

# Важливі положення договору про державно-приватне партнерство: уроки водного сектору

Важливим питанням при підготовці механізмів державно-приватного партнерства (ДПП) є те, як збалансовано і ефективно захистити суспільний інтерес у договорах ДПП. Ця стаття розглядає саме це питання.

Будь-яке обговорення державноприватного партнерства неминуче починається з розгляду концесійної концепції, оскільки багато проектів ДПП базуються саме на основі концесій. В Європі концесії відомі протягом століть, їх використовують як правові документи. Насправді деякі з найбільш ранніх концесій існували ще за часів Римської імперії, коли їх використовували як юридичні рушії для розвитку ринків, публічних лазень, будівництва доріг тощо. У середньовічній Європі концесії надавали конкретним підприємствам королівським рішенням, вони мали характер виключного привілею на розсуд суверена.

Дійсно, у середньовічній Європі багато таких об'єктів, як дороги і мости, не було побудовано без концесій. Концесії зобов'язували приватного партнера побудувати і підтримувати інфраструктурні об'єкти, а паралельно надавали право на будь-який дохід, який він міг би отримати від цього. Наприклад, шляхом стягнення плати за користування таким об'єктом, за допомогою дорожніх податків, а у випадку ринку — шляхом стягнення орендної плати.

Різниця між концесіями та іншими договорами може бути проілюстрована на прикладі будівництва доріг. У цьому випадку звичайний публічний договір може включати в себе оплату за будівництво та фіксовану регулярну плату за утримання доріг. Натомість **у рамках концесії приватна сторона бере на себе завдання з будівництва та утримання доріг в обмін на право стягувати плату з автомобілістів за використання дороги (дорожній збір), таким чином вона може відшкодувати свої витрати і отримати прибуток.**

В останні десятиліття концесії відіграють усе важливішу роль у великих інфраструктурних проектах в інтересах суспільства, особливо в таких сферах, як транспорт, енергопостачання та в певних комунальних напрямках. Причиною цього і ще однією ключовою різницею із традиційним державним контрактом є те, що концесійні договори розглядають як маловитратні для державних фінансів, оскільки вони переважно не пов'язані з державними асигнуваннями, адже інвестування покладається на приватну сторону.

Започаткування, особливо починаючи з 1980-х років, концепції державно-приватного партнерства часто сприймалося як новий тип юридичного засобу для таких проектів. Тим

не менше ДПП, з юридичного погляду, нерідко засновано на підставі концесійних відносин. В інших випадках ДПП може бути засноване, наприклад, на підставі управлінського контракту/лізингу або спільного підприємства з державою (створення якого здебільшого відоме як *інституційне державно-приватне партнерство*).

Незалежно від обраної форми договору, у будь-якому ДПП існує неминучий конфлікт інтересів, викликаний наявністю загального суспільного інтересу і комерційної мотивації приватної сторони. Це не є дивним чи несподіваним, і, звичайно, така мотивація абсолютно виправдана. Тим не менше найкращі міжнародні практики розробили договірні інструменти для врегулювання цього основного конфлікту інтересів.

## **Передовий досвід договірних рішень для збалансування інтересів сторін ДПП**

Спочатку корисно дослідити договірні засоби, які доступні державній стороні, для того, щоб забезпечити оптимальне виконання приватною стороною своїх зобов'язань. Відповідні приклади таких положень договору наявні у водному секторі. У даному секторі часто використовують ДПП/концесії, особливо в нових державах-членах ЄС. Тим не менше підхід описаних передових практик у водному секторі може застосовуватися до договорів в інших секторах, у тому числі, наприклад, у секторах утилізації відходів та електропостачання.

Належний розподіл ризиків є метою практично будь-якого договору, але це особливо підкреслюється в разі довгострокових контрактів, таких як ДПП.

Основою для розподілу ризиків є те, що ризик повинна брати на себе та сторона, яка в кращому становищі, щоб його оцінити і управляти (та уникнути ризику) ризиком. Тому загальною практикою є ситуація, коли виконавець приймає ризики у зв'язку з роботою в ДПП. Він, з іншого боку, матиме бажання вести переговори щодо конкретних договірних умов, щоб нейтралізувати цей ризик у разі надзвичайних подій або інших обставин поза його контролем, таких, наприклад, як якість забірної води.

Звісно, ситуація буде відрізнятися залежно від обставин проекту та переговорних позицій сторін. Було багато випадків, коли ризик був розподілений не вигідно для державної сторони. З іншого боку, ніхто з приватних інвесторів не зацікавиться в участі у проекті, якщо в тендерній документації проект договору міститиме непропорційний розподіл ризиків. Навіть якщо тендер для ДПП буде включати в себе переговори із зацікавленими учасниками, проект із самого початку може бути непривабливим. А отже, недостатньо зацікавить ринок.

