, якою можуть володіти арбітри при винесенні рішення про належні засоби правового захисту, причому всі ці фактори можуть сприятливо позначитися на підтримці та розвитку довгострокових відносин, встановлення яких передбачається в проектних угодах.

С. Спори між засновниками проекту і між концесіонером і його кредиторами, підрядниками і постачальниками

У внутрішньому законодавстві зазвичай визнається, що сторони комерційних угод, і особливо міжнародних комерційних угод, мають право домовлятися про те, в якому судовому органі будуть прийматися зобов'язують їх рішення по будь-якого спору, який може виникнути в їх відносинах. Що стосується міжнародних угод, то найкращим методом став арбітраж, незалежно від того, чи проводиться при цьому погоджувальна процедура як до арбітражу, так і в поєднанні з ним. Контракти, що укладаються між концесіонером і його кредиторами, підрядниками і постачальниками у зв'язку з проектами в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, зазвичай вважаються комерційними угодами. Відповідно, сторони таких контрактів зазвичай мають право вільно обирати переважний метод врегулювання, в тому числі у багатьох випадках арбітраж. В теж час кредитори, хоча в більшості випадків вони і виступають за арбітраж стосовно до врегулювання суперечок з проектної угоди (і, в усі більшою мірою, стосовно до суперечок між кредиторами), часто віддають перевагу судових процедур для врегулювання спорів, що виникають між ними та концесіонером з угод про кредитування. У тих випадках, коли перевага віддається арбітражу, сторони, як правило, хотіли б мати можливість вибирати місце арбітражу і приймати рішення про те, чи слід проводити арбітражний розгляд з того чи іншого справі при арбітражному установі. Приймаючим країнам, які хотіли б створити сприятливий правовий клімат для проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з

приватних джерел, можна рекомендувати провести огляд свого законодавства щодо таких комерційних контрактів, з тим щоб усунути будь-яку невизначеність стосовно до свободи сторін погоджувати механізми врегулювання суперечок за своїм вибором.

D. Спори за участю клієнтів або користувачів об'єкта інфраструктури

Залежно від виду проекту концесіонер може надавати товари або послуги різним фізичним та юридичним особам, таким, наприклад, як знаходяться в урядовій власності комунальні компанії, закупають у концесіонера електроенергію чи воду з метою їх перепродажу кінцевим користувачам; комерційні компанії, такі, як авіаційні і судноплавні лінії, що укладають договір про використання аеропорту або морського порту; або ж окремі особи, які оплачують використання платних автодоріг. Міркування і принципи підходи стосовно врегулювання спорів, що виникають з цих юридичних відносин, можуть змінюватися залежно від сторін таких відносин, умов, на яких надається послуга, і застосовного режиму регулювання.

У деяких країнах законодавство вимагає від постачальників загальнодоступних послуг створення спеціальних спрощених та ефективних механізмів для розгляду претензій клієнтів. Таке спеціальне регулювання, як правило, обмежується певними секторами економіки і застосовується до придбання клієнтами товарів або послуг. Законодавчі вимоги про створенні таких механізмів врегулювання спорів можуть застосовуватися в цілому до претензій, заявляється якими клієнтами концесіонера, або можуть обмежуватися тими клієнтами, які є фізичними особами, виступаючими в некомерційному якості. Зобов'язання концесіонера може обмежуватися створенням механізму для отримання та розгляду скарг від окремих клієнтів. Такі механізми можуть включати спеціальні підрозділи або відділи в рамках проектної компанії для отримання та оперативного розгляду претензій, наприклад, шляхом надання в розпорядження клієнтів стандартних бланків для викладу претензій або виділення спеціальних безкоштовних телефонних номерів, за якими можуть бути повідомлені скарги. Якщо відповідний питання не дозволений задовільним чином, то клієнт може мати право подати скаргу в регулююче установа, якщо таке є, яке в деяких країнах може мати повноваження на винесення обов'язкового рішення з такого питання. Звернення клієнтів до подібних механізмів часто носить факультативний характер і, як правило, не виключає звернення осіб, яким було завдано збитки, до судів.

Якщо клієнтами є комунальні компанії (наприклад, компанія з водопостачання) або комерційні підприємства (наприклад, велика фабрика, закупає електроенергію безпосередньо у незалежного виробника), які вільно вибирають послуги, що надаються концесіонером, і узгоджують умови своїх контрактів в ході переговорів, то сторони, як правило, будуть дозволяти будь-які спори за допомогою методів, які звичайно застосовуються в комерційних контрактах, включаючи арбітраж. Відповідно, необхідності у розгляді питань про врегулювання таких спорів у законодавстві, стосується проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, може і не існувати. У той же час у тих випадках, коли клієнтами концесіонера є підприємства, що знаходяться в урядовій власності, їх здатність узгоджувати методи врегулювання суперечок може бути обмежена нормами адміністративного права, яким підкоряються питання про врегулювання спорів за участю урядових установ. Країнам, які хотіли б допустити використання несудових методів, включаючи арбітраж, для врегулювання спорів між концесіонером і його клієнтами - підприємствами, що знаходяться в урядовій власності, важливо ліквідувати можливі юридичні бар'єри і ясно обумовити повноваження цих підприємств на узгодження методів врегулювання спорів.

VII. Інші області права, що мають ставлення до досліджуваних питань

A. Загальні зауваження

Важливими елементами загальної правової бази, що стосується проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, є рівень розвитку відповідного законодавства приймаючої країни, стабільність її правової системи і наявність належних засобів правового захисту, доступних для приватних сторін. За допомогою проведення огляду і, якщо це доречно, удосконалення свого законодавства у тих областях, які мають безпосереднє відношення до проектів в області інфраструктури, фінансованим з приватних джерел, приймаюча країна може внести істотний внесок у забезпечення сприятливого клімату для приватних інвестицій у інфраструктуру. Підвищення юридичної визначеності і сприятлива правова база дозволять кредиторам і спонсорам проектів краще оцінити наявні в країні ризики. Це матиме позитивний вплив на витрати по мобілізації приватного капіталу і зменшить необхідність урядової підтримки або гарантій.

B. Інші області права, що мають відношення до досліджуваних питань

Крім питань, що відносяться до законодавства, що безпосередньо відноситься до проектів в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, правова база, сприятлива таким проектам, може також зажадати включення положень з інших областей законодавчого регулювання. Наявність законодавчих положень, що заохочують і захищають приватні інвестиції в економічну діяльність в цілому, буде стимулювати і приватні інвестиції в інфраструктуру. У нижченаведених пунктах зачіпаються лише нечисленні окремі аспекти інших областей права, які можуть вплинути на реалізацію проектів у галузі інфраструктури. Наявність належних норм права в таких інших областях може полегшити ряд операцій, необхідних для виконання проектів у галузі інфраструктури, і сприяти скороченню передбачуваного правового ризику інвестицій в приймаючій країні.

1. Заохочення і захист інвестицій

Одне з питань, що викликають особливу стурбованість засновників проекту і кредиторів, пов'язаний зі ступенем захисту, що надається інвестиціям в приймаючій країні. Іноземним інвесторам в приймаючій країні будуть потрібні запевнення в тому, що вони будуть захищені від націоналізації або реквізиції без рішення суду та виплати належної компенсації відповідно з нормами, що діють в приймаючій країні, і відповідно до міжнародним правом. Засновники проектів будуть також стурбовані тим, чи зможуть вони, зокрема, направити в країну без жодних необґрунтованих обмежень кваліфікований персонал, який потрібно для роботи з проекту, імпортувати необхідні товари та обладнання, отримувати в міру потреби доступ до іноземної валюти і переводити за кордон або репатріювати свої доходи або суми, необхідні для погашення кредитів, які компанія взяла для реалізації проекту в галузі інфраструктури. Крім спеціальних гарантій, які можуть бути надані урядом, важливу роль стосовно до проектам в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, може грати законодавство із заохочення і захисту інвестицій. Країнам, в яких вже є належне законодавство щодо захисту інвестицій, може виявитися доцільним розглянути питання про прийняття положень, які прямо поширюють передбачену в такому законодавстві захист на приватні інвестиції в проекти в галузі інфраструктури.

Дедалі більше країн укладають двосторонні інвестиційні угоди, спрямовані на заохочення і захист інвестиційних потоків між договірними сторонами. Угоди про захист інвестицій зазвичай містять положення, що стосуються прийняття іноземних інвестицій і їх режиму, перекладу капіталу між договірними сторонами (наприклад, виплати дивідендів за кордоном або репатріації інвестицій), доступності іноземної валюти для переказу або репатріації доходів від інвестицій, захисту від експропріації або націоналізації, і врегулювання

інвестиційних суперечок. Існування такої угоди між приймаючою країною та країною походження інвестицій або країнами спонсорів проекту може зіграти важливу роль у прийнятті ними рішення про інвестування в приймаючій країні. Залежно від містяться в такій угоді умов воно може скоротити необхідність у запевненні чи гарантії з боку уряду стосовно окремих проектам в галузі інфраструктури. Джерелом положення про захист інвестицій можуть також бути і багатосторонні договори.

Крім того, у ряді країн норми, спрямовані на сприяння інвестиційним потокам і їх захист (у тому числі в таких областях, як імміграційне законодавство, контроль за імпортом і валютні правила), містяться в законодавстві, яке може і не ґрунтуватися на двосторонніх або багатосторонніх договорах.

2. Правове регулювання питань власності

Бажано, щоб у законах приймаючої країни, що стосуються питань власності, були відображені прийнятні міжнародні стандарти, містилися належні положення, що стосуються власності на земельні ділянки і будівлі, а також на рухоме і нематеріальне майно, і належним чином гарантувалася можливість концесіонера купувати, продавати і передавати власність, а також ліцензувати її використання. Конституційні положення, що захищають права власності, відіграли важливу роль у стимулюванні приватних інвестицій у багатьох країнах.

Якщо земельна ділянка, на якій споруджується об'єкт, передається у власність концесіонера, важливо, щоб власність на земельну ділянку могла бути чітко і беззастережно встановлена за допомогою належних процедур реєстрації та публічного сповіщення. Концесіонеру і кредиторам потрібні ясні докази того, що право власності на земельну ділянку не буде оскаржуватися. У силу цього вони з небажанням йтимуть на виділення коштів на проект, якщо закони країни перебування не забезпечують належних інструментів для затвердження права власності на земельну ділянку.

Крім того, необхідно забезпечити ефективні механізми для захисту в примусовому порядку права власності та майнових прав, наданих концесіонеру, від порушення з боку третіх осіб. Такий захист повинна також поширюватися на сервітути і права проходу, які можуть знадобитися концесіонеру для надання відповідних послуг на постійній основі (наприклад, в тому, що стосується установки стовпів і укладання кабелю на ділянках, що перебувають у приватній власності, для забезпечення енергопостачання).

3. Забезпечення інтересів

Як це вказувалося раніше, у разі проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, забезпечувальні механізми можуть бути складними і складатися з різних форм забезпечення, у тому числі фіксованого забезпечення в матеріальних активах концесіонера (наприклад, іпотека та застава активів), застави акцій концесіонера і поступки нематеріальних активів (дебіторської заборгованості) проекту. Хоча кредитні угоди зазвичай регулюються правом, обраним сторонами, види забезпечення, при яких на активи, розташовані в приймаючій країні, може бути звернено стягнення, і мають кошти правового захисту будуть визначатися законодавством приймаючої країни.

Відмінності у видах забезпечення або обмеження стосовно до засобів правового захисту, передбаченим законодавством приймаючої країни, можуть викликати стурбованість потенційних кредиторів. У силу цього важливо забезпечити, щоб внутрішнє законодавство передбачало належну правовий захист забезпечених кредиторів і не перешкоджало здатності сторін домовлятися про належних забезпечувальних механізмах. Оскільки для різних правових систем характерні великі відмінності в законодавстві, що відноситься до забезпечувальних інтересам, технічні подробиці необхідного правового регулювання в

Керівництві не розглядаються, а в нижченаведених пунктах лише в загальному вигляді описуються елементи сучасного режиму забезпечувальних угод.

У деяких правових системах забезпечувальні інтереси можуть створюватися практично в будь-яких активах, включаючи інтелектуальну власність, а в інших - забезпечувальні інтереси можуть створюватися лише в обмеженій категорії активів, таких як земельні ділянки та будівлі. У ряді країн забезпечувальні інтереси можуть поширюватися на ще не існуючі активи (майбутні активи), і в якості забезпечення можуть виступати всі активи компанії при збереженні за нею можливості подальшого використання цих активів у звичайної комерційної діяльності. У деяких правових системах передбачені забезпечувальні інтереси без права володіння, і, таким чином, активи можуть бути прийняті в якості забезпечення без вступу до фактичне володіння ними; в інших системах, стосовно до тих активів, на які поширюється система реєстрації правового титулу, забезпечення може бути прийняте лише шляхом вступу до фізична або конструктивне володіння. Ряд систем передбачає можливість стягнення забезпечення без участі суду; в інших системах таке стягнення допускається лише на основі судового рішення. В одних країнах передбачені засоби правового захисту, які включають не тільки продаж активів, але і можливість для забезпеченого кредитора оперувати цими активами або за допомогою вступу у володіння, або шляхом призначення керуючого; в інших країнах продаж через суд може виступати в якості основного механізму стягнення. У деяких системах певні види забезпечення мають переважну силу в порівнянні з вимогами привілейованих кредиторів; в інших системах вимоги привілейованих кредиторів мають переважну силу порівняно з будь-якими видами забезпечення. У ряді країн оформлення забезпечувальних цікавить не пов'язане з великими витратами, так як платежі і збори встановлені на мінімальному рівні, тоді як в інших країнах це може бути пов'язано зі значними витратами. В одних країнах вартість забезпечення може бути необмеженою, в інших - вона не може бути надмірною у порівнянні з величиною належного боргу. В деяких правових системах на забезпеченого кредитора накладаються певні зобов'язання, пов'язані зі стягненням забезпечення, наприклад, зобов'язання продати активи за справедливою ринковою ціною.

У базу юридичного захисту можуть бути включені положення, що встановлюють, що фіксоване забезпечення (наприклад, іпотека) є підметом реєстрації інтересом і що після реєстрації такого забезпечення в реєстрі правових титулів чи іншому публічному реєстрі будь-якого майна, з яким пов'язано таке забезпечення, набуває таке майно, обтяжене цим забезпеченням. Це може бути пов'язане з труднощами, оскільки в багатьох країнах спеціальних реєстрів правових титулів не існує. Крім того, повинна передбачатися можливість примусового стягнення забезпечення з третіх сторін, у зв'язку з чим може турбуватися, щоб забезпечення за своїм характером розглядалося як відноситься до майнових прав, а не просто до числа зобов'язань і щоб воно давало особі, яка отримала забезпечення, право продати прийняті ролі забезпечення активи в рамках виконавчого провадження.

Інший важливий аспект пов'язаний з наділенням сторін можливостями для прояву гнучкості у визначенні активів, які надаються в забезпечення. У деяких правових системах боку наділяються широкою свободою дій за визначенням тих активів, які можуть бути надані в якості забезпечення. У ряді правових систем допускається створення забезпечувального інтересу, охоплює всі активи підприємства, і, таким чином, є можливість продажу підприємства як функціонуюча господарської одиниці, що може дозволити зберегти підприємство, що відчуває фінансові труднощі, і одночасно збільшити суму відшкодування, належного забезпеченому кредитору. У той же час в інших правових системах допускається створення тільки такого забезпечувального інтересу, який пов'язаний з конкретними активами, а забезпечення, що охоплює активи боржника в цілому, не зізнається. Крім того, можуть існувати обмеження на здатність боржника здійснювати комерційні операції з товарами, наданими в якості забезпечення. Наявність подібних обмежень і заборон

ускладнює - і навіть іноді робить неможливим - для боржника надання в якості забезпечення активів, наведених за родовими ознаками, або активів, що використовуються в ході звичайних комерційних операцій.

Враховуючи довгостроковий характер проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, сторони, можливо, побажають визначити в конкретному або загальному порядку ті активи, які надаються в як забезпечення. Крім того, вони можуть побажати, щоб таке забезпечення охоплювало нинішні або майбутні активи і активи, які можуть змінитися протягом терміну дії забезпечення. Тому, можливо, доцільно провести огляд діючих положень, що регулюють забезпечувальні інтереси з тим щоб включити норми, що дозволяють сторонам погоджувати механізми забезпечення, що відповідають їхнім потребам.

До теперішнього часу міжнародні міжурядові органи ще що не розробили всеосяжного уніфікованого режиму або моделі для розробки внутрішніх законодавчих положень, що регулюють питання забезпечення. Разом з тим урядам можна рекомендувати взяти до увагу ті зусилля, які в даний час вживаються в цій області різними організаціями. Модель для підготовки сучасного законодавства про забезпечувальні інтересах може бути знайдена в Типовому законі про забезпечені угодах, який був підготовлений Європейським банком реконструкції та розвитку (ЄБРР) для надання допомоги зусиллям з реформування законодавства, що вживаються в країнах Центральної та Східної Європи. Крім загальних положень з питань про те, хто може створювати і хто може отримувати забезпечувальне право, а також загальних норм щодо забезпеченої заборгованості та обтяженого майна, у Типовому законі ЄБРР про забезпечені угодах охоплені й інші питання, такі як створення забезпечувальних прав, інтереси третіх сторін, звернення стягнення на забезпечення та процедури реєстрації.

4. Правове регулювання питань інтелектуальної власності

Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, часто пов'язані з використанням нових або передових технологій, захищених патентами або аналогічними правами інтелектуальної власності. Вони також можуть передбачати розробку і подання оригінальних або новаторських рішень; такі рішення можуть містити інформацію, яка знаходиться у власності особи, який представив проектну пропозицію, і яка захищається авторськими правами. Таким чином, приватним інвесторам - Як національним, так і іноземним, - ввозять в приймаючу країну нову або передову технологію або розробляючим оригінальні рішення, потрібно гарантія в тому, що їх права інтелектуальної власності будуть захищені і що вони зможуть забезпечити примусову захист таких прав від порушень, а це може зажадати прийняття кримінально-правових положень, спрямованих на боротьбу з порушеннями прав інтелектуальної власності.

Правові рамки для захисту інтелектуальної власності можуть бути створені за рахунок приєднання до міжнародних угод, що стосуються захисту та реєстрації прав інтелектуальної власності. Захист цих прав доцільно зміцнити відповідно з такими документами, як Паризька конвенція з охорони промислової власності 1883 року. Конвенція поширюється на промислову власність в самому широкому сенсі, включаючи винаходи, знаки, промислові зразки, корисні моделі, фірмові найменування, географічні зазначення та усунення недобросовісної конкуренції. Конвенція передбачає, що стосовно захисту промислової власності кожна держава-учасниця має надавати національний режим. Вона також передбачає право пріоритету стосовно до патентів, знакам і промисловим зразкам і встановлює ряд загальних норм, якими всі держави-учасниці повинні керуватися в відносно патентів, знаків, промислових зразків, фірмових найменувань, вказівок джерела, недобросовісної конкуренції та національних адміністративних органів. Правовою базою для міжнародного захисту патентів служить також Договір про патентну кооперацію 1970 року,

який дозволяє клопотати про патентної захисту одночасно в багатьох країнах шляхом подання міжнародної патентної заявки. У деяких країнах міжнародні стандарти доповнюються законодавством, спрямованим на надання юридичного захисту технологічних нововведень, наприклад, законодавством про захист прав інтелектуальної власності в галузі комп'ютерного програмного забезпечення і конфігурації комп'ютерного апаратного забезпечення.

Іншими важливими документами в галузі міжнародного захисту прав промислової власності є Мадридська угода щодо міжнародну реєстрацію знаків 1891 року, Протокол до Мадридської угодою 1989 року і Загальна інструкція до Мадридської угоди та Протоколу до неї 1998 року. Мадридська угода передбачає міжнародну реєстрацію знаків (як товарних знаків, так і знаків обслуговування) в Міжнародному бюро Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ). Міжнародна реєстрація знаків відповідно до Мадридської угодою дійсна в багатьох країнах, а потенційно і в усіх державах-учасниках (за винятком країни походження). Крім того, Договір про правовий режим торгових знаків 1994 спрощує та уніфікує процедури подачі заявок на реєстрацію торгових знаків, внесення змін після реєстрації і відновлення дії.

Стосовно до промислових зразкам Гаазька угода про міжнародну депонування промислових зразків одна тисяча дев'ятсот двадцять п'ять року передбачає міжнародне депонування промислових зразків в Міжнародному бюро ВОІВ. Міжнародне депонування має однакову силу в кожному з держав-учасниць, зазначеному заявником, як якби заявник виконав всі необхідні внутрішнім законодавством формальності і як якби всі необхідні для цього адміністративні дії були вчинені відповідним органом цієї країни.

Найбільш всеосяжним багатосторонньою угодою з питань інтелектуальної власності є нині Угоду про пов'язані з торгівлею аспекти прав інтелектуальної власності ("Угода ТРІПС", яку було укладено під егідою Всесвітньої організації торгівлі (СОТ) і набула чинності 1 січня 1995 року. Воно охоплює наступні області інтелектуальної власності: авторські та суміжні права (тобто права виконавців, виробників звукових записів і організацій мовлення); торгові знаки, включаючи знаки обслуговування, географічні зазначення, включаючи найменування місць походження; промислові зразки; патенти, включаючи захист нових різновидів рослин; топологія інтегральних мікросхем; і нерозголошена інформація, включаючи комерційну таємницю і дослідницькі дані. У відношенні кожної з основних областей інтелектуальної власності, які охоплюються Угодою ТРІПС, в Угоді встановлюються мінімальні стандарти захисту, які повинні бути забезпечені кожної договірної стороною, причому в першу чергу потрібно дотримання основних зобов'язань, у тому числі по Паризької конвенції в її останньому варіанті. Більшість основних положень Паризької конвенції включені до Угоди ТРІПС шляхом посилання і стали, таким чином, зобов'язаннями по цьому останньому Угоди. Угода ТРІПС також вводить значне число додаткових зобов'язань з питань, що не розглядалися або, як видається, не регулювалися належним чином в раніше прийнятих конвенціях з питань інтелектуальної власності. На додаток до цього в Угоді закріплюються деякі загальні принципи, застосовні до процедур примусової захисту прав інтелектуальної власності. Крім того, Угода ТРІПС містить положення по цивільної й адміністративної процедурам і засобів правового захисту, тимчасовим заходам, спеціальним вимогам, пов'язаних із заходами прикордонного контролю, і кримінальних процедурам; в цих положеннях з певними подробицями обумовлюються процедури та засоби правового захисту, які повинні бути передбачені з метою забезпечення можливості ефективної примусової захисту прав інтелектуальної власності їх держателями.

5. Правила і процедури примусового придбання приватної власності

Якщо уряд приймає на себе відповідальність за надання необхідного для реалізації проекту земельної ділянки, він може бути або викуплений у його власників, або, якщо це необхідно,

придбаний в примусовому порядку з виплатою належного відшкодування відповідно до процедури, яка іноді називається "примусовим придбанням" або "експропріацією". В багатьох країнах існує законодавство, що регулює процедури примусового придбання, і це законодавство, ймовірно, буде застосовуватися до примусового придбання власності, необхідної для реалізації проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

Примусове придбання може бути вироблено в судовому або адміністративному порядку або може вимагати прийняття спеціального законодавчого акту. У більшості випадків ці процедури передбачають як адміністративний, так і судовий етап і можуть бути тривалими і складними. У зв'язку з цим уряд приймаючої країни, можливо, забажає провести огляд чинних положень про примусове придбання в публічних інтересах, з тим щоб оцінити їх адекватність для потреб великих проектів у галузі інфраструктури та визначити, передбачають Чи такі положення оперативні і економічні процедури, належним чином захищають права власників. Особливо важливо, щоб в уряді була можливість без зайвих затримок прийняти власність у своє володіння, в дозволені законом рамках, з тим щоб уникнути підвищення проектних витрат.

6. Правила, що стосуються урядових контрактів, та адміністративне право

У багатьох правових системах, що відносяться до традиції цивільного права або сформувалися під її впливом, надання загальнодоступних послуг може регулюватися склепінням правових норм, відомим як "адміністративне право" і регулюючим широкий діапазон урядових функцій. Такі системи діють у відповідності з принципом, згідно з яким уряд може здійснювати свої повноваження і функції за допомогою або адміністративного акта, або адміністративного договору. При цьому існує загальне розуміння того, що в якості альтернативи уряд може укладати приватний договір, на який поширюється правове регулювання щодо комерційних договорах. Відмінності між цими двома видами договорів можуть бути значними.