Прописування положення типового договору, яке відобразить найкращі міжнародні практики, є складним і може ввести в оману. Одним зі способів проілюструвати такі міжнародні практики є список елементів, які повинні бути включені, як правило, у такі договори, щоб захистити суспільний інтерес.

Існують також дуже специфічні елементи ДПП: конкретні процедури повернення активів у кінці проекту ДПП, вимоги щодо інвестицій, які надає приватна сторона, гарантії виконання зобов'язань, обмеження щодо субпідряду і наділення правами. Ці аспекти виходять за рамки цілей цієї статті, метою якої є надання огляду інструментів, які зазвичай використовують для забезпечення суспільних інтересів у проектах ДПП.

## Показники ефективності

Протягом багатьох років на міжнародному рівні спостерігалася тенденція розробки більш детальних вимог до договорів ДПП у водному секторі. По суті, до договору включали положення, що охоплювали показники продуктивності. Ця тенденція набрала значних обертів у кінці 1980-х років і була обумовлена владними органами у водному секторі в Англії та Уельсі через, зокрема, зростання випадків участі приватних партнерів у водопостачанні. **З появою приватних операторів водних ресурсів державний партнер делегує функцію водопостачання до приватного оператора, але це не впливає на законодавчу і, звісно, політичну відповідальність державного сектора забезпечити якісне і достатнє водопостачання для населення.**

Через це державна сторона постійно має бути гарантом підтримки задовільного виконання, а в разі недоліків зможе їх виправити. Нещодавно, як додаток до показників ефективності, було розроблено міжнародні стандарти (ISOs) для управління активами, включаючи водну інфраструктуру. Показники ефективності також вимагають відповідної процедури збору даних/моніторингу та аудиту розроблених процедур.

Раніше в договорах або ліцензіях доволі часто обов'язок приватної сторони визначали туманними висловлюваннями. Наприклад, «прагне забезпечити безперебійне водопостачання» або «можливий рівень найвищої якості за конкретних обставин». У той же час договори могли встановлювати кількісні фактори щодо таких питань, як терміни для повідомлення про планові перерви в постачанні. Але така ясність часто розмивалася додаванням положення, в якому йшлося, що такий термін вимагають лише «за нормальних обставин».

Досвід свідчить, що такі розпливчасті договірні положення не мають сенсу, бо неможливо перевірити відповідність. Без цього неможливо контролювати ані того, чи задовільно виконують договір, ані виправити погану роботу за допомогою санкцій. Та навіть там, де умови для роботи у водному секторі підкріплюються процедурою моніторингу/звітності та драконівськими санкціями за порушення умов, це не дасть ніяких результатів, якщо не визначено точних показників ефективності.

Передові міжнародні практики призвели, зокрема, до формулювання показників ефективності у сфері водопостачання. Тож вимога безперебійного водопостачання часто перекладена в кількісну характеристику і встановлює ліміти на максимум «X» перерв тривалістю максимально «Y» протягом «Z» періоду. Тільки коли перебої відбуваються в цих межах, це може вважатися безперебійним постачанням. Такий показник ефективності

є досить чітким, щоб його можна було перевірити, а в разі недотримання, застосувати відповідні санкції.

Кілька років тому в рамках суттєвого огляду умов для різних інфраструктурних проектів ЄС у ряді країн, включаючи Чехію та Словаччину, повторювалася критика щодо неточності критеріїв ефективності. Невизначеність з'являється через відсутність конкретних часових обмежень чи відсотків або коли показники були визначені умовно з використанням таких термінів, як «за нормальних обставин».

Результатом наявних кількісних показників є те, що водопостачальник як частину своєї загальної відповідальності звичайно бере на себе ризик і у випадках, що виникають за ненормальних обставин. Таким чином, цілком зрозумілою особливістю відносин між приватною і державною сторонами є те, що приватний партнер приймає на себе ризики виконання роботи хоча б тому, що він найближчий до дійсності таких ризиків.

Коли вимоги до виконавця нелегко проконтролювати, то це неминуче працює на шкоду державній стороні і споживачеві в цілому. І, отже, ризики виконання відводяться від виконавця. Особливо в ситуаціях, коли концесійні відносини зобов'язують приватну сторону інвестувати в обмін на оперативне право. Будь-яка передача ризику до державної сторони означає, що сама мета мати водопостачання у приватних руках втрачається.

Показники ефективності охоплюють лише технічні/операційні аспекти водопостачання: безперервність водопостачання, якість та тиск води, втрати води. На додаток до вказаного показника щодо безперервності існують й інші типи. Показники втрати води встановлюють певний максимальний відсоток прийнятних втрат відносно загального входу води. Втрати можуть вимірювати відносно до частини мережі або щодо певних міських районів і т. д. Через вік водної інфраструктури в деяких країнах установлення та налаштування індикаторів втрати води може бути складним завданням.