Відповідно до концепції адміністративного договору свобода і автономія, якими користуються боку приватного договору, мають підпорядковане значення по відношенню до громадським інтересам. У деяких правових системах уряд має право змінювати сферу дії та умови адміністративних договорів або навіть припиняти їх у публічних інтересах, причому зазвичай передбачається компенсація збитків, понесених приватної договірної стороною. Додаткові права можуть включати широкі права на контроль та інспекцію, а також право накладати на приватного оператора санкції за невиконання. Це часто врівноважується вимогою про те, що в договір можуть вноситися інші зміни, які виявляються необхідними для відновлення первісної фінансової рівноваги між сторонами і збереження загальної привабливості договору для приватної договірної сторони. У деяких правових системах врегулювання спорів, що впливають з урядових договорів, віднесено до виключної компетенції спеціальних судових органів, що займаються розглядом тільки адміністративних справ, причому в ряді країн ці органи не є складовою частиною судової системи.

Спеціальні правові режими, що застосовуються до операторам інфраструктури і постачальникам загальнодоступних послуг, існують не тільки у правових системах, згаданих вище. Хоча в правових системах, що відносяться до традиції загального права або сформувалися під її впливом, такого принципового розмежування між адміністративними та приватними договорами не проводиться, аналогічні наслідки можуть досягатися різними способами. Хоча в таких правових системах зазвичай вважається, що правопорядок найкраще забезпечується в тому випадку, якщо діяльність уряду регулюється звичайним приватним правом, проте в цілому визнається, що адміністративні органи не можуть на підставі договору обмежити здійснення своїх суверенних функцій. Органи управління не

можуть створювати перешкод для майбутнього прояви виконавчої влади при здійсненні тих урядових функцій, які зачіпають публічні інтереси. Згідно доктрині суверенних актів, якої дотримуються деякі системи загальної права, уряд як сторона договору звільняється від виконання своїх договорів, якщо воно як суверенний суб'єкт видає в публічних інтересах закони, правила або постанови, які не дозволяють йому виконати договори. Таким чином, закон може дозволяти публічному органу втручання у закріплені договором права. Зазвичай такі дії мають обмежений характер, з тим щоб зміни не могли придбати таких масштабів, до яких інша сторона не могла б сумлінно пристосуватися. У подібних випадках приватна сторона зазвичай отримує право на певну компенсацію або справедливую коригування. З урахуванням такої можливості в деяких країнах в урядові контракти включають стандартну застереження про "зміни", яка дозволяє уряду змінювати умови контракту в односторонньому порядку або яка передбачає можливість змін в результаті прийняття суверенної акту.

Наділення особливими прерогативами урядових установ в таких правових системах пояснюється наявністю публічних інтересів. Разом з тим визнається, що особливі урядові прерогативи, зокрема, право на односторонню зміну умов контракту, можуть, у разі неналежного використання такого права, завдати шкоди законним правам урядових підрядників. З цієї причини для захисту прав урядових підрядників від довільних чи неналежних дій з боку публічних органів в країнах з усталеною практикою участі приватного сектора в проєктах в області інфраструктури розроблено цілий ряд контрольних механізмів і засобів правового захисту, таких як можливість звернення до неупереджені органи врегулювання спорів та схеми повної компенсації за неправомочні дії уряду. Якщо подібного захисту не надається, потенційні інвестори можуть відмовитися від інвестування коштів в країну, правова система якої наділяє урядові установи особливими прерогативами, оскільки це пов'язане з непередбачуваним ризиком. З цієї причини ряд країн переглянули своє законодавство, що стосується урядових контрактів, з тим щоб забезпечити певний захист, необхідну для стимулювання приватних інвестицій, і скасувати ті положення, які викликають стурбованість відносно довгострокової стабільності договірних відносин, необхідних для реалізації проєктів у галузі інфраструктури.

7. Правове регулювання питань, що відносяться до приватних договорів

Правове регулювання питань, що відносяться до приватних договорів, грає важливу роль у зв'язку з контрактами, що укладають концесіонером з субпідрядниками, постачальниками та іншими приватними сторонами. Внутрішнє законодавство з питання про приватних договорах повинно містити належні рішення, що задовольняють потреби договірних сторін, у тому числі в тому, що стосується можливості прояву гнучкості при складанні контрактів, необхідних для спорудження та експлуатації об'єкта інфраструктури. Крім закріплення деяких ключових елементів, належним чином регулюють питання договорів, таких як загальне визнання автономії сторін, судовий захист договірних зобов'язань та адекватні засоби правового захисту в разі порушення договору, законодавство приймаючої країни може сприяти створенню сприятливих умов для реалізації проєктів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, за рахунок сприяння використанню тих договірних механізмів, які, по всій ймовірності, будуть застосовуватися в рамках таких проєктів. Таке ж важливе значення має належний звід норм приватного міжнародного права, враховуючи ймовірність того, що контракти, які укладаються концесіонером, будуть містити певні міжнародні елементи.

У тих випадках, коли планується спорудження нової інфраструктури, концесіонеру може знадобитися здійснити імпорту великих партій матеріалів і устаткування. Більш висока юридична визначеність стосовно до таких обладнань може бути забезпечена в тому випадку, якщо законодавство приймаючої країни міститиме положення, спеціально пристосовані до міжнародних договорів купівлі-продажу. Особливо хороша правова база може бути

забезпечена за рахунок приєднання до Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Відень, 1980 рік) або іншим міжнародним документам, регулюючим окремі види договорів, таким як Конвенція МІУЧП про міжнародний фінансовий лізинг (Оттава, 1988 рік), розроблена Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (МІУЧП).

8. Правове регулювання діяльності акціонерних товариств

У більшості проектів, пов'язаних з розвитком нової інфраструктури, засновники проекту будуть створювати проектну компанію в якості окремої юридичної особи в приймаючій країні. Слід визнати, що в різних країнах проектні компанії можуть створюватися у різних формах і зовсім не обов'язково у формі корпорації. Разом з тим, оскільки в більшості випадків вибирається якраз форма корпорації, для приймаючої країни особливо важливо мати належні законодавчі положення, що регулюють діяльність акціонерних товариств і містять сучасні норми з таких ключових питань, як процедури утворення юридичної особи, управління компанією, випуск акцій та їх продаж або передача, бухгалтерська та фінансова звітність та захист акціонерів, що не володіють контрольним пакетом. Крім того, спрощення укладення угод з проектного фінансування може сприяти визнання за інвесторами можливості засновувати окремі підприємства в якості спеціальних цільових механізмів, призначених для залучення фінансових засобів та їх розподілу.

Хоча можуть використовуватися різні форми корпорацій, загальний момент полягає в тому, що власники (або акціонери) компанії-концесіонера зажадають обмежити свою відповідальність вартістю своїх акцій в капіталі компанії. Якщо передбачається, що концесіонер запропонує свої акції в відкритий продаж, то обмежена відповідальність буде необхідна, оскільки потенційні інвестори будуть, як правило, здобувати такі акції в цілях інвестування і не братимуть активну участь у діяльності проектною компанією. Тому важливо, щоб закони приймаючої країни передбачали належне обмеження відповідальності акціонерів. Крім того, наявність адекватних положень, що регулюють випуск комерційними компаніями облігацій, боргових зобов'язань або інших цінних паперів, дозволить концесіонеру залучити кошти інвесторів на ринку цінних паперів, що полегшить фінансування деяких проектів у галузі інфраструктури.

У законодавстві слід обумовити обов'язки директорів і керуючих проектною компанією, включаючи базові норми, що регулюють порядок притягнення до кримінальної відповідальності. У той же час можна передбачити положення про захист третіх сторін від будь-якого порушення корпоративної відповідальності. Сучасні законодавчі норми, регулюючі діяльність акціонерних товариств, часто містять конкретні положення, що регламентують поведінку керівників і спрямовані на те, щоб запобігти колізії інтересів. Положення такого виду вимагають, щоб керівники діяли добросовісно в найкращих інтересах компанії і не використовували своє становище на шкоду компанії в своїх власних фінансових інтересах або в інтересах будь-якої іншої особи. Положення, що переслідують мету запобігти колізії інтересів при управлінні акціонерними товариствами, можуть бути особливо корисні у зв'язку з проектами в області інфраструктури в тих випадках, коли концесіонер на певному етапі реалізації проекту, можливо, забажає залучити своїх власних акціонерів до виконання робіт або надання послуг у зв'язку з таким проектом.

Важливо належним чином врегулювати в законі процес прийняття рішень як на зборах акціонерів, так і на засіданнях органів управління компанією (наприклад, ради директорів чи наглядової ради). Захист прав акціонерів і, особливо, акціонерів, що не володіють контрольним пакетом, від зловживань з боку акціонерів, що здійснюють керівництво або володіють контрольним пакетом акцій, є важливим елементом сучасного законодавства, що регулює діяльність акціонерних товариств. Водночас, ключове значення мають механізми врегулювання суперечок між акціонерами. Доцільно визнати право акціонерів регулювати

ряд додаткових питань, що стосуються управління фірмою-концесіонером, через угоди, які укладаються між самими акціонерами, або через договори про управління, які укладаються з директорами компанії-концесіонера.

9. Правове регулювання питань оподаткування

Крім можливих податкових стимулів, які в цілому можуть діяти в приймаючій країні або які можуть бути спеціально надані для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, важливу роль у прийнятті інвестиційних рішень приватними компаніями грає загальний режим оподаткування в приймаючій країні. Крім оцінки впливу оподаткування на витрати за проектом і очікувану норму прибутку, приватні інвестори враховують такі питання, як загальна прозорість внутрішньої системи оподаткування, свобода розсуду, якою наділені податкові органи, ясність керівних принципів та інструкцій, підготовлених для платників податків, і об'єктивність критеріїв, які використовуються для розрахунку належних сум податку. Це може виявитися важкою справою, зокрема, в тих країнах, в яких повноваження по встановленню або збільшенню податкових ставок або по забезпеченню виконання податкового законодавства децентралізовані.

Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, як правило, пов'язані із залученням значних позикових коштів і вимагають, щоб потік готівки був передбачуваним. З цієї причини всі потенційні податкові наслідки повинні легко піддаватися оцінці протягом усього терміну реалізації проекту. Непередбачені зміни в оподаткуванні, зменшують потік готівки, можуть мати серйозні наслідки для проекту. У деяких країнах уряд уповноважений укладати з інвесторами угоди, що містять гарантії того, що потік готівки за проектом не постраждає в результаті несподіваних змін в оподаткуванні. Такі домовленості іноді називають "угодами про стабільний податковий режим". Разом з тим уряд, за конституційним чи політичним міркувань, може не мати можливості надати такого роду гарантії, і в цьому випадку сторони можуть домовитися про механізми компенсації або перегляду умов контракту для вирішення проблем, пов'язаних із збільшенням витрат у результаті податкових змін.

Більшість національних податкових режимів підпадають під одну з трьох загальних категорій. Один з підходів полягає в глобальному податковому заліку, при якому весь дохід, отриманий у будь-якій точці світу, обкладається податком у країні реєстрації інвестора, а подвійне оподаткування усувається за рахунок використання системи заліку іноземного податку; величина податків в країні реєстрації зменшується на суму вже виплачених іноземних податків. Якщо країна реєстрації інвестора керується цим підходом, то сума податкових зобов'язань інвестора не може бути менше тієї суми, яку він мав би виплатити в країні реєстрації. У відповідності з іншим підходом до оподаткування іноземний дохід, з якого вже був виплачений іноземний податок, звільняється від податків країни реєстрації інвестора. Згідно територіальному підходу, іноземний дохід інвестора повністю звільняється від податків країни його реєстрації. Інвестори, зареєстровані в країнах, де використовуються дві останні системи оподаткування, отримають вигоду від податкових канікул і більш низьких податкових ставок в приймаючій країні, хоча подібні податкові пільги навряд чи зацікавлять інвестора, розташованого в "податковій гавані".

Сторони, що беруть участь в проекті, можуть відчувати стурбованість у зв'язку з різними аспектами потенційних податкових зобов'язань. Інвесторів зазвичай цікавлять розміри податків на прибуток, отриманий в приймаючій країні, податки на платежі підрядникам, постачальникам, інвесторам і кредиторам і податковий режим на будь-який приріст (або убуток) капіталізованої вартості активів у разі ліквідації концесіонера. Інвестори можуть прийти до висновку, що платежі, що використовуються для зменшення податків в відповідно до режиму країни їх реєстрації (наприклад, виплата відсотків на позикові кошти,

дослідницькі витрати, витрати по участі в торгах і збитки, пов'язані з валютним курсом), можуть не визнаватися в приймаючій країні або навпаки. Оскільки іноземні податкові заліки дозволені тільки відносно іноземних прибуткових податків, інвесторам необхідно упевнитися в тому, що будь-який прибутковий податок, який сплачується в приймаючій країні, відповідає визначенню прибуткового податку, використовуваному податковим органом його власної країни. Аналогічним чином, в приймаючій країні проектна компанія як об'єкт оподаткування може розглядатися в якості підприємства іншого типу, ніж у країні інвестора. В рамках проектів, що передбачають передачу активів в публічну власність, це може перешкодити застосуванню знижок на скорочення вартості активів відповідно до законів країни інвестора.

Одна з особливих проблем, що виникає стосовно до проектам в галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел і пов'язаним з іноземними інвестиціями, полягає в можливості того, що іноземні компанії, що беруть участь в проектному консорціумі, можуть піддатися подвійному оподаткуванню, тобто оподаткування прибутку, роялті та відсотків як у своїй власній країні, так і в приймаючій країні. Додаткові проблеми можуть також створювати графік податкових платежів і вимоги оплатити податок з суми дивідендів, що розподіляються серед власників акцій. Ряд країн уклали двосторонні угоди з метою усунення або, по крайній мірі, зменшення негативних наслідків подвійного оподаткування, і наявність таких угод між приймаючою країною та країнами спонсорів проекту нерідко відіграє важливу роль в обліку міркувань, пов'язаних з питаннями оподаткування.

Зрештою, необхідно брати до уваги загальний вплив всіх податків в цілому. Наприклад, можуть існувати податки, що стягуються податковими органами різних рівнів; крім податків, що стягуються національним урядом, концесіонер може також виплачувати муніципальні або провінційні податки. Крім прибуткового податку можуть стягуватися певні збори, які нерідко нараховуються і повинні виплачуватися до одержання концесіонером будь-яких доходів. До їх числа відносяться податки на продаж, іноді звані "податками з обороту", податки на додану вартість, податки на власність, гербові збори та імпорتنі мита. У ряді випадків можна прийняти спеціальні положення, що надають пільги і на ці види платежів.

10. Правила і процедури звітності

Законодавство ряду країн вимагає від компаній дотримуватися міжнародно визнані стандартні процедури звітності та використовувати послуги дипломованих бухгалтерів чи бухгалтерів-аудиторів. Це, зокрема, пояснюється тим, що в багатьох країнах прийняття стандартних процедур звітності використовується в якості міри, спрямованої на досягнення однаковості у вартісній оцінці комерційних операцій. Стосовно до вибору концесіонера використання стандартних процедур звітності може також полегшити рішення задачі оцінки фінансового становища учасників процедур для встановлення їх відповідності критеріям попереднього відбору, встановленим організацією-замовником. Крім того, стандартні процедури звітності надзвичайно важливі для аудиторських перевірок доходів компаній, які, можливо, буде потрібно провести регулюючому органу для застосування тарифних структур та контролю за виконанням з боку концесіонера.

У деяких країнах були також прийняті спеціальні правила звітності для операторів інфраструктури, з тим щоб врахувати особливу схему надходжень за проектами в галузі інфраструктури. Проекти, пов'язані зі спорудженням об'єктів інфраструктури, зокрема, будівництвом автодоріг та інших транспортних об'єктів, зазвичай характеризуються відносно коротким періодом здійснення інвестицій, коли виробляються великі фінансові витрати і не є ніяких надходжень, і подальшим більш тривалим періодом, протягом якого надходження зростають, фінансові витрати скорочуються, а експлуатаційні витрати залишаються, за звичайних обставин, стабільними. Відповідно, якщо будуть застосовані традиційні правила звітності, особлива фінансова структура таких проектів повинна бути відображена в

рахунках проектної компанії як період безперервних негативних результатів, за яким буде слідувати довгий період отримання чистої прибутку. Це не тільки викличе негативні наслідки, наприклад, для кредитного рейтингу проектної компанії протягом етапу будівництва, але може також призвести до непропорційної заборгованості по оподаткуванню протягом експлуатаційного етапу проекту. З тим щоб уникнути таких спотворень, деякі країни прийняли спеціальні правила звітності для компаній, що здійснюють проекти в галузі інфраструктури, з тим щоб врахувати той факт, що фінансові результати проектів у галузі інфраструктури, фінансуються з приватних джерел, можуть стати позитивними тільки на середньостроковій основі. У силу цих спеціальних правил творцям інфраструктури зазвичай дозволяється віднести частину фінансових витрат, понесених в ході збиткового етапу, на наступні фінансові роки відповідно з фінансовими графіками, передбаченими в проектному угоді. Однак спеціальні правила звітності зазвичай не перешкоджають застосуванню інших норм права, які можуть забороняти розподіл дивідендів протягом фінансових років, завершених з негативним сальдо.

11. Охорона навколишнього середовища

Охорона навколишнього середовища включає широке коло питань від утилізації відходів і шкідливих речовин до переселення людей, що переміщуються в результаті здійснення великих проектів землекористування. Широко визнано, що охорона навколишнього середовища є найважливішою умовою сталого розвитку. Ймовірно, що на реалізацію проектів у галузі інфраструктури на самих різних рівнях буде надавати прямий вплив природоохоронне законодавство, причому екологічні питання найчастіше викликають суперечки. Законодавство у галузі охорони навколишнього середовища може включати багато вимоги, такі як отримання згоди різних екологічних органів, доказ відсутності невиконаних екологічних зобов'язань, запевнення в постійному дотриманні екологічних стандартів, зобов'язання відшкодувати збиток навколишньому середовищу і вимоги про повідомлення. Таке законодавство нерідко вимагає отримання попереднього дозволу на здійснення деяких видів комерційної діяльності, і ця вимога може бути особливо жорстким щодо певних видів інфраструктури (наприклад, очищення стічних вод, збір відходів, вугільні теплоелектростанції, передача електроенергії, дорожнє будівництво та залізні дороги).

У силу цього доцільно включити в законодавство заходи, які забезпечують прозорість зобов'язань, обумовлених законодавчими нормами про охорону навколишнього середовища. Важливо забезпечити по можливості саму високий ступінь ясності положень, що стосуються критеріїв, які можуть бути застосовані природоохоронними владою; документарних та інших вимог, які повинні бути дотримані заявниками; умов, за яких повинні видаватися ліцензії; і обставин, що обґрунтовують відмову в ліцензії або її вилучення. Особливо важливе значення мають положення, які в належних випадках гарантують швидкий доступ заявника до процедур оскарження та засобам судового захисту. Крім того, було б, можливо, доцільно до винесення остаточного рішення про видачу підряду на проект встановити, в міру можливості, чи дотримані умови для отримання необхідних екологічних ліцензій. У деяких країнах спеціальні публічні органи або громадські групи, що виявляють активний інтерес до відповідних питань, можуть володіти правом звертатися за збудженням юридичних процедур, спрямованих на запобігання екологічного збитку, у тому числі правом клопотати про вилучення ліцензії, яка, на їхню думку, була видана з порушенням застосованих екологічних стандартів. У ряді з цих країн довела свою доцільність практика залучення представників громадськості до участі в процедурах, провідних до видачі екологічних ліцензій. У законодавстві можуть бути також встановлені підлягають застосуванню штрафні санкції та вказані сторони, які можуть нести відповідальність за нанесення шкоди навколишньому середовищу.

Приєднання до договорів про охорону навколишнього середовища може сприяти зміцненню міжнародного режиму захисту екології. В останні десятиліття було розроблено цілий ряд

міжнародних документів, спрямованих на встановлення загальних міжнародних стандартів у цій галузі. До них відносяться: Порядок денний на XXI век і Ріо-де-жанейрська декларація з навколишнього середовища і розвитку, прийняті на Конференції Організації Об'єднаних Націй з навколишнього середовища і розвитку в 1992 році; Всесвітня хартія природи (резолюція 37/7 Генеральної Асамблеї, додаток); Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням 1989; Конвенція про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті 1991 року; і Конвенція про захист та використання транскордонних водних шляхів і міжнародних озер тисяча дев'яносто дев'яносто два року.

12. Правове регулювання питань захисту споживачів

У ряді країн прийняті спеціальні норми про захист споживачів. Ці норми мають великі розбіжності в різних країнах як за структурою, так і по суті. Разом з тим, законодавство у сфері захисту споживачів часто включає такі положення, як пільгові терміни для пред'явлення вимог або примусового виконання договірних прав; спеціальні норми тлумачення договорів, умови яких зазвичай не узгоджуються зі споживачем (які іноді називаються "договорами приєднання"); продовження гарантійних термінів на користь споживачів; особливі права на припинення договору; доступ до спрощених процедур врегулювання спорів; або інші захисні засоби.

З погляду концесіонера важливе значення має питання про те, чи може законодавство приймаючої країни про захист споживачів обмежувати або ускладнювати його здатність забезпечити в примусовому порядку виконання, наприклад, його права отримувати платежі за надані послуги, коригувати ціни або припиняти надання послуг клієнтам, які не виконують істотні умови своїх договорів або які порушують істотні умови надання послуг.

13. Правове регулювання питань неспроможності

Неспроможність оператора інфраструктури або постачальника загальнодоступних послуг створює цілий ряд проблем, які змусили деякі країни прийняти спеціальні норми для регулювання подібних ситуацій, у тому числі норми, що дозволяють організації-замовнику вживати заходів, які потрібні для забезпечення продовження реалізації проекту. Забезпечення безперервності надання послуг може бути досягнуто за рахунок розробки правових рамок, які дозволяють рятувати підприємства, що зіткнулися з фінансовими труднощами, наприклад, через реорганізацію або аналогічні процедури. Якщо процедури банкрутства стають неминучими, особливий інтерес для забезпечених кредиторів представлятимуть положення, стосуються забезпечених вимог, особливо правила про те, чи можуть Чи забезпечені кредитори стягнути забезпечення, незважаючи на відкриття провадження у справі про банкрутство, чи передбачаються виплати забезпеченим кредиторам в переважному порядку за рахунок коштів, отриманих від забезпечення, і який порядок черговості встановлюється частка вимог забезпечених кредиторів. Як було зазначено вище, значна частка заборгованості концесіонера виступає у формі "першорядних" позик, погашення яких кредитори вимагають в пріоритетному порядку в порівнянні з погашенням субординованої заборгованості концесіонера. Можливості кредиторів щодо примусового виконання таких угод про субординацію будуть залежати від наявності в країні правил і законодавчих положень, що регулюють встановлення черговості вимог кредиторів у справах про неспроможність. Правове визнання автономії сторін у встановленні договірної субординації різних типів позик може полегшити фінансування проектів в області інфраструктури.

У законодавчому порядку доцільно врегулювати наступні питання: черговість вимог кредиторів; відносини між керуючим в справі про неспроможність і кредиторами; правові механізми реорганізації неспроможного боржника; спеціальні норми, спрямовані на

забезпечення безперервності надання загальнодоступних послуг у разі неспроможності концесіонера; і положення про визнання недійсними угод, скоєних боржником безпосередньо перед відкриттям провадження у справі про неспроможність.

У разі великих проектів у галузі інфраструктури неспроможність концесіонера торкнеться, цілком ймовірно, кредиторів з декількох країн або активи, розташовані в кількох державах. У силу цього було б бажано, щоб в приймаючій країні діяли положення, спрямовані на полегшення судової співпраці, доступу до судам для іноземних керуючих у справах про неспроможність і визнання іноземного провадження. Доброю моделлю, яка може бути використана країнами, які прагнуть прийняти в цих цілях відповідне законодавство, є Типовий закон ЮНСІТРАЛ про транскордонної неспроможності.

14. Заходи по боротьбі з корупцією

Створенню сприятливого інвестиційного та ділового клімату можуть також сприятимуть заходи по боротьбі з корупцією при реалізації урядових контрактів. Особливе значення для приймаючої країни має проведення дієвих і конкретних заходів щодо боротьби з хабарництвом і пов'язаною з ним незаконною практикою і, зокрема, ефективне забезпечення дотримання чинного законодавства, що забороняє хабарництво.

Важливим кроком у цьому напрямку може стати прийняття законів, що враховують міжнародні угоди та стандарти, що стосуються забезпечення об'єктивності при веденні публічної комерційної діяльності. Важливі стандарти містяться в двох резолюціях Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй: в резолюції 51/59 від 12 грудня 1996 року, в якій Асамблея прийняла Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб, і в резолюції 51/191 від 16 грудня 1996 року, в якій вона прийняла Декларацію Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з корупцією і хабарництвом у міжнародних комерційних операціях. У число інших важливих документів входить Конвенція по боротьбі з хабарництвом іноземних посадових осіб у міжнародних комерційних угодах 1997 року, яка була розроблена під егідою Організації економічного співробітництва і розвитку.

Крім того, важливо, щоб норми, що регулюють діяльність організацій-замовників та здійснення контролю за виконанням публічних контрактів, забезпечували необхідний ступінь прозорості та об'єктивності. В разі відсутності таких норм слід розробити і прийняти належні законодавчі і регламентують положення. У цьому зв'язку слід взяти до уваги такі додаткові елементи, як простота і послідовність у поєднанні зі скасуванням зайвих вимог, які затягують адміністративні процедури або роблять їх обтяжливими.

Різноманітні види проектів державно-приватного партнерства, що в Керівництві UNCITRAL називаються проектами в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, поділяються на ряд категорій в залежності від характеру участі приватного партнера або від власності на відповідний об'єкт інфраструктури. Керівництво UNCITRAL виділяє наступні категорії проектів:

ВОТ (Build – Operate – Transfer) – «Будівництво – управління – передача». Концесіонер здійснює будівництво та експлуатацію протягом встановленого строку, після чого об'єкт передається державі. Зазвичай концесійні схеми ВОТ використовуються при будівництві автострад (Італія, Іспанія, Південна Корея), трубопроводів (Німеччина), електростанцій (Туреччина, Індія, Таїланд), аеропортів (Єгипет, Греція, Канада), тунелів (Франція), стадіонів інших об'єктів, які вимагають значних капіталовкладень, проте повинні залишатись у власності держави.

ВТО (Build – Transfer – Operate) – «Будівництво – передача – управління». Концесіонер будує об'єкт, який передається державі у власність одразу після завершення будівництва,

після чого він надається в експлуатацію концесіонеру. Ця схема найвигідніша для держави, оскільки передбачає високий ступінь державного контролю над об'єктом концесії і у випадку необхідності держава в будь-який час може вплинути на діяльність концесіонера.

BOO (Build – Own – Operate) – «Будівництво – володіння – управління». Концесіонер будує об'єкт та здійснює наступну експлуатацію, володіючи ним на праві власності, строк дії якого не обмежується.

BOOT (Build – Own – Operate – Transfer) – «Будівництво – володіння – управління – передача» передбачає, що концесіонер будує об'єкт, здійснює експлуатацію, володіє об'єктом протягом певного строку, після закінчення якого об'єкт переходить у власність держави.

ROT (Rehabilitate – Operate – Transfer) – «Реконструкція-управління-передача». Ця схема аналогічна BOT, тільки замість будівництва нового об'єкта передбачена реконструкція існуючого.

DBFO (Design – Build – Finance – Operate) – «Проектування – будівництво – фінансування – експлуатація». При такому підході вся відповідальність за проектування, будівництво, фінансування та експлуатацію пов'язана воедино та передана приватному партнеру. В Європі, Латинській Америці та Азії така схема зазвичай використовується для розроблення нових проектів платних доріг.

Проте зазначені категорії не є стабільними та дуже часто переплітаються між собою, створюючи нові види концесій.

Зведені рекомендації Керівництва UNCITRAL для створення ефективного законодавства з питань державно-приватного партнерства

I. Загальні законодавчі та інституційні рамки Конституційні, законодавчі та інституційні рамки

Рекомендація 1. Конституційні, законодавчі та інституціональні рамки для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, повинні забезпечувати прозорість, справедливість та довгострокову стійкість проектів. Небажані обмеження на участь приватного сектора в розвитку та експлуатації інфраструктури слід ліквідувати.

Обсяг повноважень на видачу концесій

Рекомендація 2. У законодавстві слід вказати публічні органи приймаючої країни (включаючи, якщо це доречно, загальнонаціональні, регіональні та місцеві органи влади), які наділені повноваженнями видавати концесії та укладати угоди про реалізацію проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

Рекомендація 3. Проекти в галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, можуть передбачати видачу концесій на будівництво нових об'єктів або систем інфраструктури та їх експлуатацію, або на матеріально-технічне обслуговування, модернізацію, розширення і експлуатацію діючих об'єктів і систем інфраструктури.

Рекомендація 4. У законодавстві слід вказати ті сектори або види інфраструктури, щодо яких можуть бути видані концесії.

Рекомендація 5. У законодавстві слід обумовити питання про те, чи може концесія поширюватися на весь регіон в межах компетенції відповідної організації-замовника, або тільки на окрему географічну частину такого регіону, або на конкретний проект, і чи може вона бути видана з наданням виняткових прав або без нього, відповідно до норм і принципів права, законодавчими положеннями, підзаконними актами і політикою, застосовними до відповідного сектору. Організації-замовники можуть бути спільно уповноважені видавати концесії, що виходять за межі компетенції окремих організацій-замовників.

Адміністративна координація

Рекомендація 6. Слід створити інституційні механізми для координації діяльності публічних органів, відповідальних за видачу та підтвердження ліцензій, дозволів або санкцій, необхідних для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно до законодавчих або нормативних вимог, що стосуються будівництва та експлуатації об'єктів інфраструктури відповідного типу.

Повноваження на регулювання послуг в області інфраструктури

Рекомендація 7. Не слід наділяти повноваженнями на регулювання послуг в області інфраструктури тих суб'єктів, які прямо чи непрямо займаються наданням послуг у галузі інфраструктури.

Рекомендація 8. Компетенцією з питань регулювання слід наділяти функціонально незалежні органи, що володіють достатнім рівнем автономії для забезпечення того, щоб їх рішення приймалися без політичного втручання або неналежного тиску з боку операторів інфраструктури та постачальників загальнодоступних послуг.

Рекомендація 9. Слід забезпечити опублікування правил, що встановлюють порядок застосування процедур регулювання. У рішеннях, що приймаються в порядку регулювання, слід вказувати причини, на яких вони ґрунтуються, і такі рішення повинні бути доступні для зацікавлених сторін в результаті їх опублікування або за допомогою інших засобів.

Рекомендація 10. У законодавстві слід встановити прозорі процедури, за допомогою яких концесіонер може оскаржити в незалежному та неупередженому органі, у тому числі в суді, прийняті в порядку регулювання рішення і слід зазначити підстави для такого оскарження.

Рекомендація 11. Якщо це доречно, слід передбачити спеціальні процедури для вирішення спорів між постачальниками загальнодоступних послуг щодо тверджень про порушення законодавчих та нормативних вимог, які регулюють відповідний сектор.

II. Ризики, пов'язані з проектами, і урядова підтримка

Ризики, пов'язані з проектами, і розподіл ризиків

Рекомендація 12. Не слід встановлювати зайвих законодавчих чи регулятивних обмежень стосовно здатності організації-замовника погоджувати такий розподіл ризиків, який відповідає вимогам проекту.

Урядова підтримка

Рекомендація 13. У законодавстві слід ясно вказати ті публічні органи приймаючої країни, які можуть надавати фінансову або економічну підтримку здійсненню проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, та ті види підтримки, які вони уповноважені надавати.

III. Вибір концесіонера

Загальні міркування

Рекомендація 14. У законодавстві слід встановити порядок вибору концесіонера за допомогою прозорих та ефективних конкурентних процедур, пристосованих до особливих потреб проектів в області інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел.

Попередній відбір учасників процедур

Рекомендація 15. Учасники процедур повинні продемонструвати, що вони задовольняють критеріям попереднього відбору, які були прийняті організацією-замовником доречними стосовно конкретному проекту, включаючи наступні:

- a) належні професійні та технічні кваліфікаційні дані, людські ресурси, обладнання та інші матеріальні засоби, які необхідні для виконання всіх етапів проекту, а саме для виконання інженерно-конструкторських, будівельних та експлуатаційних робіт, а також робіт з матеріально-технічного обслуговування;
- b) Достатні можливості з управління фінансовими аспектами проекту і потенційні можливості для задоволення фінансових потреб інженерно-конструкторського, будівельного і експлуатаційного етапів проекту;
- c) відповідні управлінські та організаційні можливості, репутація і досвід, включаючи попередній досвід з експлуатації публічної інфраструктури.

Рекомендація 16. Учасникам процедур слід надати можливість створювати консорціуми для подання пропозицій за умови, що кожен член консорціуму, що пройшов попередній відбір, може брати участь, прямо або через дочірні компанії, тільки в одному консорціумі, що бере участь в процедурах.

Рекомендація 17. Організації-замовнику слід скласти короткий список учасників процедур, що пройшли попередній відбір, яким в подальшому після завершення етапу попереднього відбору буде запропоновано представити свої пропозиції.

Процедура запиту пропозицій

Рекомендація 18. По завершенні процедур попереднього відбору організації-замовнику слід запропонувати тим, що пройшли попередній відбір, учасникам процедур надати остаточні пропозиції.

Одно етапні і двох етапні процедури запиту пропозицій

Рекомендація 19. Незалежно від вищевикладеного, організація-замовник може використовувати двох етапну процедуру для запиту пропозицій від учасників процедур, що пройшли попередній відбір, коли вона не має можливості сформулювати проектні специфікації або експлуатаційні показники і договірні умови у зв'язку з проектом настільки детально і точно, щоб можна було сформулювати остаточні пропозиції. У разі використання двох етапної процедури застосовуються наступні положення:

- a) організації-замовнику слід в першу чергу звернутися до тим, що пройшли попередній відбір, учасникам процедур з закликом надати пропозиції, що стосуються специфікацій на продукцію проекту і інших характеристик проекту, а також передбачуваних умов договору;
- b) організації-замовнику слід провести зустріч з учасниками процедур для роз'яснення питань, що стосуються початкового запиту пропозицій;

с) після вивчення отриманих пропозицій організації-замовнику необхідно провести огляд і, в разі необхідності, переглянути первинні проектні специфікації і договірні умови до розсилки кінцевого запиту пропозицій.

Зміст остаточного запиту пропозицій

Рекомендація 20. В остаточний запит пропозицій слід включати щонайменше наступну інформацію:

- а) загальна інформація, яка може знадобитися учасникам процедур для підготовки й подання їхніх пропозицій;
- б) проектні специфікації і експлуатаційні показники, якщо це доречно, включаючи вимоги організації-замовника стосовно стандартів охорони праці та безпеки, а також захисту навколишнього середовища;
- с) пропоновані організацією-замовником умови договору;
- д) критерії оцінки пропозицій, відносно значення, що надається кожному з цих критеріїв, і порядок застосування критеріїв при оцінці пропозицій.

Роз'яснення та зміни

Рекомендація 21. Організація-замовник може - або за своєю власної ініціативи, або в результаті запиту роз'яснень яким-небудь учасником процедур - внести зміни в остаточний запит пропозицій шляхом видання додатку в будь-який розумний момент до закінчення кінцевого терміну подання пропозицій.

Критерії оцінки

Рекомендація 22. Критерії оцінки і зіставлення технічних пропозицій повинні бути спрямовані на визначення ефективності наданої тим або іншим учасником процедур пропозиції з погляду задоволення потреб організації-замовника, включаючи наступне:

- а) технічна обґрунтованість;
- б) оперативна здійсненність;
- с) якість послуг та заходи щодо забезпечення безперервності їх надання;
- д) потенційні можливості пропозиції з точки зору соціально-економічного розвитку.

Рекомендація 23. Критерії оцінки і зіставлення фінансових і комерційних пропозицій можуть включати, якщо це доречно, таке:

- а) поточна вартість пропонованих видів винагороди, оплати, питомих цін та інших зборів протягом терміну концесії;
- б) поточна вартість пропонованих прямих платежів з боку організації-замовника, якщо такі передбачаються;
- с) витрати на проектно-конструкторські та будівельні роботи, щорічні витрати на експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування, поточна вартість капітальних витрат і витрат на експлуатацію і матеріально-технічне обслуговування;
- д) обсяг фінансової підтримки, якщо очікується така від уряду;
- е) обґрунтованість пропонованих механізмів фінансування;
- ф) ступінь згоди з пропонованими договірними умовами.

Подання, відкриття, зіставлення та оцінка пропозицій

Рекомендація 24. Організація-замовник може встановлювати мінімальні вимоги відносно якісних, технічних, фінансових та комерційних аспектів, які повинні бути відображені в

пропозиціях в відповідності до критеріїв, викладених в запиті пропозицій. Пропозиції, які не досягли таких мінімальних вимог, повинні розглядатися в якості тих, що не відповідають формальним вимогам.

Рекомендація 25. Незалежно від того, чи проводився процес попереднього відбору, організація-замовник може зберігати за собою право вимагати від усіх учасників процедур знову продемонструвати їх кваліфікаційні дані відповідно до критеріїв і процедур, що запропоновані в запиті пропозиції або, якщо це доречно, в документації для попереднього відбору. У тих випадках, коли процес попереднього відбору проводився, повинні застосовуватися ті ж критерії, що й при процедурах попереднього відбору.

Завершальні переговори і видача підряду на проект

Рекомендація 26. Організації-замовнику слід розставити всі відповідні формальним вимогам пропозиції в порядку отриманих ними оцінок на основі критеріїв, викладених у запиті пропозицій, і запросити до участі в заключних переговорах по проектній угоді учасника процедур, що отримав найбільш високу оцінку. На заключних переговорах не можуть розглядатися ті умови договору, які були визначені в остаточному запиті пропозицій в якості тих, що не підлягають обговоренню.

Рекомендація 27. Якщо організації-замовнику стає очевидно, що переговори із запрошеним учасником процедур не приведуть до підписання проектної угоди, організації-замовнику слід поінформувати цього учасника про те, що вона припиняє переговори, а потім по черзі запрошувати до переговорів інших учасників процедур на основі отриманих ними оцінок до того моменту, поки вона не укладе проектної угоди або не відхилить всі залишилися пропозиції.

Видача концесії без проведення конкурентних процедур

Рекомендація 28. У законодавстві слід обумовити виняткові обставини, за яких організація-замовник може бути уповноважена видавати концесію без використання конкурентних процедур, наприклад, такі:

- a) випадки, коли існує термінова необхідність в забезпечення безперервності надання відповідної послуги і проведення процедур конкурентного відбору було недоцільним;
- b) випадки, коли мова йде про короткострокові проекти і коли обсяг передбачених первісних інвестицій не перевищує встановленої мінімальної суми;
- c) причини, пов'язані з національною обороною або національною безпекою;
- d) випадки, коли необхідна послуга може бути отримана тільки з одного джерела (наприклад, коли для неї вимагається використання запатентованої технології або унікального ноу-хау);
- e) випадки, коли подані незапитані пропозиції;
- f) випадки, коли було опубліковано запрошення до участі в процедурах попереднього відбору або коли був опублікований запит пропозицій, проте заявок або пропозицій не було представлено, або коли всі пропозиції не задовольняють критеріям оцінки, викладеним у запиті пропозицій, і коли, на думку організації-замовника, опублікування нового запиту пропозицій навряд чи приведе до видачі підряду на проект;
- g) інші випадки, коли вищестоящий орган дозволяє вдатися до такого виключення з вагомих причин, пов'язаних з публічними інтересами.

Рекомендація 29. Законодавство може передбачати вимогу про дотримання наступних процедур при видачі концесії без проведення конкурентних процедур:

- a) організації-замовнику слід публікувати повідомлення про свій намір видати концесію на здійснення запропонованого проекту і слід проводити переговори з настільки широким

колом компаній, які вважаються здатними виконати проект, наскільки це дозволяють обставини;

б) оферти повинні оцінюватися і розставлятися в порядку отриманих ними оцінок відповідно до критеріїв оцінки пропозицій, встановленими організацією-замовником;

с) за винятком ситуації, згаданої у рекомендації 28 (с), організації-замовнику слід забезпечувати опублікування повідомлення про видачу концесії із зазначенням особливих обставин і причин видачі концесії без проведення конкурентних процедур.

Незапитані пропозиції

Рекомендація 30. Як виняток із застосування процедур відбору, описаних в рекомендаціях 14-27, організації-замовнику може бути дозволено розглядати незапитані пропозиції у відповідності зі спеціальними процедурами, встановленими в законодавстві для розгляду незапитаних пропозицій, за умови, що такі пропозиції не стосуються будь-якого проекту, у зв'язку з яким організацією-замовником вже були розпочаті або оголошені процедури відбору.

Процедури визначення прийнятності незапрошених пропозицій

Рекомендація 31. Після отримання та попереднього вивчення незапитаних пропозицій організації-замовнику слід протягом нетривалого розумного строку проінформувати подавшу його сторону про те, чи розглядається запропонований проект в якості того, що відповідає потенційно громадським інтересам. Якщо буде визнано, що проект відповідає громадським інтересам, організації-замовнику слід запросити сторону, надати пропозиції, що містить інформацію, досить докладну для того, щоб дозволити організації-замовнику належним чином оцінити концепцію або технологію і визначити, чи відповідає пропозиція умовам, встановленим в законодавстві, і чи може воно бути успішно реалізовано в масштабах запропонованого проекту.

Рекомендація 32. Сторона, яка запропонувала проект, повинна зберігати правовий титул на всю подану документацію протягом всієї процедури, і ця документація повинна бути повернута їй у разі, якщо пропозиція буде відхилена.

Процедури розгляду незапитаних пропозицій, котрі не пов'язані з концепціями чи технологією, захищеними правами власності

Рекомендація 33. Організації-замовнику слід почати процедури конкурентного відбору відповідно до рекомендацій 14-27, якщо буде вирішено, що передбачувана проектна віддача може бути досягнута без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які автор незапитаної пропозиції має виняткові права, або якщо запропонована концепція чи технологія насправді не є унікальною або новою. Автор незапитаної пропозиції повинен бути запрошений до участі в таких процедурах, і йому можуть бути надані пільги за представлення пропозиції.

Процедури розгляду незапитаних пропозицій, які пов'язані з концепціями або технологіями, захищеними правами власності

Рекомендація 34. Якщо передбачувана проектна віддача не може бути досягнута без використання процесів, конструкторських рішень, методологій або інженерних концепцій, на які автор незапитаної пропозиції володіє винятковими правами, організації-замовнику слід спробувати отримати порівняльні елементи пов'язані з незапитаної пропозицією. Для цієї мети організації-замовнику слід опублікувати опис основних елементів, що стосуються продукції запропонованого проекту, із запрошенням іншим зацікавленим сторонам подати альтернативні або зіставні пропозиції протягом певного розумного строку.

Рекомендація 35. Організація-замовник може провести переговори з автором незапитаної пропозиції, якщо жодних альтернативних пропозицій не було отримано, за умови згоди вищого органу. Якщо альтернативні пропозиції були представлені, організації-замовнику слід запросити до переговорів всіх зацікавлених відповідно до положень рекомендації 29 (a) - (c).

Конфіденційність

Рекомендація 36. Переговори між організацією-замовником і учасниками процедур повинні носити конфіденційний характер, і жодна з сторін переговорів не повинна розкривати іншим особам будь-яку технічну, цінову або іншу комерційну інформацію, що пов'язана з переговорами, без згоди на те другої сторони.

Повідомлення про видачу підяду на проект

Рекомендація 37. Організації-замовнику слід забезпечити публікацію повідомлення про видачу підяду на проект. У повідомленні повинен вказуватися концесіонер і повинно приводитися резюме основних умов проектної угоди.

Звіт про процедурах відбору та прийняття рішення про видачу підяду

Рекомендація 38. Організації-замовнику слід вести належну звітність, в яку включається ключова інформація, що стосується процедур відбору та прийняття рішення про видачу підяду. У законодавстві слід встановити вимоги про забезпечення публічного доступу до такої звітності.

Процедури оскарження

Рекомендація 39. Учасники процедур, які заявляють про те, що вони понесли - або які можуть понести - збитки чи шкоду в результаті порушення будь-яких обов'язків, покладених відповідно до законодавства на організацію-замовника, можуть оскаржити дії організації-замовника відповідно до законодавства приймаючої країни.

IV. Спорудження та експлуатація інфраструктури: законодавчі рамки і проектна угода

Загальні положення проектної угоди

Рекомендація 40. У законодавстві можуть бути визначені ключові умови для включення в проектну угоду, в тому числі умови, згадані в рекомендаціях 41-68 нижче.

Рекомендація 41. Якщо не передбачено інше, проектну угоду регулюють законодавством приймаючої країни.

Організаційний штат концесіонера

Рекомендація 42. У розпорядження організації-замовника слід надати можливість вимагати, щоб вибрані учасники процедур заснували самостійну юридичну особу з місцезнаходженням в країні.

Рекомендація 43. У проектному угоді повинні обумовлюватися мінімальний капітал проектної компанії і процедури для отримання погодження організації-замовника з статутними документами та іншими нормативними актами проектної компанії, а також в разі внесення істотних змін в ці документи.

Будівельний майданчик, активи і сервітути

Рекомендація 44. У проектній угоді повинні обумовлюватися, якщо це доречно, питання про те, які активи будуть перебувати в публічній власності та які активи будуть перебувати у приватній власності концесіонера. У проектній угоді слід далі вказати ті активи, які концесіонер повинен передати організації-замовнику або новому концесіонеру після закінчення або припинення проектної угоди; які активи організація-замовник може, за своїм вибором, викупити у концесіонера; які активи концесіонер може вільно вивезти або реалізувати після закінчення або припинення проектної угоди.

Рекомендація 45. Організації-замовнику слід надавати концесіонеру допомогу в придбанні таких пов'язаних з будівельним майданчиком прав, які необхідні для експлуатації, споруди та матеріально-технічного обслуговування об'єкту. Законодавство може уповноважувати концесіонера вступати на територію, що знаходиться у власності третіх сторін, здійснювати транзитні перевезення по цій території і виробляти на ній роботи або встановлювати споруди, якщо це необхідно для цілей зведення, експлуатації та матеріально-технічного обслуговування об'єкта.

Фінансові механізми

Рекомендація 46. У законодавстві слід передбачити повноваження концесіонера на стягування тарифів або зборів з користувачів за використання об'єкта або наданих їм послуг. У проектній угоді повинні передбачатися методи і формули коригування таких тарифів або зборів з користувачів.

Рекомендація 47. У тих випадках, коли тарифи або збори, що стягуються концесіонером, підлягають зовнішньому контролю з боку будь-якої регуляторної установи, в законодавстві слід встановити механізми для періодичних та позачергових переглядів формули коригування тарифів.

Рекомендація 48. Організації-замовнику слід надати повноваження, якщо це доречно, погоджуватися на прямі платежі концесіонеру в якості заміни зборів за обслуговування, які повинні сплачуватися користувачами, або на додаток до них або приймати на себе зобов'язання із закупівлі фіксованих кількостей товарів або послуг.

Забезпечувальні інтереси

Рекомендація 49. Концесіонер повинен нести відповідальність за мобілізацію коштів, необхідних для спорудження та експлуатації об'єктів інфраструктури, і, в цих цілях, він повинен володіти правом забезпечувати будь-яке фінансування, потрібне для проекту, за допомогою створення забезпечувальних інтересів у будь-якій його власності, застави акцій проектної компанії, застави надходжень та дебіторської заборгованості з концесії або будь-якого іншого доречного забезпечення без шкоди для дії будь-яких норм права, які можуть забороняти створення забезпечувальних інтересів у публічній власності.

Поступка концесії

Рекомендація 50. Уступка концесії третім сторонам без згоди організації-замовника допускати не повинна. У проектній угоді мають встановлюватися умови, за яких організація-замовник може дати згоду на поступку концесії, включаючи такі умови, як прийняття на себе новим концесіонером всіх зобов'язань по проектній угоді і надання доказів наявності у нового концесіонера технічних і фінансових можливостей, необхідних для надання послуги.

Передача контрольного пакету акцій проектної компанії

Рекомендація 51. Може бути встановлено вимогу згоди організації-замовника на передачу контрольного пакету акцій компанії-концесіонеру, якщо не передбачено інше.