Поза аспектом водопостачання як таким показники ефективності використовують також для встановлення мінімальних вимог для відносин з користувачами. У тому числі, наприклад, що користувачі мають право на службу технічної підтримки і можливість скаржитися. Раніше не надавали великої уваги відносинам з користувачами, але наразі зрозуміло, що високий рівень при спілкуванні з ними та при розгляді їхніх запитів є невід'ємною частиною водопостачання.

Очевидним аспектом відносин з користувачами є час, протягом якого оператор має проінформувати користувача про перерву у водопостачанні. У цьому здебільшого полягає відмінність між запланованими і незапланованими перебоями. Типовий показник складається з конкретних термінів, установлених для повідомлення щодо перерви у водопостачанні. Важливим питанням тут є встановлення об'єктивно чіткого часу для розрахунку терміну.

Також є приклади показників ефективності для часу, протягом якого абонент повинен бути з'єднаний з телефонним оператором. З австралійської практики: приватна сторона повинна відстежувати і повідомляти середній час, протягом якого абонент має бути

підключений при використанні лінії для скарг. Час вимірюється від точки, коли виклик надійшов на комутатор оператора або автовідповідач, до часу відповіді на дзвінок.

Тобто час підключення розуміють як час, який необхідний для з'єднання з членом персоналу, це означає, що автоматизовані послуги мають обмежене значення в плані обслуговування дзвінків. В австралійському випадку показники встановлюють час відповіді у 30 секунд, звітність оператора повинна визначати відсоток випадків, коли було досягнуто цієї мети. Ніяких конкретних максимальних часових обмежень не встановлено. Виходячи із системи звітності, очевидно, що оператор мотивований покращити обслуговування клієнтів по телефону. Можливо, особливо в тих випадках, коли результати моніторингу публікують на ринку з декількома операторами.

Інші приклади показників стосуються розгляду скарг. Показники зазвичай зосереджені на часі, який необхідний для вирішення таких скарг. Лише цей індикатор, безсумнівно, призведе до швидкого, формально правильного, але не обов'язково розумного вирішення суті скарг. У багатьох випадках для визначення кількості несправедливо відкинутих скарг споживачів додатковий показник забезпечує необхідну противагу для клієнта. Цей показник, як правило, вимірюється на основі кількості поданих до органу контролю скарг у випадках, коли скарга розглядається як недостатньо розглянута на рівні водопостачальника.

Ще один показник щодо скарг відноситься до загальної кількості скарг, отриманих водопостачальником або органом контролю. Цей показник не акцентовано на змісті скарг, але відображає позицію, що будь-яке збільшення кількості скарг означає, що відносини з клієнтами повинні бути покращені. Недоліком показника на основі загального обсягу скарг є те, що виявляється лише частина проблеми. Наприклад, споживачі, можливо, уже звикли до поганого обслуговування і не скаржаться. В інших випадках споживачі не мають можливості повідомляти про скарги.

Ще один показник задовільних відносин зі споживачами (і свідчення того, наскільки водопостачальник активно діє) — зворотний зв'язок від споживачів. Це може бути зроблено за допомогою опитувальників та обстежень. Можна, наприклад, з'ясувати заздалегідь думку споживача щодо практичних змін або їхнє ставлення до них та переваги цих змін. Кількісно цей показник може бути розроблено і визначено за кількістю заходів за певний період часу.

Конкретні обставини (у тому числі фізичний стан водної інфраструктури і позиції залучених сторін) диктують, які показники повинні бути використані і які повинні бути викладені як конкретні терміни або відсотки — залежно від типу індикатора. Напевно, фіксованої практики в цьому питанні не існує. Та важливо те, що деякі точні цифри закладено на першому етапі для моніторингу ефективності. Майбутні коригування до більш високих рівнів продуктивності можна встановлювати за допомогою перегляду процедур, закладених у договорі, чи іншим чином.

**Для того щоб переконатися, що бажання споживача почуті, деякі країни як**

**доповнення до показників вимагають, щоб органи управління водопостачальників включали представників інтересів споживачів.** Таким чином, у випадку країн з регіональними операторами води це — місцеві споживачі, які обирають представників.

У Данії, наприклад, представники споживачів мають ті ж самі права і обов'язки, що й інші члени правління. Та в цьому випадку існує ризик того, що в кінцевому підсумку представники споживачів поступово можуть переорієнтуватися на інтереси правління. Цей ризик є особливо високим у випадках великих операцій. Та в поєднанні з точними показниками ефективності, що визначають належний рівень виконання обов'язків і відносин з клієнтами, це може сприяти задоволенню інтересів споживачів.