Будівельні роботи

Рекомендація 52. У проектній угоді повинні передбачатися процедури для розгляду та затвердження організацією-замовником будівельних планів і специфікацій, право організації-замовника стежити за ходом будівництва або модернізації об'єкта інфраструктури, умови, за яких організація-замовник може зажадати внести зміни в будівельні специфікації, і процедури для випробувань та підсумкової інспекції, схвалення і прийняття об'єкта, його обладнання і апаратури.

Експлуатація інфраструктури

Рекомендація 53. У проектній угоді, якщо це доречно, повинна визначатися ступінь відповідальності концесіонера за забезпечення наступного:

- a) пристосування послуги для задоволення фактичного попиту на неї;
- b) безперервність надання послуги;
- c) надання послуги всім користувачам на практично одних і тих же умовах;
- d) недискримінаційний доступ, якщо це доречно, інших постачальників послуг до будь-якої мережі публічної інфраструктури, експлуатованої концесіонером.

Рекомендація 54. У проектній угоді має бути вказано наступне:

- a) ступінь відповідальності концесіонера за поданням організації-замовнику або регулюючої установи, якщо це доречно, звітів та іншої інформації про свої операції;
- b) процедури для контролю за діяльністю концесіонера і прийняття таких заходів, які, на думку організації-замовника або регулюючої установи, будуть розумними і доречними для забезпечення належної експлуатації об'єкта інфраструктури та надання послуг відповідно до юридичних і договірних вимог.

Рекомендація 55. Концесіонер повинен володіти правом запроваджувати, за погодженням з організацією-замовником або регулюючою установою, правила, що регулюють використання об'єкта, і забезпечувати їх дотримання.

Загальні договірні механізми

Рекомендація 56. Організація-замовник може зарезервувати за собою право розглядати та затверджувати основні контракти, що укладаються концесіонером, зокрема, контракти з особами, які є акціонерами компанії-концесіонера або пов'язаними з нею. Як правило, в затвердженні організацією-замовником повинна відмовлятися тільки в тих випадках, коли в контрактах містяться положення, що суперечать проектній угоді або явно суперечать державним інтересам чи імперативним нормам публічно-правового характеру.

Рекомендація 57. Концесіонер і його кредитори, страховики та інші договірні партнери повинні мати можливість вільно вибрати право для регулювання своїх договірних відносин, за виключенням випадків, коли такий вибір буде порушувати громадський порядок приймаючої країни.

Рекомендація 58. У проектом угоді має встановлюватися наступне:

- a) форма, тривалість і обсяг гарантій виконання, надання яких може вимагатися від концесіонера у зв'язку з облаштуванням та експлуатацією об'єктів;
- b) страхові поліси, придбання яких може вимагатися від концесіонера;
- c) компенсація, на яку може мати право концесіонер у разі законодавчих змін або інших змін в економічних і фінансових умовах, які істотно ускладнюють виконання обов'язків в порівнянні з тим, як це спочатку передбачалося. Крім того, в проектній угоді повинні встановлюватися механізми перегляду умов договору у разі будь-яких таких змін;
- d) обсяг можливого звільнення кожної зі сторін від відповідальності у зв'язку з невиконанням або затримкою виконання будь-якого зобов'язання, передбаченого в проектній угоді, в результаті обставин, що знаходяться поза сферою їхнього розумного контролю;
- e) засоби правового захисту, наявні в розпорядженні організації-замовника і концесіонера у випадку невиконання зобов'язань іншою стороною.

Рекомендація 59. У проектній угоді повинні бути вказані обставини, при яких організація-замовник може тимчасово брати на себе функції з експлуатації об'єкта з метою забезпечення ефективного та безперебійного надання послуг у разі серйозного невиконання концесіонером його зобов'язань.

Рекомендація 60. Організація-замовник повинна бути уповноважена підписувати угоди з кредитором, що передбачають призначення із згоди організації-замовника нового концесіонера для виконання діючої проектної угоди у разі серйозного порушення концесіонером своїх зобов'язань з надання необхідних послуг і в випадку настання інших обумовлених подій, які можуть бути основою для припинення проектної угоди.

V. Термін дії, продовження і припинення проектної угоди

Термін дії та продовження проектної угоди

Рекомендація 61. Тривалість концесії повинна бути обговорена в проектній угоді.

Рекомендація 62. Термін дії концесії не повинен продовжуватися, крім як в обумовлених у законі обставинах, наприклад, в наступних:

- a) затримка в завершенні або призупиненні експлуатації в результаті настання подій поза сферою розумного контролю кожної зі сторін;
- b) призупинення проекту в результаті дій організації-замовника або інших публічних органів;
- c) надання концесіонеру можливості відшкодувати додаткових витрат, які виникли в результаті задоволення вимог організації-замовника, спочатку не передбачених в проектній угоді, і які концесіонер не зміг би відшкодувати на протязі нормального терміну дії проектної угоди.

Припинення проектної угоди

Припинення організацією-замовником

Рекомендація 63. Організація-замовник повинна мати право припинити проектну угоду:

- a) у випадку, коли вона не може більш розумно очікувати, що концесіонер буде здатний або готовий виконати свої зобов'язання, будь то по причині неспроможності, серйозного порушення зобов'язань або з іншої причини;
- b) в силу публічних інтересів за умови виплати компенсації концесіонеру.

Припинення концесіонером

Рекомендація 64. Концесіонер повинен мати право припинити проектну угоду у разі обумовлених у законі виняткових обставин, наприклад, таких:

- a) у разі серйозного порушення організацією-замовником або іншим публічним органом своїх зобов'язань по проектній угоді;
- b) у разі, коли виконання концесіонером його зобов'язань істотно ускладнюється в результаті розпоряджень організації-замовника про внесення змін або інших її дій, або внаслідок непередбачених змін в умовах, або дій інших публічних органів і коли сторони не змогли домовитися про відповідний перегляд проектної угоди.

Припинення кожної зі сторін

Рекомендація 65. Кожна сторона повинна мати право припинити проектну угоду у разі, коли виконання її зобов'язань стає неможливим в силу виникнення обставин поза сферою розумного контролю кожної зі сторін. Сторони повинні також мати право припинити проектну угоду за обоюдною згодою.

Наслідки закінчення або припинення проектної угоди

Передача активів організації-замовнику або новому концесіонеру

Рекомендація 66. У проектній угоді мають бути встановлені критерії для визначення, якщо це доречно, розмірів компенсації, яка може належати концесіонеру у зв'язку з активами, переданими організації-замовнику або новому концесіонеру або викуповуються організацією-замовником після закінчення або припинення проектної угоди.

Фінансові механізми, що регулюють наслідки припинення

Рекомендація 67. У проектній угоді слід обумовити способи розрахунку компенсації, належної кожній із сторін у разі припинення проектної угоди, передбачивши, коли це доречно, компенсацію справедливої вартості робіт, виконаних по угоді, і збитків, включаючи втрачений прибуток.

Етап завершення і заходи в перехідний період

Рекомендація 68. У проектній угоді слід встановити, якщо це доречно, права і обов'язки сторін щодо такого:

- a) передача технології, необхідної для експлуатації об'єкта;
- b) підготовка персоналу організації-замовника або концесіонера-наступника для експлуатації та технічного обслуговування об'єкта;
- c) надання концесіонером послуг з експлуатації і матеріально-технічного обслуговування і постачання запасних частин, якщо це потрібно, протягом розумного строку після передачі об'єкта організації-замовнику або концесіонеру-наступнику.

VI. Врегулювання спорів

Спори між організацією замовником та концесіонером

Рекомендація 69. Організація-замовник повинна мати право вільно домовлятися про такі механізми врегулювання спорів, які, на думку сторін, найкращим чином відповідають потребам проекту.

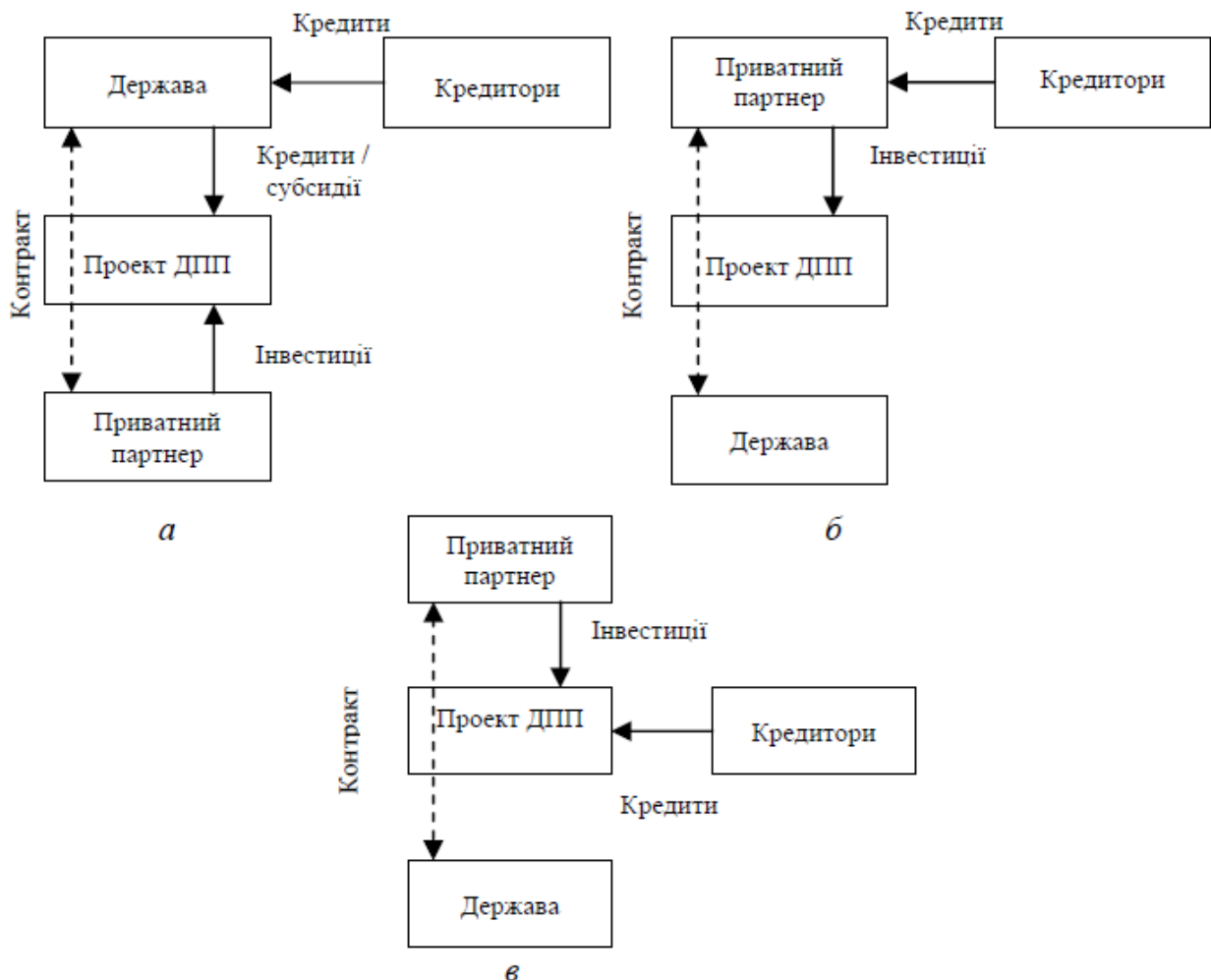
Спори між засновниками проекту, між концесіонером і його кредиторами, підрядниками і постачальниками

Рекомендація 70. Концесіонер та засновники проекту повинні мати право вільно вибирати належні механізми для врегулювання комерційних суперечок між засновниками проекту або суперечок між концесіонером його кредиторами, підрядниками, постачальниками та іншими діловими партнерами.

Спори за участю клієнтів або користувачів об'єкта інфраструктури

Рекомендація 71. Для концесіонера може бути встановлена вимога передбачити спрощені та ефективні механізми для розгляду претензій, представлених його клієнтами або користувачами об'єктів інфраструктури.

На сьогодні механізми міжнародного права стосовно державно-приватного партнерства передбачають наступні механізми фінансування проектних угод. Проте на практиці, відповідно до Керівництва UNCITRAL, можливі різноманітні поєднання даних типів фінансування.



а – державне фінансування, б – приватне фінансування, в – проектне фінансування.

Загальні принципи міжнародного права стосовно державно-приватного партнерства визначені в розробці Європейського Банку Реконструкції та Розвитку «EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law». До основних принципів концесійного законодавства ЄБРР відносять:

1 В основі законодавства повинна лежати чітка державна політика щодо проектів за участю приватного сектора

Загальна політика / стратегія відносно підтримки участі приватного сектору, що встановлює принципи і цілі, та описує заходи щодо поліпшення правового режиму участі приватного сектору, повинна бути закріплена на рівні постанови Уряду (указу Президента) чи іншого документа аналогічного рівня в ієрархії офіційного документообігу в тій чи іншій країні.

2 Законодавство повинно створювати міцну законодавчу основу для концесій

Ефективний і успішний правовий режим концесій припускає наявність спеціального закону про концесії (окремого рамкового закону) або всеосяжного пакету законів, що регулюють концесії та забезпечує доступ до чіткої, справедливої, передбачуваною і стабільною правовому середовищі для проектів з участю приватного сектору.

3 Законодавство повинно забезпечувати чіткість правил

Концесійне законодавство повинно містити чітке визначення складу і меж застосування правового режиму концесій для зниження ризику визнання недійсним концесійної угоди. Такий режим повинен включати, незалежно від форми участі приватного сектору (концесія, ліцензія, оренда, узуфрукт і т.д.), визначення "концесії", а також відкритий список відповідних секторів, що наймають органів, і концесіонерів, які мають право на участь у концесійні угоди.

4 Законодавство повинно забезпечувати стабільність і передбачуваність правового режиму концесій

Правовий режим, що регулює концесійні угоди, так само як і умови таких угод, повинні залишатися стійкими на всьому протязі дії угоди між сторонами. Концесійне законодавство повинно, по можливості, містити застереження про незмінність правового режиму, який діє на момент укладення концесійного угоди (так звана "застереження про стабільність" або "дідусева обмовка") як імперативного законодавчого зобов'язання.

5 Законодавство повинно забезпечувати справедливість, прозорість і доступність правил та процедур концесій

Концесійне законодавство повинно містити норми, що забезпечують відбір концесіонера на засадах прозорості і, як правило, на конкурсній основі (з чітко перерахованими випадками винятків, що дозволяють укладення концесійних договорів без проведення конкурсу). Правоздатність іноземних і місцевих інвесторів, включаючи правомочність вступати в будь-які договірні відносини, повинна бути гарантована законодавством даної країни. Законодавство повинно передбачати обов'язкові норми про компенсацію інвесторам в певних випадках, а також механізм їх реалізації. Особливості проекту, правила і процедури, так само як і критерії оцінки пропозицій, повинні бути відкриті для ознайомлення. Концесійне законодавство має стимулювати розвиток правових механізмів, що регулюють застосування концесій, конкурсних процедур стосовно заявок за власною ініціативою інвестора, і оскарження спірних рішень про видачу концесій.

6 Законодавство повинно відповідати правовій системі і окремим законам країни

Норми концесійного законодавства повинні відповідати праву країни, включаючи і його загальну структуру, і спеціальне законодавство. Необхідно забезпечити, щоб окремі частини законодавства не суперечили один одному, а застосування індивідуальних актів було максимально зрозумілим. Щоб уникнути непорозумінь, в ідеалі необхідно прийняття відповідних змін до всіх потенційно суперечать один одному законодавчі акти. Для цього в рамках робіт з розробки проекту закону про концесії повинен бути складений список законів, що підлягають зміні.

7 Законодавство повинно допускати свободу переговорів щодо концесійних угод

Ні концесіонери, ні органи, що наймають, не повинні відчувати жодних правових чи процедурних обмежень, що лімітують їх права погоджувати в переговорному процесі склад ризиків, які розподіляються між сторонами угоди. Закон повинен чітко визначити один орган, відповідальний (а) за погодження умов угоди, а також (б) виконання цих угод, включаючи спостереження за їх належним виконанням. Законодавство повинно передбачати чітке і однозначне розділення повноважень між Урядом та місцевою владою. Законодавство має надавати наймати органу гнучкі повноваження щодо змісту концесійних угод, включаючи тарифи з метою створення умов для надання проекту фінансового забезпечення.

8 Законодавство повинно допускати можливість оскарження в суді або арбітражі

Концесійне законодавство повинно забезпечувати можливість отримання належних санкцій за невиконання зобов'язань відповідно до застосовного законодавства, включаючи, бажано, за допомогою звернення в міжнародні третейські суди та приведення у виконання їх рішень.

9 Законодавство повинно допускати державну підтримку і гарантії

Концесійне законодавство має надавати можливість фінансової підтримки або гарантії з боку Уряду відносно належного виконання зобов'язань наймають органом. Концесійне законодавство та інше бюджетне законодавство повинні надавати право органу, що наймає, приймати на себе такого роду довгострокові зобов'язання.

10 Законодавство повинно передбачати доступність фінансових інструментів

Концесійне законодавство повинно передбачати набір надійних забезпечувальних інструментів щодо майна і грошових потоків концесіонера на користь кредиторів, включаючи право втручання (step-in rights), а також право на участь у справах боржника у разі виникнення певних обставин і т.д.

Саме на цих принципах базується європейське законодавство стосовно державно-приватного партнерства. До основних європейських законодавчих актів в цій сфері можна віднести:

- European Commission Interpretive Communication on Concessions Under Community Law (2000/C 121/02);
- European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003;
- European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004
- Інші директиви ЄС відносно державно-приватного партнерства в тому числі 2004/18 / ЄС і 2004/17 ЄС від 31 березня 2004 року

Перший документ, що прийнято в 2000 році узагальнює досвід країн ЄС стосовно державно-партнерства і визначає єдині терміни та правові рамки концесійного законодавства в країнах спільноти. Керівництво для успішного державно-приватного партнерства, що прийнято в 2003 році, узагальнює положення Керівництва ООН UNCITRAL адаптованого до законодавства Європейського Союзу. Зелена книга державно-приватного партнерства від 2004 року узагальнює положення попередніх документів відносно різноманітних директив ЄС та досвіду країн, що входять в склад європейської спільноти. На цих документах ґрунтується польське законодавство стосовно державно-приватного партнерства.

До польського законодавства з державно-приватного партнерства відносяться наступні документи:

- Закон від 19 грудня 2008 року про державно-приватне партнерство. Закон визначає принципи співпраці державного органу та приватного партнера в рамках державно-приватного партнерства, мета якого є спільне здійснення проекту, заснованого на поділі завдань і ризиків між державним органом і приватним партнером.
- Закон від 9 січня 2009 року про концесії на роботи або послуги. Примітка Маршала Сейму Польщі 13 січня 2015, що оголошує єдиний текст Закону про концесії на будівництво робіт або послуг.
- Закон від 29 січня 2004 про державні закупівлі. Закон визначає правила і процедури для державних закупівель, правового захисту, контролю державних закупівель та закупівель компетентними органами.
- Закон від 20 грудня 1996 про муніципальні органи. Закон встановлює принципи і форми муніципальних органів місцевого самоврядування, що стосується виконання ними завдань, з метою задоволення колективних потреб місцевого співтовариства.
- Закон від 27 жовтня 1994 про платні автомагістралі і республіканський дорожній фонд. Закон визначає умови для підготовки будівництва, фінансування будівництва, правил проведення тендерних процедур для будівництва та експлуатації або тільки експлуатації платних автодоріг, принципи укладання угод з будівництва та експлуатації, а також визначає компетентні органи в цих питаннях.
- Закон від 21 серпня 1997 року з управління нерухомістю. Закон встановлює правила: управління нерухомого майна, що належить державній скарбниці або місцевим органам влади, поділу майна та його консолідації; правила експропріації та повернення відчуженого майна; встановлює частку у витратах будівництва об'єктів технічної інфраструктури; оцінки нерухомості та професійної діяльності, метою якої є управління нерухомим майном.

Таким чином основним документом, що регулює питання державно-приватного партнерства в Польщі, є Закон від 19 грудня 2008 року про державно-приватне партнерство. Основними принципами державно-приватного партнерства відповідно до цього Закону виступають:

1. До проектів державно-приватного партнерства можуть відноситися:

- а) будівництво або реконструкція об'єктів;
- б) надання послуг;
- в) виконання робіт, зокрема, обладнання активів з метою підвищення їх вартості або корисності;
- г) отримання інших переваг у поєднанні з експлуатацією або управлінням активами

2. Внески сторін у проект:

- а) будь які витрати по проекту, в тому числі фінансування субсидій для послуг, що надаються приватним партнером під час проекту,
- б) наданням активів в експлуатацію.

3. Відповідальність за поширення і просування державно-приватного партнерства в Польщі, проведення аналізу та оцінки функціонування державно-приватного партнерства, оцінка стану та перспектив фінансування проектів з боку приватного сектору лежить на Міністрі економіки.

Вибір приватного партнера

1. В залежності від схеми отримання приватним партнером доходів від проекту, процедура вибору може регулюватися різними законами:

- а) Якщо дохід формується від експлуатації об'єкту партнерства, процедура регулюється Законом від 9 січня 2009 року про концесії на роботи або послуги
- б) Якщо дохід формується за рахунок бюджетів різних рівнів, процедура регулюється Законом від 29 січня 2004 про державні закупівлі

Проте в обох випадках процедура вибору приватного партнера передбачає:

1. Оголошення про відкриття процедури відбору в Бюлетені державних закупівель або в Офіційному журналі Європейського Союзу
2. Визначення найбільш вигідної пропозиції відповідно до критеріїв:
 - оптимальний розподіл доходів між публічним та приватним партнерами;
 - співвідношення внесків публічного та приватного партнерів в проект;
 - показники ефективності реалізації проекту, в тому числі ефективність використання активів;
 - критерії, що безпосередньо відносяться до теми проекту, зокрема, якість, функціональність, технічні параметри, технологічний рівень, вартість обслуговування, сервіс.

Угода про державно-приватне партнерство та її реалізація

За договором державно-приватного партнерства приватний партнер зобов'язується реалізувати проект за власний кошт, або частину коштів, або долучити до проекту кошти третьої сторони. Публічний орган зобов'язується співпрацювати в досягненні мети проекту, зокрема, шляхом залучення власного внеску.

Винагорода приватного партнера в основному залежить від фактичного використання предмета державно-приватного партнерства.

Договір державно-приватного партнерства передбачає певні наслідки за неналежне виконання умов договору, зокрема штрафи або зниження оплати приватного партнера.

Публічна організація має право контролювати хід реалізації проекту приватним партнером. Принципи і докладні процедури контролю зазначаються в договорі державно-приватного партнерства.

Власний внесок у вигляді активу може відбудеться, зокрема, через продаж, кредитування, використання, оренду або лізинг.

Якщо актив наданий державним органом використовується приватним партнером з метою, що явно суперечить меті договору, він зобов'язаний передати його державному партнеру на принципах, що зазначені в угоді державно-приватного партнерства.

Якщо актив належав приватному партнеру, він має право на відшкодування вартості активу станом на момент передачі. Відшкодування інших витрат приватний партнер може запросити в тій мірі, наскільки збільшилась вартість активів з моменту його передачі

приватному партнеру, але не після моменту, коли державний орган пред'явив претензії в письмовій формі.

Державний орган відразу ж після припинення угоди державно-приватного партнерства має обрати нового приватного партнера, якщо проект не буде реалізований по-іншому.

Після закінчення терміну дії угоди державно-приватного партнерства державний орган передає активи угоди приватному партнеру, беручи до уваги його фактичні витрати в результаті використання, якщо тільки угода про партнерство не передбачає іншого. Угода про державно-приватне партнерство може передбачати, що передача активу буде на користь державного або місцевого самоврядування, юридичній особі або комерційної компанії.

Термін дії позовів з приводу передачі активів державно-приватного партнерства припиняється через десятирічний період з моменту завершення терміну дії контракту державно-приватного партнерства.

У разі продажу за допомогою громадської юридичної особи або компанії нерухомості, яка є внеском в проект, приватний партнер має право першої відмови, яке може бути реалізовано протягом двох місяців з моменту повідомлення про угоду, укладену з третьою стороною, якщо договором державно-приватного партнерства не передбачає більш тривалий термін.

Право першої відмови приватного партнера діє на протязі року після закінчення терміну дії договору, якщо:

- 1) існує остаточне рішення суду стосовно його відповідальності за неналежне виконання зобов'язань, що випливають з договору державного партнерства, або
- 2) державний орган уклав угоду державно-приватного партнерства з новим приватним партнером.

Забороняються істотні зміни умов договору по відношенню до змісту пропозиції, на підставі яких було зроблено вибір партнера крім випадків, коли необхідність таких змін неможливо було передбачити на момент підписання договору. Зміни до угод в порушення цього правила є недійсними.

Державно-приватне партнерство у вигляді

Угода про державно-приватне партнерство може передбачати створення публічної акціонерної компанії. В такому випадку державний партнер не може бути генеральним партнером.

Мета і сфера діяльності створеної компанії не можуть виходити за рамки угоди державно-приватного партнерства.

Права державних акцій в компанії виконує публічний партнер, що ініціював угоду державно-приватного партнерства.

Відчуження або обтяження наступних об'єктів вимагає згоди всіх учасників або акціонерів компанії:

- 1) нерухомість;
- 2) фірми за змістом Цивільного кодексу.

Громадська особа має право першої відмови акцій або акцій приватного партнера в компанії. Державний орган може здійснювати право першої відмови протягом двох місяців з моменту повідомлення приватним партнером про угоду укладену з третьою стороною, якщо договором державно-приватного партнерства не передбачено інший термін. Реалізація приватним партнером акцій в порушення цього правила є недійсною.

Правила державних фінансів

Загальна сума, в рамках якої державні органи в даному році можуть понести фінансові зобов'язання за угодами про державно-приватне партнерство визначає закон про бюджет.

Фінансування проекту з державного бюджету у розмірі більш ніж 100000000 злотих вимагає схвалення компетентного міністра, що відповідає за державні фінанси, за винятком коштів, що спрямовуються на фінансування оперативних програм, які зазначені в Законі від 6 грудня 2006 року О принципах політики в галузі розвитку. Даючи згоду, міністр компетентний у питаннях державних фінансів враховує вплив запланованих видатків з державного бюджету на стійкість державних фінансів.

Дозвіл, компетентного міністерства, надається на вимогу публічного суб'єкта та включає:

- 1) ідентифікація особи;
- 2) запропонований проект;
- 3) оцінка суми коштів, що спрямовуються з державного бюджету в певні періоди бюджету проекту.

Міністр, відповідальний за державні фінанси, надає згоду, або відмовляється дати згоду протягом 6 тижнів після отримання запиту. Згода і відмова не є адміністративним рішенням. Державна організація може подати заявку на повторну згоду у разі змін даних умов проекту.

Зобов'язання, що випливають з договорів про державно-партнерські проекти, які не впливають на рівень державного боргу та дефіциту сектору державних фінансів, коли приватний партнер несе найбільші ризики будівництва і ризики наявності або відсутності попиту, ризики у тому числі, такі як гарантії і фінансування з боку державного партнера і розподілу активів на кінець реалізації контракту.

Міністр з економічних питань в консультації з міністром, що компетентний з державних фінансів, і після консультацій Президентом та Центральним статистичним бюро може визначити та врегулювати, сфери конкретних ризиків та фактори врахування їх оцінки, з метою забезпечення прозорості окремих типів ризиків.

Таким чином основні принципи державно-приватного партнерства в Польщі визначає Закон від 19 грудня 2008 року Про державно-приватне партнерство. Конкретні випадки державно-приватного партнерства в залежності від схеми отримання приватним партнером доходів від проекту регулюються Законом від 9 січня 2009 року про концесії на роботи або послуги, або Законом від 29 січня 2004 про державні закупівлі.

Закон від 9 січня 2009 року про концесії на роботи або послуги.

Даний Закон встановлює правила і процедури для укладення концесійної угоди на виконання робіт чи послуг та засоби правового захисту учасників державно-приватного партнерства.

Підготовка до підписання концесійного договору

Орендодавець при підготовці та проведенні процедури підписання концесійного договору, зобов'язаний забезпечити рівний і недискримінаційний режим всім зацікавленим сторонам в прозорому конкурсі.

Орендодавець зобов'язаний зробити опис об'єкта концесії який дозволяє всім зацікавленим сторонам мати рівний доступ інформації і таким чином, не створювати обмежень конкуренції в доступі до конкурсу по концесії.

Опис об'єкту поступки мають містити:

- 1) посилання на технічні специфікації;
- 2) характеристики або вимоги до функціональності, за умови, що такий опис дає можливість зацікавленим сторонам визначити мету концесії або
- 3) часткове посилання на технічні характеристики та часткове посилання на вимоги до функціональності, зазначених у пункті 2.

Технічні характеристики повинні включати посилання на європейські, міжнародні стандарти та національні норми, що відносяться до проектування, розрахунку, виконання робіт, а також використання продукту об'єкту концесії і повинні включати в себе процедури оцінки:

- 1) у разі концесії на роботи - повинні охоплювати всі технічні рекомендації, що визначають характеристики, які вимагаються від матеріалу або поставки, зокрема, рівень впливу на навколишнє середовище, адаптації до потреб всіх користувачів, функціональність, безпека, розміри, процедури, що стосуються забезпечення якості, методи виробництва, а також правил по дизайну і вартості, тестуванню, огляду і прийняття будівництва, методи і прийоми будівництва та інші технічні умови, які особа, що надає право концесії може визначити відповідно з окремими положеннями;
- 2) у випадку надання концесії на послуги - повинні застосовуватися правила відповідно з необхідними характеристиками служби, зокрема, за рівнем якості, рівнем впливу на навколишнє середовище, пристосування до потреб всіх користувачів.

Опис предмета концесії не може містити торгові марки, патенти, позначення типу, походження або виробництва з ефектом на користь компанії, що займається розглядом.

До тендеру можуть бути прийняті пропозиції, які не відповідають вимогам технічної специфікації, в разі якщо учасник тендеру обґрунтував відповідність своєї специфікації міжнародним та європейським стандартам, еквівалентність тим, що зазначені в технічній документації та дозволяють реалізувати проект за меншу вартість.

Основи для розрахунку кошторисної вартості робіт та послуг у концесії визначається особою, що надає право, і не містить суми податку на товари і послуги, які враховують оціночну вартість робіт та послуг, не залежно від способу компенсації витрат концесіонеру.

Концедент зобов'язаний опублікувати інформацію про концесію в Бюлетені державних закупівель та відправити повідомлення в Офіційні Публікації Європейських співтовариств відповідно до Директиви 2004/18 / ЄС.

Відразу після публікації повідомлення особа, що надає право, має розмістити інформацію про концесію в відповідних громадських засобах і у власних інформаційних джерелах.

Кабінет міністрів розробляє модель повідомлення про концесійні поступки.

Оголошення про концесії включає в себе, зокрема:

- 1) найменування (фірма) та адреса особи, що надає право;
- 2) предмет поступки;
- 3) місце і остаточний термін подання заявок на концесійний договір;
- 4) опис потреб і вимог особи, що надає право або інформації про те, як отримати це опис;
- 5) дата виконання об'єкта концесії, якщо це диктується специфікою контракту поступки;
- 6) умови участі та опис того, як оцінити відповідність до критеріїв відбору;
- 7) відомості про документи, що надаються учасником торгів;
- 8) відомості про місце розташування, потрібні обсяги вкладень;
- 9) критерії оцінки заявок, які будуть застосовуватися при виборі концесіонеру та, якщо можливо, їх важливість;
- 10) умови визнання пропозиції тими, що не відповідають умовам тендеру;
- 11) підстави для касаційного провадження.

В залежності від вартості концесії термін подачі заявок може змінюватися. Якщо вартість концесії менше обсягів визначений постановою Кабінету міністрів то термін подачі заявок не може бути менше 21 днів з розміщення повідомлення. В разі громадської необхідності терміново укласти концесійну угоду термін може бути зменшений до 14 днів. Якщо вартість концесії дорівнює або більше той, що визначена постановою Кабінету міністрів, то термін подачі концесійних заяв на тендер не може бути менше 45 днів з моменту розміщення оголошення.

Зацікавлена особа, що подає заявку на підписання концесійного договору має подати наступну інформацію:

- 1) економічна і фінансова місткість;
- 2) технічні чи професійні кваліфікації, у тому числі:
 - а) наявність необхідних знань та досвіду,
 - б) наявність технічного потенціалу,
 - в) наявність кадрів, здатних виконувати предмет концесії;
- 3) дозволи на виконання конкретних заходів або дій, якщо це потрібно за законом;
- 4) наявність судимості у керуючих осіб зацікавленої компанії.

Крім того заява має містити інші дані, якщо це вказано в повідомленні про концесію. Відсутність інформації є приводом для неприйняття заяв на тендер.

Орендодавець запрошує взяти участь у переговорах кандидатів, які подали вчасно і в повному обсязі заявки на участь у тендері. Переговори можуть охоплювати всі аспекти концесії, включаючи технічні, фінансові та правові питання.

По завершення переговорів особа, що надає право, має проінформувати всіх кандидатів, що прийняли участь, та відкрити протокол переговорів. В результаті переговорів особа, що надає право, може змінити вимоги, які зазначені в концесійному повідомленні.

Орендодавець запрошує представити тендерні пропозиції кандидатів, що пройшли переговори, відправивши їм опис і ліцензійні умови.

Опис умов концесійного включають, зокрема:

- 1) найменування (фірма) та адреса особи, що надає право;
- 2) опис об'єкта концесії;
- 3) місце і остаточний термін подання тендерних заявок;
- 4) дата заявки;

- 5) дата виконання об'єкта концесії, якщо це диктується специфікою концесії;
- 6) визначення плати за використання предмета концесії концесіонером, або третіми особами, або іншим шляхом, якщо це продиктовано специфікою концесії;
- 7) умови участі та опис того, як оцінити відповідність до критеріїв відбору концесіонера;
- 8) відомості про документи, що представлені зацікавленою особою, чия пропозиція вважається кращою для того, щоб підтвердити відповідність з умовами участі;
- 9) відомості про місцезнаходження, якщо це зобов'язання було передбачено в повідомленні про поступки;
- 10) критерії оцінки тендерів та їх значення;
- 11) умови, за яких пропозиція, що не відповідає вимогам буде недопущена до тендеру та можливість перевірки невідповідності;
- 12) підстави для касаційного провадження;
- 13) відомості про право подати до суду на дії, вжиті особою, що надає право.

Концедент встановлює дату подання тендерних заявок, з урахуванням часу, необхідного для підготовки тендерних пропозицій.

Орендодавець може вимагати від учасників торгів уточнити подані заявки. Уточнення, специфікація або додаткова інформація, не може привести до змін в умовах концесії, які можуть привести до порушень чесної конкуренції або можуть бути дискримінаційними.

Орендодавець вибирає кращу пропозицію серед тих, що відповідають вимогам тендерного повідомлення, на основі критеріїв оцінки, зазначених у цьому документі.

Критерії, на підставі яких особа, що надає права, вибирає пропозиція може бути, зокрема: час та термін концесії, сума фінансування суб'єкта концесії, умови використання об'єкта концесії, плата за послуги, надані третім особам, вигода від предмета концесійного договору, якість, технічні достоїнства, естетичні та функціональні характеристики, екологічна, рентабельність, тощо.

Орендодавець повідомляє учасників торгів про причини вибору найвигіднішого учасника. Інформація про вибір найбільш вигідної пропозиції має включати в себе підстави для оцінки і порівняння.

Претендент чия пропозиція вважається кращою зобов'язаний протягом терміну, зазначеного особою, яка надає право, представити документи, що підтверджують умови для участі в судовому розгляді та документи, що підтверджують економічну і фінансову репутацію, будь-які інші документи, що особа, яка надала право, вважає доцільним. Учасники мають право судово оскаржити дії орендодавця.

Орендодавець повинен підготувати звіт про процедури, у тому числі, зокрема:

- 1) визначити дату судового розгляду і місце публікації повідомлення про концесії;
- 2) предмет поступки;
- 3) оголошення кандидатів, з якими особа, яка надає право, провів переговори, і причини відмови іншим кандидатам;
- 4) стислий виклад оцінки і зіставлення тендерних заявок;
- 5) відомості про кращу пропозицію та інформацію про оцінки інших заявок;
- 6) обставини, що виправдовують виключення пропозицій з оцінки;
- 7) підстави для касаційного провадження.

Концесійний договір

Концесійний договір укладається з учасником, чия пропозиція була визначена найкращою, не раніше ніж 10 днів з дати направлення інформації про вибір кращого тендері по факсу або електронною поштою, а в разі передачі інформації іншим способом - не раніше ніж за 15 днів з дати передачі. Виняток можуть становити договори державно-приватного партнерства загальною вартістю яких відповідно до Закону від 29 січня 2004 року Про державні закупівлі не перевищує суму встановлену постановою Кабінету міністрів Польщі.

Якщо учасник тендеру, чия пропозиція була визнана найкращою, відмовляється укласти контракт, зокрема, надати необхідні документи, що підтверджують виконання умов участі у тендері, особа, що надає право, може укласти договір з учасником тендеру, який був другим в процесі тендеру. В такому випадку, якщо в ході тендеру було використано застава суму коштів, застава від першого учасника залишається на користь особи, що надає право.

Договір концесії обов'язково оформляється в письмовій формі.

Концесійний договір включає в себе:

- 1) предметом поступки;
- 2) дата виконання ліцензії суб'єкта;
- 3) тривалість концесійного договору;
- 4) спосіб оплати концесіонеру;
- 5) термін сплати особою, яка надає право на концесіонера;
- 6) виявлення і розподіл ризику між особою, яка надає право, та концесіонером, пов'язаних з виконанням предмету концесії;
- 7) стандарти якості, вимоги і стандарти для виконання предмету концесії;
- 8) повноваження особи, що надає право, управляти роботою поступок з боку концесіонера;
- 9) умови продовження або скорочення тривалості концесійного договору;
- 10) умови та порядок припинення поступок;
- 11) умови та обов'язки сторін за невиконання або неналежне виконання договору поступки;
- 12) умови та обсяг страхового виконання ліцензії суб'єкта;
- 13) перелік документів, які сторони договору концесії зобов'язані отримати для реалізації угоди та терміни їх отримання;
- 14) порядок і умови вирішення спорів, пов'язаних з виконанням концесійної угоди.

У договорі концесії, якщо є вихідний об'єкт концесії, можуть бути включені положення:

- 1) умови і способи передачі активів концесіонеру;
- 2) збори або спосіб визначення їх вартості, що стягуються з третіх осіб при використанні об'єкту концесії;
- 3) допустимість субпідряду.

Забороняється змінювати умови договору по відношенню до змісту пропозиції, відповідно до якої проводився тендер поступки, якщо необхідність таких змін з'явилася з обставин, які не могли бути передбачені на дату угоди. В протилежному випадку зміни угоди визнаються не дійсними.

Період, на який концесійний договір укладено, має враховувати окупність інвестицій і не може бути довшим, ніж:

- 1) у разі громадських робіт - 30 років;
- 2) у разі поступки послуг - 15 років.

У випадках більш тривалого періоду окупності інвестицій договір може бути укладений на більш тривалий термін.

Орендодавець може укласти додаткову угоду з концесіонером для виконання робіт не пов'язаних з договором концесії, якщо:

- 1) через технічні чи економічні обставини додаткові роботи не можуть бути відділені від предмета концесії;
- 2) можуть бути відділені від об'єкта концесії, але вони абсолютно необхідні для завершення договору концесії.

Загальна вартість додаткової угоди на виконання будівельних робіт не може перевищувати 50 % від договору концесії. .

На концесіонера розповсюджуються вимоги ст. 131 Закону від 29 січня 2004 року Про державні закупівлі, що визначають обмеження для державно-публічного партнерства в сфері оренди робіт.

Закон від 29 січня 2004 про державні закупівлі.

Даний Закон встановлює правила і процедури відносин між державним та приватним секторами в процесі державних закупівель, визначає органи державної влади, що можуть здійснювати закупівлі робіт, товарів і послуг у приватного сектора, а також встановлює обмеження на співпрацю між державним та приватним секторами.

Закон базується на директивах Європейської комісії 2004/18 / ЕС про координацію процедури для державних контрактів на виконання робіт, поставок та послуг, 2004/17 ЕС від 31 березня 2004 року про координацію процедури закупівель суб'єктів, що працюють у водопостачанні, енергетиці, транспорті та поштових послуг та поправках 2009/81 / ЕС від 13 липня 2009 року щодо координації процедури для підписання деяких договорів підряду, договорів поставки і договорів контрактації послуг організацій в області оборони та безпеки, і про внесення поправок до Директив 2004/17 / ЕС і 2004/18 / ЕС. На основі зазначених директив Закон визначає права Кабінету міністрів Польщі з регулювання відносин державно-приватного партнерства. Крім того Закон про державні закупівлі встановлює чіткий перелік суб'єктів публічних осіб які зобов'язані виконувати норми даного закону, а також перелік випадків, коли норми закону не можуть бути застосовані і які не мають права скористатися перевагами від державно-приватного партнерства.

Закон визначає основною вимогою відкритість процедури оголошення тендеру на закупівлю робіт, товарів або послуг, проведення самого тендеру і визначення критеріїв оцінки пропозицій на основі співвідношення показників ціна та якість, а також випадки коли відкритість процедур не може бути застосована з причин державної безпеки. Процедури відбору мають бути здійснені відповідною комісією, що призначена керівництвом організатора тендеру, також визначені критерії при яких особи організатора визначаються пов'язаними особами та не можуть брати участь у тендері.

Закон регулює всі етапи організації тендеру від оголошення, організації процедури відбору до підписання контрактів. При цьому встановлює певні вимоги до учасників тендеру.

Відповідно до закону про державні закупівлі Кабінет міністрів визначає правила та обсяги державної підтримки для проектів з державно-приватного партнерства та встановлює граничний розмір контрактів, що не впливає на державну фінансову систему, приймаючи до уваги Постанову ЄС 2195/2002 від 5 листопада 2002 року в який мінімальний розмір контракту, що не потребує регулювання, становить 750 тис. Євро.

Якщо передбачається підписання договору для проектних і будівельних робіт замовник тендеру описує об'єкт з використанням функціональної програми. Функціональна програма включає в себе опис будівельного завдання, доля виконаних будівельних робіт та технічних вимог, що пред'являються до них, економічних, архітектурних, функціональних матеріалів. Точний формат функціональної програми визначається Міністерством будівництва. Покупець повинен, до початку процедури закупівлі, провести технічний діалог, що визначає обумовлені функціональною програмою параметри.

Відповідно до закону про державні закупівлі оголошення тендеру має містити наступну інформацію:

- 1) найменування (фірму) та адресу замовника;
- 2) тип рішення;
- 3) опис договору;
- 4) строк дії договору;
- 5) умови для участі у розгляді та опис того, як оцінити відповідність цих умов;
- 6) перелік заяв чи документів, які будуть надані підрядником в підтвердження дотримання умов для участі в судовому розгляді;
- 7) відомості про те, як відбудеться подача заяв та документів, вказівка осіб, уповноважених на спілкування з підрядниками;
- 8) вимоги до місцезнаходження;
- 9) дата заявки;
- 10) опис, як приготувати тендери;
- 11) місце і дата подачі і розкриття тендерних заявок;
- 12) опис методу розрахунку ціни;
- 13) опис критеріїв, які будуть застосовувати у виборі, важливість цих критеріїв і спосіб оцінки пропозицій;
- 14) відомості про формальності, які повинні бути виконані після відбору;
- 15) вимоги, що стосуються виконання контракту;
- 16) відношення до сторін положень, які будуть введені з укладенням договору державних закупівель, загальні умови договору контракту або моделі, якщо покупець повинен вимагати від підрядника укласти з ним договір в рамках таких умов;
- 17) відомості про засоби правового захисту, якими користується підрядника в ході судового розгляду присудження контракту.

Після проведення процедур оголошення конкурсу та відбору найкращою за певними критеріями пропозиції, замовник публікує повідомлення про присудження контракту. Форма і додатки до повідомлення регулюються Кабінетом міністрів. Мінімальна форма відповідно до закону має містити:

- 1) опис договору;
- 2) відомості про режим премії;
- 3) відомості про виконавців;
- 4) ціна та інші важливі елементи тендеру;
- 5) опис обраної пропозиції або пропозицій

Контроль за сферою державних закупівель в Польщі здійснюється уповноваженою громадською радою з 10 – 15 осіб під керівництвом Президента Управління з державних закупівель. В обов'язки ради входять контроль за дотриманням законодавства з державних закупівель і підтримка правового захисту учасників, розробка методичних та навчальних матеріалів та аналіз стану ринку державних закупівель. Крім того рада контролює контракти державно-приватного партнерства, що фінансуються з фондів ЄС.

Для дотримання прав всіх учасників процесу державних закупівель в Польщі створена Національна Апеляційна рада із 100 осіб, що призначаються Прем'єр-міністром країни на основі кваліфікаційного іспиту. В обов'язки ради входить розгляд апеляційних скарг учасників державних тендерів. Любий учасник може подати апеляцію на несумісні з вимогами закону про державні закупівлі дії або бездіяльність учасників тендерів або порушення в процесі реалізації оголошення, тендеру або підписання контракту державної закупівлі. Апеляційна палата має визнати скаргу або відхилити її на протязі 15 днів з моменту подачі. В період розгляду скарги контракт державно-приватного партнерства не може бути підписаний.

1.3.3. Передумови реалізації світового досвіду державно-приватних партнерств в Україні

Як вже було зазначено в пп. 1.1 та 1.2 дослідження законодавство України має істотні відмінності від світової законодавчої бази стосовно державно-приватного партнерства. Тому можна стверджувати, що передумов реалізації світового досвіду державно-приватного партнерства на сьогодні в Україні не існує. Можна виділити основні фактори, що запобігають розвитку державно-приватного партнерства в Україні:

- Наявність розбіжностей законодавства України із світовим досвідом регуляції державно-приватного партнерства.

Доцільно адаптувати українське законодавство до вимог Керівництва з державно-приватного партнерства UNCITRAL ООН та Зеленої книги з державно-приватного партнерства Європейської комісії.

- Значна зарегульованість українського законодавства.

Якщо законодавство ЄС стосовно державно-приватного партнерства ґрунтується на трьох директивах Європейської комісії, законодавство Польщі охоплює 6 законів відносно державно-приватного партнерства, то в українському законодавстві відносини між державними і приватними партнерами регулюють близько 30 законодавчих та підзаконних актів. При цьому, як було зазначено в пп. 1.1 та 1.2 дослідження, дані правові акти мають істотні розбіжності в трактуванні окремих положень державно-приватного партнерства. Крім того, згідно українського законодавства значна частина рішень стосовно державно-приватного партнерства регулюється Кабінетом міністрів, або вищим по відношенню до ініціатора органом, то в світовому законодавстві в більшості випадків на ці органи покладена лише контролююча функція і визначення загальних правил, а всі рішення стосовно конкретних проектів приймає ініціатор угоди про державно-приватне партнерство.

Таким чином, реалізація світового досвіду державно-приватного партнерства в Україні можлива лише за умови адаптації законодавства до вимог світового досвіду. В першу чергу:

- UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000;
- UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003.
- European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003;
- European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004

Основні вимоги цих документів, а також досвід країн в їх реалізації зазначені в п. 1.3.2 цього дослідження.

1.4. Пропозиції до нормативно-законодавчої бази на основі порівняльної оцінки юридичних аспектів створення державно-приватних партнерств в Україні та Польщі.

Розділ I Загальні положення

Стаття 1. Визначення та ознаки державно-приватного партнерства

1. Відповідно до світового досвіду взагалі і в тому числі Польщі публічним партнером угод державно-приватного партнерства можуть бути майже всі існуючі форми громадської власності, в тому числі і підприємства державної або комунальної власності, якщо партнерство з приватною сферою має істотні переваги при реалізації тих чи інших проектів. Виняток, як правило становлять проекти в сфері державної безпеки та оборони. В той же час, виключний перелік державних партнерів в п. 1. статті 1 Закону Про державно-приватне партнерство в Україні, що виключає участь державних та комунальних підприємств, як публічних партнерів, значно обмежує можливості розвитку державно приватного партнерства в Україні.

Для прикладу, в польському законодавстві до публічних партнерів відносяться всі суб'єкти, що відповідають наступним критеріям:

1. Фінансуються за рахунок суспільних фінансів;
2. Створені для реалізації суспільних інтересів та мають 50 % суспільного фінансування або суспільних акцій або існує суспільний контроль за їх діяльністю;
3. Об'єднання суб'єктів суспільного фінансування або створених для реалізації суспільних інтересів;
4. Суб'єкти чия діяльність пов'язана з реалізацією спеціальних або виключних прав (пошук, розвідка або видобуток природних ресурсів; управління аеропортами, морськими портами, і їх спільне використання; мережі для надання державних послуг, пов'язаних з виробництвом, передачею або розподілу електроенергії, газу або тепла або енергії; створення мереж для надання державних послуг, пов'язаних з виробництвом або розповсюдження води або подача питної води до таких мереж або керівництво такими мережами; експлуатація мереж, що забезпечують послуги громадського транспорту; надання послуг поштового зв'язку) та мають 50 % суспільного фінансування або суспільних акцій або існує суспільний контроль за їх діяльністю;
5. Інші суб'єкти, що мають більш ніж 50 % фінансування з суспільного сектору або що включають діяльність з будівництва і управління водними ресурсами, будівництво лікарень, спортивних споруд, рекреацію або відпочинок, освіту або будівництво об'єктів, які використовуються органами державного управління або пов'язаними з ними послугами.

В той же час в законі України про державно-приватне партнерство відсутні критерії, що роблять неможливими реалізацію угод про державно-приватне партнерство, наприклад, наявність пов'язаних осіб серед державним та приватним партнерами.

Визначення ознак державно-приватного партнерства в Законі України Про державно-приватне партнерство значно звужують сферу застосування закону. Наприклад в польському законодавстві до проектів державно-приватного партнерства можуть відноситися любі угоди між державним партнером, що пов'язані з будівництвом або реконструкцією об'єктів; наданням послуг; виконання робіт, зокрема, обладнанням активів з метою підвищення їх вартості або корисності; отриманням інших переваг у поєднанні з експлуатацією або управлінням активами.

Крім того розділ про ознаки державно-приватного українського законодавства обмежує тривалість відносин від 5 до 50 років, в той час як угоди можуть потребувати інших термінів реалізації в залежності від вартості та складності проектів. А також визначають лише факт внесення приватним партнером інвестицій. Для прикладу в польському законодавстві до фінансування проектів відносяться будь які витрати по проекту, в тому числі фінансування субсидій для послуг, що надаються приватним партнером під час проекту та надання активів в експлуатацію.

Стаття 4. Сфери застосування державно-приватного партнерства

1. Аналогічно з статтею 1 українського Закону про державно-приватне партнерство визначення конкретних сфер значно обмежує можливості застосування проектів в інших сферах громадського сектору, що потребують інвестицій від приватних партнерів. В даному випадку доцільно застосувати польський досвід, коли до сфери державно-приватного партнерства відносяться всі суб'єкти громадського сектору, що мають значну частину суспільного фінансування.
3. Серед функцій державно-приватного партнерства в українському Законі не передбачені функції управління активами та надання послуг, проте до функцій державно-приватного партнерства відноситься фінансування, що як правило, за світовими нормами не відносяться до сфери державно-приватного партнерства, а в польському законодавстві прямо заборонено.

Розділ II Форми здійснення та об'єкти державно-приватного партнерства

Стаття 5. Форми здійснення державно-приватного партнерства

1. Пункт 1 Закону про державно-приватне партнерство значно обмежує можливості партнерства лише двома формами: концесією та спільною діяльністю, в той час як міжнародні норми розглядають значно більше можливостей партнерства. Наприклад створення нового акціонерного підприємства для реалізації суспільно значимих проектів.

Стаття 6. Здійснення державних закупівель в рамках державно-приватного партнерства

Дана стаття вступає в протиріччя з світовим законодавством з державно-приватного партнерства. Як правило, процедури державних закупівель застосовуються для визначення приватного партнера в проекті. В подальшому вся відповідальність за реалізацію проекту державно-приватного партнерства, в тому числі, за процедуру закупівлі необхідних матеріалів або вибір субпідрядників лежить вже на приватному партнері.

Стаття 7. Об'єкти державно-приватного партнерства

3. Відповідно до цього пункту Закону України про державно-приватне партнерство, всі об'єкти, що були передані в користування приватному партнеру, після припинення дії договору повертаються державному партнеру. В той же час, відповідно до світових норм законодавства про державно-приватне партнерство, суспільні інтереси можуть потребувати інших методів припинення договірних відносин, наприклад, передачу активів партнерства концесіонеру-наступнику або викуп однією із сторін пакету акцій, в разі створення для реалізації проекту акціонерного товариства. Крім того в законі України не вказано відношення до прав власності на об'єкти, що були збудовані під час реалізації проекту.

В той же час, Керівництво UNCITRAL рекомендує чітко визначити можливість розподілу активів проекту, що були збудовані в процесі реалізації проекту державно-приватного партнерства, або відшкодування однієї із сторін вартості існуючих активів, якщо ця вартість значно зросла в процесі реалізації проекту.

Стаття 8. Використання земельних ділянок для здійснення державно-приватного партнерства

Як правило, міжнародне законодавство не передбачає окремого розділу стосовно земельних ресурсів в зв'язку з тим, що за міжнародними нормами земельні ділянки відносяться до активів державно-приватного проекту і на них розповсюджуються ті самі норми, що і на інші активи партнерської діяльності.

1. Відповідно до першого пункту даної статті Закону про державно-приватне партнерство державний партнер має отримати необхідні на користування земельної ділянки документи в відповідних органах. Керівництво UNCITRAL рекомендує розширити цей перелік на всі необхідні для спільної діяльності дозволи і ліцензії. Крім того рекомендується створити інституційні механізми для координації діяльності публічних органів, відповідальних за видачу та підтвердження ліцензій, дозволів або санкцій, необхідних для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно до законодавчих або нормативних вимог, що стосуються будівництва та експлуатації об'єктів інфраструктури відповідного типу

З точки зору міжнародних норм пункт про необхідність відшкодування приватним партнером витрат державного партнера на оформлення земельної документації є недоцільним і зменшує привабливість угод державно-приватного партнерства для приватного сектору. В більшості випадків витрати державного партнера на підготовку документації оцінюються як його внесок в спільний проект.

3. Пункт про необхідність звільнення приватним партнером наданої в користування земельній ділянці після припинення дії угоди про державно-приватне партнерство в перспективі може викликати юридичні казуси. Наприклад, якщо в процесі спільної діяльності на ділянці були збудовані певні об'єкти. Тому доцільно удосконалити норми Закону, що стосуються загального розподілу активів після завершення дії угоди про державно-приватного партнерства відповідно до рекомендацій Керівництва UNCITRAL.

Стаття 9. Джерела фінансування державно-приватного партнерства

1. Дана стаття Закону про державно-приватне партнерство визначає лише загальні джерела фінансування проектів. В той же час відповідно до міжнародних норм необхідно ясно вказати ті публічні органи, які можуть надавати фінансову або економічну підтримку здійсненню проектів, та ті види підтримки, які вони уповноважені надавати.

Наприклад, польське законодавство передбачає два типи проектів державно-приватного партнерства: з обсягом фінансування до 100000000 злотих фінансується з коштів закладених в бюджет поточного року для фінансування проектів державно-приватного партнерства, та з обсягом фінансування більше 100000000 злотих вимагає схвалення компетентного міністра, що відповідає за державні фінанси. В залежності від стійкості державного бюджету міністр або дає згоду а фінансування проекту, або ці кошти закладаються в бюджет на наступний рік.

Крім того відповідно до рекомендацій Керівництва UNCITRAL рекомендується в розділі фінансування проектів рекомендується передбачити повноваження концесіонера на стягування тарифів або зборів з користувачів за використання об'єкта або наданих їм

послуг. У проектній угоді повинні передбачатися методи і формули коригування таких тарифів або зборів з користувачів. У тих випадках, коли тарифи або збори, що стягуються концесіонером, підлягають зовнішньому контролю з боку будь-якої регуляторної установи, в законодавстві слід встановити механізми для періодичних та позачергових переглядів формули коригування тарифів. Також, якщо це доцільно, слід надати повноваження організації-замовнику погоджуватися на прямі платежі концесіонеру в якості заміни зборів за обслуговування, які повинні сплачуватися користувачами, або на додаток до них або приймати на себе зобов'язання із закупівлі фіксованих кількостей товарів або послуг.

Розділ III Прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства

Стаття 10. Пропозиції про здійснення державно-приватного партнерства

В більшості випадків, міжнародне право не передбачає процедури підготовки пропозицій про здійснення державно-приватного партнерства. Керівництво UNCITRAL рекомендує не встановлювати зайвих законодавчих чи регулятивних обмежень стосовно здатності організації-замовника погоджувати такий розподіл ризиків, який відповідає вимогам проекту. Рішення про здійснення державно-приватного партнерства приймається відповідним державним органом на основі суспільних інтересів, що знаходяться в компетенції саме цього органу і не повинні узгоджуватися з вищестоящими інстанціями, за винятком тих випадків, коли проект передбачає значні обсяги фінансування з відповідних бюджетів і може вплинути на фінансову стійкість даних бюджетів.

Стаття 11. Аналіз ефективності державно-приватного партнерства

1. Відповідно до норм міжнародного права даний розділ використовується для вибору найбільш привабливої пропозиції, що надані учасниками на тендер при виборі приватного партнера. Тому даний розділ, як правило, розташований в статті, що регламентує процедуру вибору приватного партнера для подальшої співпраці.
2. Як правило, компоненти оцінки ефективності проекту залежать від особливостей конкретних суспільних потреб, які має задовольнити проект державно-приватного партнерства, і можуть суттєво відрізнятись в залежності від цих потреб і особливостей проекту. Тому, в більшості випадків, законодавство визначає лише індикативні показники оцінки ефективності проекту і залишає право визначити кінцеві показники, за якими будуть обиратися приватні партнери, за ініціатором проекту державно-приватного партнерства. Визначення порядку оцінки ефективності проекту Кабінетом Міністрів України лише ускладнює процедури державно-приватного партнерства і є абсолютно недоречним.

Стаття 12. Обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків державно-приватного партнерства

По аналогії із ст. 11 Закону про державно-приватне партнерство, обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків конкретного проекту відноситься до процедури вибору конкретного приватного партнера, що зможе запропонувати найбільш привабливі показники соціально-економічних та екологічних наслідків, а також інші показники ефективності реалізації проекту. Тому, як правило, даний розділ розміщується в відповідній статті закону, що присвячена процедурі відбору приватного партнера і оцінці запропонованих на тендер пропозицій. Визначення критеріїв оцінки ефективності соціально-економічних, екологічних наслідків та оцінки ефективності проекту, як правило, покладаються на ініціатора проекту тому, що лише він знає особливі вимоги суспільних потреб для задоволення яких приймається рішення про реалізацію проекту державно-приватного партнерства.

Стаття 13. Прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства

Відповідно до норм міжнародного права, Дана стаття є абсолютно недоречною в законі про державно-приватне партнерство. Рішення про здійснення державно-приватного партнерства має приймати ініціатор такого проекту, виходячи з особливостей суспільних потреб для задоволення яких приймається рішення. Вплив вищестоящих органів може обумовлюватися лише частиною прийняття рішення щодо фінансування від того чи іншого бюджету, в залежності від компетенції відповідного органу.

Розділ IV Вибір приватного партнера

Стаття 14. Визначення приватного партнера

1. Визначення приватного партнера в українському законодавстві, як і в міжнародному, як правило, відбувається на конкурсних засадах. Проте Керівництво UNCITRAL рекомендує відразу в законі визначити коло випадків, коли існує можливість відразу обрати одного партнера, наприклад, залежність ефективності проекту від певних технологій.

Стаття 15. Засади проведення конкурсу з визначення приватного партнера

1. В даному пункті доцільно визначити чіткі терміни подачі заявок та проведення конкурсу, як це зроблено в Польському законодавстві.

Стаття 17. Укладення договору державно-приватного партнерства

4. Як правило, міжнародне законодавство не передбачає змін договору державно-приватного партнерства які істотно відрізняються від умов оголошеного конкурсу. В польському законодавстві чітко перераховані випадки, коли можуть відбуватися зміни в договорі державно-приватного партнерства.

Розділ V Державна підтримка, державні гарантії та державний контроль

Стаття 18. Державна підтримка

2. В даному пункті доцільно передбачити випадки, коли державне фінансування проекту державно-приватного партнерства не потребує узгодження з вищими інстанціями. Для прикладу, в польському законодавстві проекти вартістю менш ніж 100000000 злотих не вимагають схвалення компетентного міністра.

Стаття 19. Правовий режим діяльності іноземних приватних партнерів

В більшості випадків міжнародне право передбачає обов'язкову реєстрацію іноземним приватним партнером дочірнього підприємства відповідно до норм національного законодавства.

Стаття 21. Контроль за виконанням договорів державно-приватного партнерства

1. Як правило, в світовій практиці контроль за виконанням договорів державно-приватного партнерства здійснює державний партнер тому, що несе безпосередню відповідальність за здійснення проекту та його наслідки. Всі перераховані в даному пункті українського Закону про державно-приватного партнерства органи влади, відповідно до світової практики, здійснюють лише моніторинг виконання договорів в рамках своєї компетенції.

Крім того, в Законі України про державно-приватне партнерство не вистачає істотних, з точки зору світової практики, розділів:

1. Процес проведення переговорів з учасниками тендеру та узгодження специфікацій умов державно-приватного партнерства.
2. Умови достроково припинення договорів державно-приватного партнерства
3. Процедура розподілу активів в разі неналежного виконання умов договору однією із сторін.
4. Способи оскарження дій організаторів тендеру та учасників договорів державно-приватного партнерства
5. Процедура вирішення суперечок між учасниками договору

2. Сценарії і пропозиції ДПП для Яворівського індустріального парку

2.1. Фактори розвитку державно-приватного партнерства для промислового парку в Яворівському районі

Проект індустріального парку в Яворівському районі (ІП Яворівський») націлений на забезпечення економічного розвитку та підвищення конкурентоспроможності Яворівського району шляхом:

- активізації інвестиційної діяльності в районі, залучення інвестицій;
- створення нових робочих місць;
- розвитку сучасної виробничої інфраструктури;
- запровадження сучасних технологій виробництва;
- застосування світового досвіду організації промислового виробництва.

Проект передбачає облаштування територій рекультивованих земель ДП «Сірка» необхідною інженерно-технічною інфраструктурою для розміщення нових об'єктів у сфері промислового виробництва, інновацій, логістики, супутнього сервісу, спрямованих на забезпечення економічного розвитку району, підвищення його конкурентоздатності, активізації інвестиційної та інноваційної діяльності, покращення соціальних стандартів для мешканців району.

Ініціатором створення індустріального парку виступає Яворівська районна рада, яка як орган місцевого самоврядування представляє спільні інтереси громади Яворівського району.

Функціональне призначення індустріального парку полягає у розбудові сучасного виробничо-промислового комплексу з розвиненою інженерно-технічною та транспортною інфраструктурою, логістично-складськими, адміністративними приміщеннями та комплексом супутніх послуг, які будуть використовуватися учасниками парку (інвесторами) для створення і розвитку промислового виробництва. Земельні ділянки учасникам парку планується надавати на умовах оренди або викупу.

На основі аналізу інвестиційних можливостей економічно доцільними варіантами спеціалізації індустріального парку «Яворівський» визначено:

- виробництво продукції, що заміщає імпорт з країн ЄС для внутрішнього ринку;
- виробництво продукції для експорту в країни ЄС (виробництво на основі давальницької сировини);
- логістичні послуги з оптимізації транспортних потоків в зовнішньоекономічному обороті між ЄС та Україною.
- Сприятливими передумовами для реалізації проекту є:
- розташування ділянки майбутнього ІП в безпосередній близькості до кордону України з ЄС та наявність митних переходів на міжнародних трасах М10 та Е372;
- технічні можливості облаштування території парку системою промислової інфраструктури;
- досвід роботи ініціатора з інвесторами, зокрема з іноземними.

Проект планується реалізувати за допомогою моделі державно-приватного партнерства (ДПП). Використання моделі ДПП в організації ІП «Яворівський» обумовлюються рядом факторів, які властиві як самому проекту, так і умовам його реалізації.

Як відомо, ДПП є ефективним інструментом територіального та галузевого розвитку, оскільки вони дозволяють об'єднати інтереси бізнесу та держави. В сучасних умовах промислова конкурентна регіональна політика повинна забезпечити збалансований розвиток території та розміщених на ній галузей. В цьому плані індустріальні парки виступають інструментом, який це дозволяє зробити. Засновуючи їх, органи влади, як правило, реалізують суспільну потребу у промисловому розвитку території з урахуванням її ресурсних можливостей та завдань комплексного розвитку регіональної економіки. Проект індустріального парку «Яворівський» реалізує інтереси регіональної громади району щодо раціонального використання наявних ресурсів та на цій основі забезпечення соціально-економічного прогресу. Водночас даний проект націлений на залучення в регіон значних інвестицій, що передбачає зацікавлення і прибуткове освоєння території парку приватним інвестором. Таким чином, індустріальний парк за своїм цільовим призначенням об'єднує цілі громади та бізнесу і за змістом реалізує суспільний та бізнесовий інтерес. Ефективна реалізація інтересів громади і бізнесу досягається в тих випадках, коли в основу такої реалізації закладається можливість реального впливу 2-х сторін (громади та бізнесу) на неї. Це і досягається за рахунок організації ДПП.

Другий фактор, який доводить необхідність ДПП при створенні та запровадженні ПП «Яворівський» ховається в сутності однієї із його ключових компетенцій. Такою ключовою компетенцією є забезпечення керуючою компанією парку проходження всіх дозвільних процедур, включаючи дозвільні процедури учасників парку, в максимально стислі терміни. За умов організації співпраці керуючої компанії парку з регіональною владою починають працювати механізми, які дозволяють питання парку та його учасників вирішувати в пріоритетному режимі. За інших умов вирішення дозвільних питань інвесторами організується в звичному режимі зі значними затратами часу, погоджень, зустрічами, а інколи і елементами корупції.

Третім чинником, який доводить доцільність створення та функціонування ПП «Яворівський» на базі ДПП, є переваги змішаного фінансування активів ПП. За умови, коли проект створення та функціонування ПП фінансується за рахунок бюджетних коштів, традиційно його супроводжують проблеми, властиві реалізації державних проектів. До основних з них слід віднести – періодичну нестачу коштів для інвестування, затягування термінів виконання проектних робіт, відсутність дієвого контролю зі сторони громадськості за виконанням проекту та витрачанням бюджетних коштів, низький рівень організації та управління проектом. За умов, коли проект фінансує виключно керуюча компанія (інвестор, девелопер) виникають питання, які можливо розв'язати виключно з участю влади. На практиці це зробити важко, оскільки існуюча бюрократична система не завжди орієнтовна на задоволення інтересів інвестора. Тому найкращим є варіант об'єднання зусиль влади та приватного капіталу в одній організаційній моделі ДПП. Така модель об'єднує в собі основні переваги властиві державним та приватним проектам, а саме:

- участь влади в ДПП дозволяє більш детально опрацювати проект на передінвестиційній стадії, оцінити його інвестиційні можливості, що служить основою для успіху проекту у майбутньому;
- перевагою приватних інвесторів в моделі ДПП є досвід, достатній рівень компетенцій та мотивації при відборі та прийнятті рішень щодо інвестиційного та поточного фінансування проекту;
- участь приватного інвестора обмежує публічний сектор в прийнятті неефективних рішень або здійсненні помилок планування;
- в рамках ДПП забезпечується ряд стимулів та можливостей для підвищення ефективності діяльності. Це стосується, зокрема, можливості об'єднати будівництво та експлуатацію в рамках одного договору, що, відповідно, буде стимулювати приватного інвестора економити інвестиційні та поточні витрати. В рамках договору можна передбачити домовленості щодо майбутнього переліку, якості та вартості

послуг парку, тощо;

- участь влади в ДПП дозволяє їй забезпечити функції супроводу реалізації проекту створення та функціонування парку та проектів створення та функціонування підприємств учасників парку;
- в рамках ДПП спрощуються механізми узгодження та контролю інвестиційних процесів за проектом зі сторони влади (громади району);
- спільна участь влади та приватного інвестора у фінансуванні проекту ДПП дозволяє розширити його фінансові можливості та знизити ризики фінансування;
- поєднання бюджетного та приватного фінансування в моделі ДПП є умовою ефективного розпорядження бюджетними коштами внаслідок оптимізації управлінських рішень;
- спільна відповідальність за результати проекту обумовлює розподіл ризиків між учасниками ДПП, що знижує їх тягар для кожної із сторін;
- організаційні форми ДПП є гнучкими для побудови і дозволяють врахувати в максимальній мірі інтереси обох сторін взаємовідносин;
- при побудові ДПП орган влади має можливість обрати приватного партнера на конкурсних засадах, тобто налагодити співпрацю з інвестором, чий комерційні та технічні характеристики в найбільшій мірі відповідають завданням проекту.

Ще одним (четвертим) фактором, який формує передумови для використання моделі ДПП при реалізації проекту створення ІП «Яворівський» є те, що проект передбачає скерування інвестицій у розвиток промислової інфраструктури. В цілому світі інфраструктурні проекти переважно реалізуються через механізми ДПП. На сьогодні бюджет держави не в стані підтримувати наявну інфраструктуру, не говорячи про її нарощення. Тому обмеженість державних ресурсів для розвитку промислової інфраструктури є однією із головних обставин, які спонукають органи влади шукати кошти із позабюджетних джерел, зокрема використовуючи можливості співпраці з приватними інвесторами в рамках ДПП.

Як уже відзначалося, в рамках ДПП забезпечується ефективний розподіл ресурсів та мінімізація витрат, що дозволяє запобігти неефективному використанню капіталу. За допомогою залучення приватного сектора до партнерства, досягається вмотивованість, притаманна приватному сектору. Щоб уникнути зіткнення з фінансовими ризиками, приватний сектор прагне реалізувати проект без прострочень і ретельно прогнозувати витрати. Державі не властиве прагнення до отримання прибутку, а тому держава не володіє такою мотивацією, як приватний інвестор. Отже, залучаючи приватний сектор до партнерства, держава одночасно вирішує проблеми, пов'язані з дефіцитом фінансових ресурсів.

Фінансовий механізм ДПП-проектів, як правило, передбачає поетапний підхід до фінансування робіт: 1) нульовий етап проекту - розробка проекту, формалізація відносин сторін ДПП шляхом укладання договору; 2) інвестиційний етап - залучення інвестицій з різних джерел; 3) експлуатаційний етап проекту - експлуатація та управління створеними в рамках проекту об'єктами шляхом укладення довгострокових договорів та отримання вигод усіма сторонами відповідно до їх цілей; 4) заключний етап проекту - перехід об'єкта інвестицій після закінчення терміну договору у приватну або державну власність. Поетапне фінансування проекту є доцільним з позиції запобігання можливим ризикам, які виникають в процесі реалізації проекту.

Реалізація проекту ІП «Яворівський» за моделлю ДПП дозволяє використати механізм проектного фінансування, яке має ряд переваг перед класичними видами фінансування проектів. До основних із них відноситься:

- концентрація грошових ресурсів на вирішенні державних завдань;

- зниження ризиків фінансування за рахунок зростання кількості учасників, які планується залучити до його забезпечення;
- можливість встановити довгострокові відносини з приватним партнером (партнерами);
- можливість залучити до фінансування міжнародні фінансові організації;
- досконаліше обґрунтування параметрів проекту, побудова реалістичних прогнозів з їх досягнення;
- можливість зниження витрат грошових ресурсів за рахунок спільного прийняття рішень сторонами ДПП.

У рамках здійснення проектів на основі державно-приватного партнерства, держава має право на надання інвестору (керуючій компанії) фінансової підтримки з бюджетів. У фінансовій структурі проектів на основі державно-приватного партнерства бюджетне співфінансування передбачає як пряму підтримку: виділення субсидій, внесок до статутного капіталу, кредитування на пільгових умовах, так і інших форм: надання державних гарантій, податкових, митних та інших пільг.

П'ятим фактором, який обумовлює заснування ІП «Яворівський» за моделлю ДПП є специфіка його діяльності. Як відомо, парк забезпечує свою ефективність за умови освоєння його території інвесторами, які започаткують відповідні промислові виробництва. Враховуючи низьку інвестиційну привабливість економіки України, слід зауважити, що залучення капіталу на сьогодні є проблемним і важким завданням. Для того, щоб інвестор прийшов на територію Яворівського району, незважаючи на ряд його переваг в плані територіального розміщення, соціально-економічного розвитку, ресурсного забезпечення, необхідним є об'єднання зусиль керівництва індустріальним парком з діяльністю місцевої влади по просуванню території парку на ринки інвестицій.

Доцільність застосування ДПП для реалізації проекту ІП «Яворівський» обумовлюється його тривалістю. Як правило, форма ДПП застосовується у разі реалізації проектів, що розраховані на довгострокову перспективу. Саме довгостроковий характер функціонування індустріальних парків визначено чинним законодавством та передбачено законодавством про державно-приватні партнерства.

ІП «Яворівський» відповідає якісним та кількісним критеріям запровадження моделі ДПП (див. табл. 2.1.1)

Таблиця 2.1.1.

Якісні та кількісні критерії проектів ДПП

Якісні критерії	Кількісні критерії
Проблематичність реалізації проекту на основі ринкового механізму і необхідність державної підтримки реалізації проекту	Економічна ефективність
Наявність позитивних ефектів на державному і / або регіональному рівнях, пов'язаних з реалізацією проекту	Бюджетна ефективність
Відповідність завдань проекту цілям та пріоритетам соціально-економічного розвитку та державного фінансування	Фінансова ефективність
	Соціальна ефективність

Проект створення та функціонування ІП «Яворівський» є проблематичним щодо його реалізації на основі ринкового механізму. Це пояснюється тим, що проект є інфраструктурним, вимагає значних інвестиційних витрат, які є малоприбутковими. Терміни окупності вкладень в інфраструктуру складають від 10 до 25 років, що рівнозначно прибутковості інвестицій 4-10 відсотків. Зрозуміло, що така прибутковість є

малопривабливою для інвестора, і він буде намагатися знайти для свого капіталу більш прибуткові варіанти інвестування. ДПП якраз є тією організаційною формою, яка дозволяє підсилити інтерес інвестора до розбудови інфраструктури ІП. В рамках партнерства приватному інвестору зі сторони влади надаються певні гарантії, а влада, відповідно, бере на себе певні зобов'язання, які повинні компенсувати втрати інвестора від альтернативного більш прибуткового використання капіталу.

Необхідність державної підтримки розбудови індустріального парку доводиться і положеннями чинного законодавства, яке передбачає ряд преференцій для керуючих компаній та учасників парку.

Доцільність організації ДПП при заснуванні ІП «Яворівський» підтверджується розрахунками його економічної ефективності. За даними Державного комітету статистики продуктивність праці в обраних індустріальним парком галузях коливається від 100 тис. грн. на особу в сфері логістики до 500 тис. грн. в сфері торгівлі (6,3 тис. – 31,3 тис. Євро). За прогнозними розрахунками обсяг виробленої продукції підприємствами індустріального парку може становити близько 450 млн. грн. в рік або 28 млн. Євро (див. табл. 2.1.2)

Таблиця 2.1.2

Прогноз річних обсягів господарської діяльності ІП «Яворівський»

Напрямок діяльності	Кількість працюючих, осіб	Продуктивність праці, Євро	Обсяг виробництва, Євро
Приладобудування	600	15 625	9 375 000
Машинобудування	400	12 500	5 000 000
Металообробка	400	25 000	10 000 000
Логістика	100	6 250	625 000
Торгівля та послуги	100	31 250	3 125 000
Всього	1 600		28 125 000

Проект створення ІП «Яворівський» повністю узгоджується і з таким критерієм ДПП, як «наявність позитивних ефектів на державному і / або регіональному рівнях, пов'язаних з реалізацією проекту». Оцінка впливу проекту на стратегічний розвиток Яворівського району та Львівської області довела його стимулюючий вплив на розвиток економіки регіону, на його інфраструктурне забезпечення та на покращання екологічного стану території.

Прямі впливи індустріального парку на економіку регіону оцінюються змінами масштабів виробництва в галузях, які представлені в індустріальному парку. За умови повного освоєння території індустріального парку та успішній діяльності підприємств-учасників парку забезпечується приріст виробництва наступних товарних груп: запасні частини та комплектуючі для машинобудування; запасні частини та комплектуючі для автопромисловості; прилади; металеві вироби; пластмасові вироби; товари легкої промисловості; логістичні послуги.

Збільшення паркового виробництва обумовлює реструктуризацію товарної структури виробництва в Яворівському районі та Львівській області. Очікується, що приріст виробництва забезпечений парком, стабілізує досягнуту частку промисловості в галузевій структурі регіонального валового продукту навіть за умови кризи інших виробництв. Одночасно впровадження паркового виробництва укріплює позицію Яворівського району в регіональній структурі промисловості Львівської області, як промислового регіону.

Створення індустріального парку «Яворівський» за перспективними оцінками супроводжуватиметься позитивними змінами в ряді галузей суспільного господарства району, а то і області. Супутнім впливам підлягатимуть ті сектори економіки, які отримають додаткові замовлення на виробництво товарів, робіт, послуг або інші вигоди від розбудови

інфраструктури індустріального парку та промислових підприємств на його території. Як засвідчує проведений аналіз, екстерналії стосуватимуться 3-х груп підприємств:

- підприємств регіональної інфраструктури, які отримають додаткових споживачів своїх послуг в особі індустріального парку та його учасників;
- підприємств – потенційних постачальників сировини, матеріалів, послуг;
- підприємств-споживачів продукції. Останні отримують вигоди у разі заміни поставки їм парковими виробниками продукції аналогічної якості за нижчими порівняно з конкурентами цінами.

Вартісна оцінка екстерналій для різних сфер суспільного господарства району та області може досягати від 50 до 80 відсотків від отриманого приросту виробництва промислової продукції. Враховуючи взаємозв'язки між галузями, слід розраховувати на екстерналії вторинного впливу, які будуть збільшувати сукупний ефект для інших економічних видів діяльності (прогнозується нарощення виробництв в розмірі сукупного нарощення виробництва учасниками парку). Найбільші побічні ефекти отримають підприємства району, задіяні в наступних галузях: транспортні перевезення, будівельно-монтажні роботи, торговельне посередництво, постачання енергоносіїв, тощо.

Позитивним наслідком створення індустріального парку є покращання умов для ведення бізнесу в регіоні, яке обмовлене наступними обставинами:

- індустріальний парк є елементом сучасної промислової інфраструктури, що підвищує інвестиційну привабливість регіону;
- заснування учасниками бізнесу на території парку є спонукальним моментом для приходу в регіон інвестицій у економічно привабливі сфери;
- бренд парку може слугувати візитною карточкою району для потенційних інвесторів та підприємців.

В результаті створення та функціонування індустріального парку в Яворівському районі орієнтовно на другий рік експлуатаційного періоду (після виводу парку на максимальне завантаження) можна очікувати, що загальна сума податкових надходжень до бюджетів всіх рівнів становитиме близько 6,9 млн. Євро (див. табл.2.1.3).

Таблиця 2.1.3

Зведена таблиця прогнозних бюджетних надходжень від діяльності ІІ «Яворівський»

Податок	До оплати, Євро в рік
Державний бюджет	4 027 910
ПДВ	2 832 535
Податок на прибуток	1 195 375
Пенсійний фонд	2 090 184
Соціальний внесок	2 144 508
Місцевий бюджет	745 289
Прибутковий податок	737 789
Плата за землю	7 500

Проект створення ІІ забезпечує відповідність завдань проекту цілям та пріоритетам соціально-економічного розвитку та державного фінансування. Завдання, які планується розв'язати шляхом створення Яворівського парку відповідають стратегічним завданням розвитку Львівської області та Яворівського району. ІІ «Яворівський» створюється з метою сприяння вирішенню наступних завдань:

1. Підвищення іміджу Яворівського району та Львівщини як надійного партнера.

2. Промоції Яворівського району як в країні, так і за її межами.
3. Покращення інвестиційного клімату на Львівщині.
4. Зміцнення довіри інвесторів до держави Україна.
5. Підвищення рівня ділової активності бізнес-середовища.
6. Підтримка та сприяння розвитку малого та середнього підприємництва
7. Підвищення соціальних стандартів для населення шляхом:
 - збільшення надходжень до бюджетів усіх рівнів;
 - створення нових робочих місць, зменшення рівня безробіття;
 - сплати орендної плати за користування земельною ділянкою, в межах якої буде розміщено індустріальний парк;
 - створення екологічно чистих промислових підприємств;
 - збільшення середнього рівня заробітної плати в районі;
 - активізації міжгалузевої кооперації;
 - підвищення професійного рівня працівників;
 - гальмування освітньої та трудової міграції населення;
 - активізації виробничої діяльності на всіх ланках виробничого ланцюга.
8. Впровадження новітніх інноваційних рішень у виробництві продукції.
9. Впровадження енергозберігаючих технологій.
10. Зростання обсягів зовнішньоекономічної діяльності.

Проект створення ІІ «Яворівський» передбачає створення від 1200 до 2000 нових робочих місць на виробничих підприємствах учасників індустріального парку. З них близько 200 – 300 осіб адміністративного персоналу, та 1000 – 1700 осіб виробничого персоналу. Близько 100 осіб необхідно для забезпечення діяльності логістичного центру при індустріальному парку та ще 100 осіб передбачено залучити в адміністративно-офісний центр (робітники торгових площ та закладів громадського харчування). Штатний розклад керуючої компанії має становити близько 50 осіб (17 осіб адміністративного персоналу та 36 осіб виробничого персоналу). Загальна потреба індустріального парку в трудових ресурсах прогнозується в кількості 1400 – 2200 осіб. Така кількість нових створених робочих місць дозволяє збільшити рівень зайнятості в районі приблизно на 1,4 – 2,5 %.

Проект створення ІІ «Яворівський» є фінансово ефективним, забезпечує повернення вкладених інвестицій на протязі перших 8-10 років та отримання стабільного прибутку до завершення експлуатації проекту.

Виходячи із дослідження відповідності параметрів проекту створення ІІ «Яворівський» якісним та кількісним критеріям проектів ДІІІ, можна зробити висновок про наявність повної відповідності та узгодженості між ними та про доцільність запровадження механізму ДІІІ при реалізації даного проекту.

2.2. Дослідження альтернативних сценаріїв державно-приватного партнерства для індустріального парку «Яворівський»

Метою дослідження альтернативних сценаріїв державно-приватного партнерства (ДІІІ) для індустріального парку «Яворівський» є їх порівняння за комплексом характеристик та вибір найбільш реального сценарію для побудови проектної організаційно-правової моделі.

Здебільшого ініціатива встановлення партнерства із приватним бізнесом виходить від держави і визначається нездатністю держави забезпечити потрібні обсяги, концентрацію та ефективне використання фінансових ресурсів з метою розвитку, підтримки та інноваційного розвитку інфраструктури усіх типів. У той час, як приватний бізнес має більше вільних фінансових ресурсів та є більш ефективним і при належному контролі зі сторони держави може краще вирішувати ці завдання.

Методологію побудови сценаріїв державно-приватного партнерства для індустріального парку доцільно побудувати, враховуючи наступні аспекти – цільове призначення ДПП, сутнісна характеристика та законодавчо-правові допустимі умови, форми організації, здійснимість запроєктованого сценарію в сучасних умовах, його переваги та недоліки, ефективність.

Основним при побудові сценарію ДПП є чітке окреслення мети та його функцій.

Основу всіх сценаріїв будуть визначають основні ознаки державно приватного партнерства, а саме:

- діючі сторони – влада та приватний бізнес;
- умови взаємодії сторін в ДПП є офіційними та визначаються договором;
- взаємодія сторін базується на балансі інтересів сторін;
- мета ДПП має чітко визначену суспільну націленість;
- ДПП передбачає не лише організаційну взаємодію, але і об'єднання матеріальних та грошових ресурсів;
- юридичне закріплення розподілу ризиків, витрат та доходів.

Згідно із підходом, що державно-приватне партнерство є елементом і різновидом політичних мереж, тому для нього характерні всі ознаки даного роду взаємодії урядових, приватних і суспільних структур, а саме:

- спільний інтерес учасників;
- наявність інституціональної складової співробітництва – договору;
- обмін ресурсами між учасниками;
- обмеженість певними секторами взаємодії;
- ієрархічний характер відносин учасників, заснованих на паритетній рівності прав відповідальності учасників;
- наявність культури консенсусу.

При побудові сценарію ДПП для ІІ «Яворівський» необхідно забезпечити реалізацію названих ознак з одночасним врахуванням функціонального призначення партнерства, зокрема слід з'ясувати - які завдання планує розв'язати місцева влада за рахунок ДПП.

Відповідно до концепції індустріального парку «Яворівський» *«функціональне призначення індустріального парку полягає у розбудові сучасного виробничо-промислового комплексу з розвиненою інженерно-технічною та транспортною інфраструктурою, логістично-складськими, адміністративними приміщеннями та комплексом супутніх послуг, які будуть використовуватися учасниками парку (інвесторами) для створення і розвитку промислового виробництва. Земельна ділянка учасникам парку може бути надана на умовах оренди або викупу»*. Таким чином, ДПП індустріального парку створюється для розбудови індустріального парку, що передбачає вкладення сторонами за домовленістю інвестицій у його створення.

Оскільки ДПП створюється для розбудови індустріального парку, то виходячи із функціонального його призначення, можливими є сценарії різної участі сторін у такому створенні.

Виходячи із бізнес-плану проекту, створення ІІ «Яворівський» передбачає виконання 2-х комплексів робіт; а) по облаштуванню земельної ділянки для розміщення сучасних виробництв та б) по наданню індустріальним парком послуг з розміщення на його території промислових виробництв та їх обслуговуванню.

Виходячи з даних завдань функціональне призначення майбутнього ДПП полягає у облаштуванні земельної ділянки, що передбачає її забезпечення елементами сучасної промислової інфраструктури, та в залученні і подальшому обслуговуванні учасників парку.

Загальна вартість проекту 113 109 тис. грн. На сьогодні здійснені витрати в розмірі 300,8 тис. грн., які профінансовані проектом ЄС «Розвиток підприємництва шляхом покращення доступу до інвестиційних ділянок у місті Любачів та гміні Любачів, а також відновлення деградованих земель Яворівського району та м.Новий Розділ» (здійснюється в рамках Програми транскордонного співробітництва Польща-Білорусь-Україна 2007-2013). Прогнозована структура фінансування проекту наведена в табл. 2.2.1.

Таблиця 2.2.1

Структура фінансування проекту створення ІП «Яворівський»

Джерела коштів	Сума, грн.	Сума, Євро	Частка, %
Проект ЄС	300 800	18 800	0,3
Міське самоврядування	496 000	31 000	0,4
Державний бюджет	28 016 000	1 751 000	24,8
Інвестори	84 296 000	5 268 500	74,5
Всього	113 108 800	7 069 300	100,0

Виходячи із даного співвідношення, інвестор повинен забезпечити 74,5 відсотка участі у створенні індустріального парку, решта – це участь владних структур.

Проект є вигідним для інвестора, оскільки при забезпеченні прогнозованих бізнес-планом показників він дозволяє покрити сукупні вкладені інвестиції за 8 - 9 років. За умови, що прибуток повністю належатиме інвесторові, період покриття його інвестицій буде меншим та складатиме 6,0 років, що відповідає прибутковості інвестицій 16,0 відсотків і є достатньо привабливим варіантом вкладання інвестицій у промисловість.

Враховуючи складність економічної та політичної ситуації в Україні, на нинішньому етапі має місце низька інвестиційна привабливість її територій. Комплексна оцінка передумов інвестування на території ІП «Яворівський» в порівнянні з оцінками щодо інших територій є дещо кращою, що обумовлено стратегічним її місцерозташуванням та умовами економічного розвитку Львівської області та Яворівського району в її складі. Проте реалізація такого крупного інвестиційного проекту на території району супроводжується рядом ризиків та невизначеностей. Однією із визначальних є невизначеність обсягів інвестицій, яка обумовлюється нестабільністю національної валюти та не прогнозованою інфляцією. Невизначеними є і терміни реалізації проекту, оскільки пошук інвестора(ів) для його фінансування є утрудненим і може бути відносно довгим.

Державно-приватне партнерство при заснуванні індустріальних парків є дієвим при забезпечення наступних умов:

- влада забезпечує свою участь в ДПП відповідними ресурсами;
- влада планує зберегти відповідний контроль над об'єктом/процесами;
- має місце значна невизначеність в обсягах інвестицій та термінах реалізації проекту;
- приватний партнер отримує комерційну вигоду від участі в ДПП.

Оцінюючи вищевикладені характеристики проекту ІП «Яворівський» можна стверджувати, що всі передумови для формування ДПП в контексті виконання проектних завдань забезпечуються в повній мірі, а саме:

- влада планує ресурсне забезпечення реалізації проекту;

- має місце невизначеність у обсягах інвестицій та термінах реалізації проекту;
- приватний партнер отримує комерційну вигоду від участі в реалізації проекту;
- влада зберігає відповідний контроль над об'єктом/процесами через механізми регулювання господарської діяльності, зокрема механізми регулювання земельних відносин.

Відповідно до профільного чинного законодавства щодо про державно-приватне партнерство в Україні можливими є наступні його форми:

- договір державно-приватного партнерства;
- договір про концесію;
- договір про спільну діяльність.

Державно-приватна співпраця передбачається також договорами про оренду та про закупівлю продукції.

Проект створення ІІ «Яворівський» за пріоритетністю завдань, які планується розв'язати, можна віднести до проектів будівельної сфери. Відповідно, форма та сценарій ДПП для парку доцільно обирати серед форм ДПП, властивих будівництву. Ці форми наводяться в табл. 2.2.2.

Таблиця 2.2.2.

Форми та види державно-приватного партнерства у сфері будівництва

Форми державно-приватного партнерства	Види державно-приватного партнерства
Оренда	– оренда або лізинг державного чи муніципального майна на період виконання будівельних робіт
Державні контракти	– для виконання будівельних проектів; – для надання визначеного переліку будівельних послуг і для постачання будівельної продукції; – для надання технічної допомоги
Концесії	– типу «будівництво-управління»; – типу «будівництво-володіння»
Спільні підприємства	– акціонування (корпоративні будівельні підприємства); – спільні будівельні підприємства

Виходячи із сутності проекту, найбільш адаптивною до умов створення ІІ «Яворівський» є форма концесії типу «будівництво-управління».

Залежно від конкретних завдань, що розв'язуються в межах державно-приватного партнерства, в будівництві можуть використовуватися різні її моделі (табл. 2.2.3).

Моделі державно-приватного партнерства у сфері будівництва

Модель державно - приватного партнерства	Характеристика державно-приватного партнерства
Модель БУП (Будівництво-управління-передача) (англ. BOT)	Інфраструктурний об'єкт створюється за рахунок концесіонера, який після завершення будівництва отримує право експлуатації збудованого об'єкта протягом строку, достатнього для забезпечення окупності вкладених коштів. Після закінчення цього терміну об'єкт повертається державі. Концесіонер отримує право використовувати, але не володіти об'єктом, власником якого залишається держава.
Модель БВУП (Будівництво-володіння-управління (експлуатація) - передавання) (англ. BOOT)	Приватний партнер отримує право не лише на використання, а й володіння об'єктом протягом строку, визначеного угодою, після закінчення якого він передається назад у державну власність.
Модель БВУ (Будівництво-володіння-управління (експлуатація)) (англ. BOO)	Збудований об'єкт після закінчення строку угоди не передають у державну власність, а залишають у розпорядженні інвестора.
Модель БУОП (Будівництво – управління - обслуговування - передавання) (англ. BOMT)	Передбачається додатково відповідальність приватного партнера за утримання і поточний ремонт збудованих ним інфраструктурних об'єктів
Модель ПБВУП (Проектування- будівництво-володіння- управління- передавання) (англ. DBOOT)	Встановлюється відповідальність приватного партнера не лише за будівництво інфраструктурного об'єкта, а й за його проектування
Модель ПБФУ (Проектування, будівництво, фінансування, управління) (англ. DBFO)	Приватний партнер несе відповідальність, серед іншого, за фінансування будівництва об'єктів

Виходячи із змісту діяльності ІІ та, аналізуючи можливі форми ДПП в сфері будівництва, раціональними є дослідження сценаріїв ДПП за моделлю БВУ (Будівництво-володіння-управління (експлуатація)) (англ. BOO).

ДПП реалізується в різних формах в залежності від способу участі, власності об'єкта інфраструктури, розподілу ризиків, тривалості співробітництва (таблиця 2.2.4).

Таблиця 2.2.4

Характеристика основних форм державно-приватного партнерства

Форми ДПП	Модель	Управління і утримання	Інвестиції	Кінцева власність	Ризик	Термін контракту, років
Будівництво-володіння-передача (BOT)	«із зеленого поля»	Приватне	Приватні	Напівприватна	Приватний	20-30
Будівництво-володіння-управління-передача (BOOT)	«із зеленого поля»	Приватне	Приватні	Напівприватна	Приватний	30+
Будівництво-володіння-управління (BOO)	«із зеленого поля»	Приватне	Приватні	Приватна	Приватний	30+

Будівництво-оренда-володіння (BLO)	«із зеленого поля»	Приватне	Приватні	Приватна	Приватний	30+
Часткова приватизація	«відокремлення активів»	Приватне	Приватні	Приватна	Приватний	30+
Повна приватизація	«відокремлення активів»	Приватне	Приватні	Приватна	Приватний	Не визначений
Реконструкція-управління-передача (ROT)	Концесія	Приватне	Приватні	Державна	Напівприватна	20-30
Реконструкція-оренда- лізинг-передача (RLRT)	Концесія	Приватне	Приватні	Державна	В основному приватний	20-30
Будівництво-реконструкція-управління-передача (BROT)	Концесія	Приватне	Приватні	Державна	Приватний	20-30
Контракт на управління	Контракт	Приватне	Державні	Державна	Державний	3-5
Лізинг	Контракт	Приватне	Державні	Державна	Напівприватна	8-15

Однією із законодавчих вимог до створення індустріального парку є умова використання земельної ділянки у межах індустріального парку строком не менше 30 років з дня прийняття рішення про створення індустріального парку. Отже, в коло реальних сценаріїв для ІІ «Яворівський» попадають форми ДПП, які розраховані на 30 і більше років. Згідно з даними, наведеним в табл. 2.2.4 такими є наступні форми:

- Будівництво-володіння- управління-передача (BOOT);
- Будівництво-володіння- управління (BOO);
- Будівництво-оренда- володіння (BLO);
- Часткова приватизація.

За законом «Про державно-приватне партнерство» довго тривалість відносин визначається як часовому інтервалі від 5 до 50 років, що відповідно узгоджується з термінами функціонування ІІ.

Дослідження можливих сценаріїв ДПП щодо створення ІІ «Яворівський» в основному залежить від того, якою планується кінцева власність на активи ДПП, які цілі переслідує владний орган, в нашому випадку Яворівська районна рада. Виходячи із визначення кінцевого власника на активи ДПП в нашому випадку можливі наступні сценарії ДПП, представлені в табл. 2.2.5

Сценарії ДПП для ІП «Яворівський» за кінцевим власником

Кінцевий власник активів ДПП	Сценарій (форма) ДПП	Участь органів влади
Приватний інвестор	Передача в оренду земельної ділянки приватному інвестору для її цільового використання під промисловий парк	– обмежується умовами договору оренди; – можливим є зобов'язання органів влади розбудувати зовнішню інфраструктуру (під'їзні дороги, інженерні зовнішні мережі, тощо)
	Будівництво-володіння-управління (ВОО)	– договір спільної діяльності в розбудові інфраструктури парку з подальшою можливою приватизацією приватним інвестором державної (комунальної) частки та земельної ділянки
Громада	Модель БУП (Будівництво-управління-передача) (англ. BOT)	– договір концесії
	Будівництво-володіння-управління-передача (BOOT)	– договір концесії
	Модель БУОП (Будівництво – управління - обслуговування - передавання) (англ. BOMT)	– договір концесії
	Модель ПБВУП (Проектування-будівництво-володіння- управління-передавання) (англ. DBOOT)	– договір концесії
Приватний власник + громада (змішана власність)	Модель ПБФУ (Проектування, будівництво, фінансування, управління) (англ. DBFO)	– договір спільної діяльності в розбудові інфраструктури парку

Кожен із сценаріїв ДПП, сформованих за кінцевим власником має свої переваги та недоліки (див. табл. 2.2.6).

Переваги та недоліки сценарії ДПП для ІП «Яворівський» за кінцевим власником

Сценарій	Переваги	Недоліки
Передача в оренду земельної ділянки приватному інвестору для її цільового використання під промисловий парк	–Залучення приватних інвестицій	– Проблеми організації ІП, пов’язані з обмеженою участю та малою зацікавленістю органів влади. – Ризики повністю концентруються у інвестора (керуючої компанії - девелопера) - ряд із них йому не вдасться розв’язати через неможливість впливу на причини їх виникнення (соціально-політичні ризики)
Будівництво-володіння-управління (ВОО) з правом приватизації землі	–Залучення приватних інвестицій –Спільне фінансування та розподіл ризиків	– Проблема розподілу часток, функцій, доходів, ризиків. – При незначних бюджетних інвестиціях контроль громади над функціонуванням ІП є обмеженим. – Втрата громадою права володіння ІП після його приватизації
Модель БУП (Будівництво-управління-передача) (англ.ВOT)	–Залучення приватних інвестицій –Спільне фінансування та розподіл ризиків	– Проблемною є можливість приватизації земельних ділянок учасниками парку (їх виділення в натурі) – Проблемною є доцільність зміни власника парку за умови налагодженої та успішної його діяльності.
Будівництво-володіння-управління-передача (ВООТ)		
Модель БУОП (Будівництво – управління - обслуговування - передавання) (англ.ВOMT)		
Модель ПБВУП (Проектування- будівництво- володіння- управління- передавання) (англ.ДВООТ)		
Модель ПБФУ (Проектування, будівництво, фінансування, управління) (англ. DBFO)	–Залучення приватних інвестицій –Спільне фінансування та розподіл ризиків –Гнучке інституційне забезпечення	– Проблема розподілу часток, функцій, доходів, ризиків.

На сучасному етапі, за умови проблемності залучення інвестицій у розбудову ІП, доцільним є застосування договору про спільну інвестиційну діяльність між приватним інвестором (групою приватних інвесторів) та владою, що свого роду посилить переконаність приватного інвестора у доцільності здійснення інвестицій (участь держави слугує свого роду гарантією безпечності вкладеного капіталу).

В державно-приватному партнерстві забезпечуються ряд переваг для ініціатора, інвестора (керуючої компанії) та для учасників парку.

До переваг інвестора слід віднести:

- побудова діалогу з владою;
- підвищення прибутку;
- нові можливості для розвитку бізнесу;
- зростання іміджу.

Влада в процесі побудови ДПП отримує наступні вигоди:

- розподіл ризиків з приватним сектором;
- підвищення ефективності суспільного господарства;
- часткове фінансування проектних інвестиційних витрат;
- використання досвіду та професіоналізму приватного партнера.

Перевагами учасників ПП є:

- прискорене погодження техдокументації з підключення промислових об'єктів до інженерної інфраструктури;
- більш висока якість обслуговування (контроль влади);
- контроль за рівнем тарифів на обслуговування.

За змістом організації розрізняються 3-и моделі ДПП для ПП: експлуатаційна, концесійна та коопераційна.

В експлуатаційній моделі приватний економічний суб'єкт приймає на себе зобов'язання з часткової або повної експлуатації об'єкта, що належить державі (громаді), і отримує за це винагороду від держави (громади). У даному випадку держава інвестує власні кошти в розбудову індустріального парку, є його власником, а функції керуючої компанії полягають у наданні послуг з розвитку інфраструктури промислового парку та його експлуатації.

У концесійній моделі приватний економічний суб'єкт здійснює роботи чи надає певні послуги безпосередньо кінцевим споживачам – учасникам парку і отримує право безпосередньо фінансувати свої витрати з плати за користування послугами парку; при цьому відповідальність за здійснення суспільної функції несе підприємець (концесіонер), а за державою (концедентом) зберігаються контрольні функції.

У коопераційній моделі (в економічній літературі використовується також термін «громадська модель») суспільні функції покладаються на спільне підприємство, яке створюється державним партнером разом з однією або декількома приватними компаніями.

Оцінка релевантності вибору із 3-х перелічених моделей ДПП щодо їх застосування при створенні ПП, доводить перспективність концесійної моделі, що підтверджується сумарною оцінкою її релевантності, наведеною в таб. 2.2.7.

Пояснення: Результати порівняння представлені у вигляді сукупності зв'язків, що характеризують вплив тієї чи іншої ознаки проекту індустріального парку, на вибір організаційної моделі ДПП. Ознаки ефективного проекту промислового парку, релевантні з точки конкретної організаційної моделі ДПП (відповідно її змісту), отримали значення «1», причому чим сильніше виражена дана ознака, тим вищою є ймовірність використання зазначеної моделі при реалізації проектів індустріальних парків. Ознаки ефективного проекту індустріального парку, не релевантні з позиції конкретної організаційної моделі ДПП (що не відповідають її змісту), отримали значення «-1», причому чим менше виражена дана ознака, тим нижчою є ймовірність використання зазначеної моделі при реалізації

проектів індустріальних парків. На основі виконаної оцінки зв'язків може бути виявлений загальний рівень релевантності, який визначається як співвідношення кількості релевантних зв'язків до загальної кількості позитивних і негативних зв'язків. Загальний рівень релевантності для кожної організаційної моделі ДПП показує, наскільки дана модель відповідає ознакам ефективного проекту індустріального парку.

Таблиця 2.2.7

Оцінка релевантності вибору організаційної моделі ДПП для проектів індустріальних парків

Ознака (критерій вибору)	Модель ДПП		
	Експлуатаційна	Концесійна	Коопераційна
Відповідальність інвестора за реалізацію проекту	1	1	-1
Спільні капіталовкладення інвестора (керуючої компанії) та держави	-1	1	1
Поточне фінансування – здійснюється інвестором (керуючою компанією)	-1	1	-1
Спільний комерційний ризик	-1	1	1
Спільне володіння активами	-1	1	1
Механізм розподілу доходів	-1	1	1
Кількість позитивних зв'язків («1»)	1	6	4
Кількість негативних зв'язків («-1»)	5	0	2
Всього кількість зв'язків ((«1»); («-1»)):	6	6	6
Рівень релевантності, %	16,67	100,0	66,67

На сьогодні за проектом виконані роботи в сумі 300,8 тис. грн., які профінансовані коштом проекту ЄС. Враховуючи обмежені можливості залучення бюджетних коштів можна очікувати незначні грошові вливання в розбудову парку зі сторони влади. В даному випадку державно-приватну співпрацю доцільно побудувати, розподіливши зобов'язання влади та приватного інвестора наступним чином (табл. 2.2.8)

Таблиця 2.2.8

Пропонований розподіл обов'язку влади та приватного інвестора в моделі ДПП ІІІ «Яворівський»

Основні аспекти проекту	Зобов'язання
Відповідальність за створення індустріального парку	Інвестор (керуюча компанія)
Інвестування	Інвестор (керуюча компанія) + влада (бюджети різного рівня)
Поточне фінансування	Керуюча компанія
Комерційні ризики	Інвестор (керуюча компанія)
Некомерційні ризики	Влада
Власність	Інвестор (керуюча компанія) + влада
Доходи	Інвестор (керуюча компанія) + влада
Залучення учасників	Інвестор (керуюча компанія) + влада

Розподіл суми інвестицій у створення індустріального парку доцільно здійснити за наступними підходами: за рахунок коштів проекту ЄС та коштів бюджетів різного рівня фінансуються проектні та будівельні роботи щодо підведення до території парку необхідних

інженерних комунікацій, на що планується скерувати 28 813 тис.грн. Решта сума виділяється інвестором (керуючою компанією) та скеровується на облаштування самої території парку, будівництва запланованих будівель, придбання необхідної техніки, тощо.

Таким чином, найбільш раціональним щодо ІП «Яворівський» створення ДПП через 4-хсторонній договір між Яворівською районною, Львівською обласною радами, Кабінетом Міністрів України та приватним інвестором, яким будуть врегульовані питання фінансування створення та функціонування парку, розподіл фінансових засобів, обов'язків та ризиків. (див. рис. 2.2.1)

Сценарії ДПП конкретизуються в процесі розподілу ризиків між сторонами договору. Розподіл ризиків є обов'язковою умовою відносин в системі ДПП. На розподіл ризиків суттєво впливає специфіка проекту ДПП, зокрема його зміст, галузь, обов'язки сторін по його реалізації, частки вкладів у фінансування проекту, тощо. Приватний інвестор, який намагається наростити прибутковість проекту, буде применшувати їх величину, виходячи із прямої залежності «ризик – дохід». З іншої сторони, держава прагне зменшити свою відповідальність, тому вона завищує ризики, які передаються приватному інвестору (зворотній зв'язок ризик-дохід/відповідальність). Оцінювання ризиків визначає схему фінансування проекту.

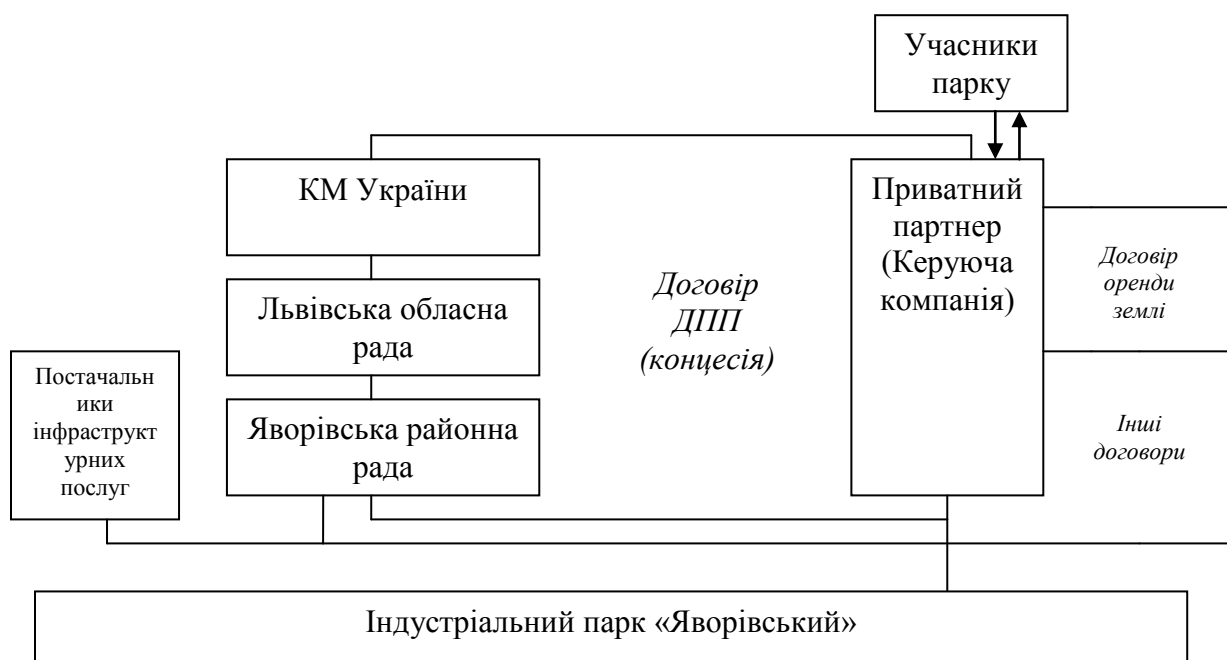


Рис.2.2.1 Принципова схема організації ІП «Яворівський» за моделлю ДПП

Альтернативними сценаріями розподілу ризиків між сторонами в ДПП для моделі ПБФУ (проекування, будівництво, фінансування, управління (англ. DBFO) є:

- А) ризики переважно несе держава;
- Б) ризики переважно покладаються на приватного партнера;
- В) ризики розподіляються між сторонами ДПП.

Якщо ризики несе держава, то обсяг приватного фінансування залежатиме від державних вкладень. Якщо ризики покладаються на приватного партнера, то тоді державні вкладення є мінімальними, а дохід керуючої компанії від діяльності парку повинен перевищувати втрати від настання ризиків. У разі, якщо ризики розподіляються, то вони покриваються доходами

від діяльності парку плюс компенсаційні виплати за рахунок держави. При такому розподілі ризиків досягається всі критерії фінансової вигоди.

Збалансований поділ ризиків є ключовою умовою в ДПП, а структурування ризиків є основою організації партнерства. Обмеження ризиків проекту відбувається через спільні дії, головними з яких є: підготовка інституційних рамок, покриття ризиків, гнучкість договірних умов, тощо.

2.3. Проектна організаційно-правова модель державно-приватного партнерства для індустріального парку «Яворівський»

Виходячи із аналізу альтернативних сценаріїв державно-приватного партнерства для ІП «Яворівський», найбільш оптимальною моделлю партнерства є форма концесії типу «будівництво-управління». На сучасному етапі, за умови проблемності залучення інвестицій у розбудову індустріального парку, доцільним було би застосування договору про спільну інвестиційну діяльність між приватним інвестором (групою приватних інвесторів) та владою, що свого роду посилить переконаність приватного інвестора у доцільності здійснення інвестицій (участь держави слугує свого роду гарантією безпечності вкладеного капіталу). Проте відповідно до Закону України Про інститути спільного інвестування № 5080-VI від 05.07.2012, державні органи або територіальні громади не можуть брати участь у створенні інститутів спільного інвестування. Тому на сьогодні оптимальним варіантом буде укладання концесійного договору на основі Закону України Про концесії № 997-XIV від 16.07.1999 з одним або кількома приватними партнерами відповідно до Закону України Про державно-приватне партнерство № 2404-VI 01.07.2010. Одночасно з підписанням концесійної угоди з переможцями тендеру на державно-приватне партнерство з ними має бути підписана угода на управління індустріальним парком відповідно до Закону України Про індустріальні парки № 5018-VI від 21.06.2012.

Організаційна модель функціонування індустріального парку «Яворівський» буде здійснюватися відповідно до Закону України Про індустріальні парки № 5018-VI від 21.06.2012.

Відповідно до Закону, власником земельних ділянок та ініціатором проекту створення індустріального парку виступає Яворівська районна рада. Таким чином, реалізація проекту буде здійснюватись на землях комунальної власності громади району. Юридичне оформлення індустріального парку «Яворівський» та базове облаштування інженерної та транспортної інфраструктури планується здійснити за рахунок місцевого та державного бюджетів відповідно до чинного законодавства. Створені в рамках реалізації проекту у об'єкти інженерної та транспортної інфраструктури передаються на обслуговування відповідним підприємствам Яворівського району на визначених договірних умовах.

Відповідно до Закону Про індустріальні парки до обов'язків ініціатору проекту відноситься:

- Облаштування інфраструктури індустріального парку відповідно до концепції.
- Підготовка необхідної для діяльності парку дозвільної документації.
- Передача керуючій компанії прав на використання земельних ділянок та об'єктів інфраструктури.
- Забезпечення комерційної таємниці керуючої компанії.
- Контроль за додержанням керуючою компанією умов укладених договорів.
- Передача керуючій компанії права на облаштування індустріального парку.
- Передача керуючій компанії права управління об'єктами індустріального парку.
- Контроль за дотриманням концепції індустріального парку
- Отримання від керуючої компанії звітів про функціонування індустріального парку.

- Контроль за станом об'єктів індустріального парку.
- За зверненням керуючої компанії вживання заходів з розвитку індустріального парку

Для забезпечення господарської діяльності індустріального парку «Яворівський» доцільним є вибір (створення) керуючої компанії в формі товариства з обмеженою відповідальністю з одного або кількох приватних партнерів, що обрані в відповідності до Закону України Про державно-приватне партнерство № 2404-VI 01.07.2010. Яворівська районна рада підписує договір про створення і функціонування індустріального парку з керуючою компанією на строк дії індустріального парку (30 років) з подальшою передачею активів парку ініціатору проекту або пролонгацією угоду на наступні 30 років. Керуюча компанія здійснює додаткове облаштування індустріального парку за рахунок залучення приватних інвесторів на умовах державно-приватного партнерства і, в разі необхідності, залучення кредитів банківських установ (зокрема кредитів ЄБРР). Керуюча компанія здійснює страхування комунального майна, що передано їй в управління, та набуває в результаті діяльності по створенню індустріального парку. Керуюча компанія, як юридична особа, буде здійснювати платежі за користування земельною ділянкою та інших податкових платежів. Керуюча компанія має право здійснювати господарську діяльність відповідно до чинного законодавства України та заключати договори з інвесторами, банківськими установами, учасниками індустріального парку і третіми особами для надання робіт і послуг в рамках господарської діяльності компанії. Плату за оренду земельних ділянок, виробничих, комерційних та складських приміщень, інші послуги та роботи для учасників індустріального парку керуюча компанія отримуватиме відповідно до укладених договорів між учасниками та керуючою компанією. Керуюча компанія в рамках господарської діяльності має здійснювати оперативне управління діяльністю індустріального парку та стратегічне планування.

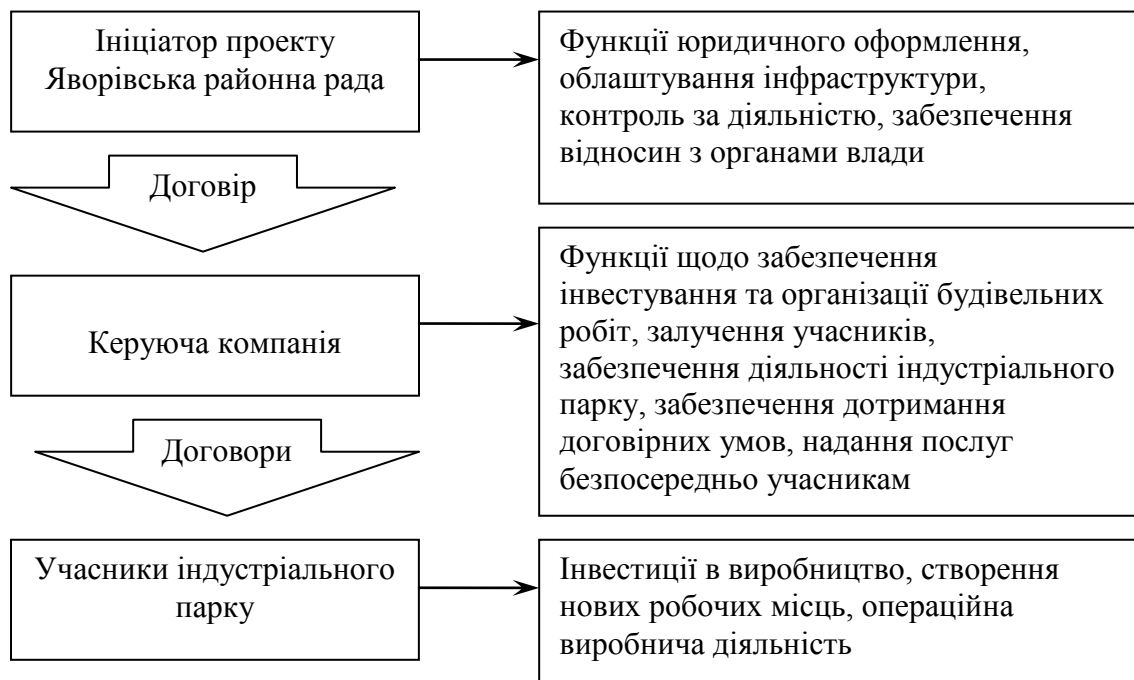
Ініціатор проекту та керуюча компанія мають права та обов'язки, що визначені в законодавстві про індустріальні парки і в рамках підписаних угод між керуючою компанією та ініціатором проекту, а також інших нормативно-правових актів, які регулюють питання господарської діяльності в Україні.

Відповідно до Закону України Про індустріальні парки до обов'язків керуючої компанії буде віднесено:

- Виконання умов договору з Яворівської районною радою та дотримання концепції індустріального парку.
- Залучення фінансування для облаштування індустріального парку та учасників парку.
- Здійснення облаштування індустріального парку відповідно до умов договору, концепції та будівельно-кошторисної документації.
- Залучення працівників – громадян України у процесі своєї діяльності, в першу чергу мешканців Яворівського району.
- Забезпечення виконання бізнес-плану індустріального парку.
- Надання земельних ділянок учасникам індустріального парку на умовах суборенди, підписання договорів.
- Одержання дозволів та погоджень в органах державної влади, у тому числі для здійснення будівництва об'єктів виробничого призначення, інших об'єктів, необхідних для здійснення господарської діяльності в межах індустріального парку.
- Представлення інтересів учасників у відносинах з дозвільними органами, службами, підприємствами, установами і організаціями.
- Забезпечення діяльності індустріального парку та контроль за дотриманням договірних умов учасниками індустріального парку.
- Розробка та подання ініціатору пропозицій щодо поліпшення майна, інфраструктури, переданої ініціатором у користування керуючій компанії, та пропозиції щодо розвитку індустріального парку.

- Утримання в належному стані земельної ділянки, інженерно-транспортної інфраструктури та інших об'єктів, що розміщені в межах індустріального парку, та забезпечення належних умов їх використання.
- Подання ініціатору та уповноваженому державному органу звітів про функціонування індустріального парку.
- Забезпечення збереження комерційної таємниці ініціатора та учасників індустріального парку.
- Залучення третіх осіб для виконання робіт і надання послуг у межах діяльності індустріального парку

Організаційна модель структури управління Яворівським індустріальним парком



Відповідно до запропонованій організаційно-правовій моделі діяльності індустріального парку «Яворівський» та його концепції, учасники індустріального парку мають відповідати наступним вимогам:

1. Учасники індустріального парку повинні бути суб'єктами господарювання в Україні будь якої форми власності, що зареєстровані в Яворівському районі Львівської області. Виняток можуть становити мережеві оператори логістичних послуг, торгівлі та громадського харчування.
2. Учасники індустріального парку мають здійснювати свою виробничу діяльність в рамках вимог чинного законодавства України та в пріоритетних напрямках діяльності парку:
 - виробництво запасних частин і комплектуючих для машинобудування;
 - виробництво запасних частин і комплектуючих для автопромисловості;
 - приладобудування;
 - металообробка;
 - виробництво пластмасових виробів;
 - легка промисловість;
 - логістика.
3. Виробнича діяльність учасників індустріального парку повинна бути екологічно безпечною та не погіршувати наявний стан зовнішнього середовища
4. Учасники індустріального парку зобов'язуються створити нові робочі місця із розрахунку не менше 20 робочих місць на гектар загальної площі, що

використовується, та залучити не менше 80 % працівників, що мешкають Яворівському районі Львівської області.

5. Учасники індустріального парку повинні мати програму свого розвитку та ведення господарської діяльності на території парку щонайменше на 5 років.
6. Учасники індустріального парку зобов'язуються своєчасно сплачувати орендну плату за користування займаною земельною ділянкою.
7. Учасники самостійно створюють інженерно-транспортну інфраструктуру, благоустрій та озеленення в рамках земельних ділянок, що ними оренднуються.
8. В разі викупу учасниками парку земельних ділянок в межах індустріального парку внесення змін в землевпорядну документацію здійснюється за рахунок учасника парку.

Успішна реалізація проекту створення та розвитку індустріального парку «Яворівський» передбачає наступні етапи:

1. Підготовчий етап

1. Розробка концепції індустріального парку та її затвердження в Державному агентстві з інвестицій та управління національними проектами.
2. Підготовка юридичної документації на земельні ділянки індустріального парку, внесення змін в генеральний план району, розробка детального плану території, розмежування земель, підготовка та узгодження землевпорядної документації на ділянку парку, внесення ділянки в земельний кадастр
3. Підготовка технічної та будівельно-кошторисної документації, отримання технічних умов та необхідних дозволів.
4. Вибір (створення) керуючої компанії, підписання генеральної угоди з ініціатором створення індустріального парку.
5. Підготовка фінансово-економічних документів для залучення інвестицій, вибір джерел інвестування.

2. Етап будівництва

1. Залучення коштів на проведення будівельних робіт.
2. Проведення тендерів та вибір генерального підрядника будівельних робіт.
3. Будівництво інженерно-технічної інфраструктури індустріального парку.
4. Облаштування території парку.
5. Будівництво адміністративно-офісного центру.
6. Будівництво логістичного центру та об'єктів санітарно-технічної зони.
7. Здача об'єктів в експлуатацію.

3. Організація діяльності індустріального парку

1. Організація маркетингу та просування послуг індустріального парку.
2. Залучення учасників індустріального парку.
3. Розміщення виробництв на території парку.
4. Супроводження діяльності індустріального парку.

Прогнозується, що термін підготовки до діяльності (від створення концепції до розміщення виробництв і початку діяльності) становитиме 4 роки. В подальшому керуюча компанія здійснює супроводження діяльності індустріального парку на строк – 30 років.