## **Звітність та інший моніторинг**

Моніторинг ефективності є необхідним доповненням до критеріїв ефективності, і вони доповнюють одне одного. Без моніторингу неможливо встановити те, чи дотримано критеріїв. Без перевірки критеріїв ефективності немає ясності щодо того, що необхідно моніторити.

Передові практики щодо договірних положень зазвичай складаються із зобов'язань приватної сторони звітувати і права державної сторони отримувати інформацію від приватної сторони. Існують широкі можливості для розроблення таких правил відповідно до конкретних обставин. Вимога звітувати повинна включати в себе щонайменше зобов'язання приватної сторони регулярно (наприклад, щоквартально) надавати звіти про виконання робіт, ремонт та інші оперативні аспекти, а також спеціальні звіти в разі надзвичайних подій або на прохання державної сторони. Крім того, повинні бути вимоги до змісту звітів. Вимоги до звітності переважно мають відповідати типам критеріїв ефективності, використовуваних у договорі.

Право сторони держави доступу до інформації, як правило, забезпечується насамперед регулярними зустрічами. Наприклад, у зв'язку з поданням регулярних звітів. Часто також існує право державної сторони скликати збори на свій розсуд з метою з'ясування конкретних питань. Важливим правом державної сторони є необмежений доступ до різних водних об'єктів, а також доступ до документів та інформації в приміщеннях приватної сторони з метою подальшої перевірки змісту звітів.

Здійснюючи моніторинг, державна сторона не повинна заглиблюватися в детальні оперативні аспекти. Якщо державна сторона роздає інструкції приватній стороні, то остання має право стверджувати, що державна сторона має розділити будь-який ризик виконання. Таке розмивання розподілу ризиків може підірвати саму ідею проекту ДПП.

**Важливим для публічної сторони (через обмежені кадрові ресурси) є спроможність передати право перевірки та доступу до записів приватної сторони професіоналам з моніторингу (інженери, юристи, фінансові фахівці тощо), що діють від імені держави, чи іншим особам, уповноваженим проводити моніторинг.**

## Розрахунок тарифу

Тарифи повинні розумно відображати витрати, вони мають бути ефективними і прийнятними. Прибуток, зароблений від управління державними активами, повинен відображати відносно низький ринковий ризик, пов'язаний з наданням послуг, які є суттєвими на монопольному ринку, принаймні у водному секторі.

Більшість європейських комунальних підприємств дотримуються тарифних режимів, які відповідають усім зазначеним вище критеріям. Вони можуть бути врегульовані незалежним регулятором (як у випадку, наприклад, Великобританії) або потребують затвердження місцевим або центральним урядом у разі підвищення тарифів. Однією з головних переваг незалежного регулювання є те, що це відсторонює політиків від тарифоутворення і дає змогу урядам дистанціюватися від підвищення тарифів. Багато комунальних підприємств надають перевагу саме такому механізму тарифоутворення, оскільки уряди часто неохоче санкціонують непопулярне збільшення тарифів на основні послуги. Однак перегляд тарифів урядом був загальнозживаним правилом до 1980-х років.

Важливим аспектом для всіх сторін (споживачів, власників активів, урядів і надавачів послуг) є те, що тарифи справедливі, неупереджені і прийнятні. Провайдери і власники активів повинні бути в змозі компенсувати свою діяльність та розумні інвестиційні витрати, акціонери повинні мати можливість отримувати розумну нагороду за свої інвестиції (хоча це не повинно бути гарантовано, прибуток розглядається як винагорода за ризик, яка повинна виправдовуватися належним управлінням). Тарифи також можуть бути використані для заохочення ефективності, особливо в колишніх державних комунальних підприємствах, де практика може бути застарілою і чисельність персоналу завищеною.

Існують різні тарифні моделі, їх використовують різні комунальні підприємства. Так звана модель «витрати-плюс» дає змогу ефективно збільшувати прибуток відповідно до зростання витрат. Очевидно, що така модель не заохочує до ефективності. Згідно з найбільш поширеною моделлю, яка була прийнята багатьма комунальними підприємствами Європи, тарифи встановлюють такі, щоб забезпечити зведення експлуатаційних витрат до ефективного рівня. І відновлюють тільки затверджені капітальні витрати.

## Відносини зі споживачами

Однією з головних характеристик договорів ДПП, укладених за моделлю концесії, є те, що оператор отримує право стягувати дохід безпосередньо від споживачів, тобто населення. У цій ситуації державна сторона повинна гарантувати, що підхід до споживачів є справедливим і прозорим та відповідає цілям державної політики. Звичайно, має бути баланс щодо факту, що приватна сторона в цих договорах, як правило, бере на себе ризик

безнадійних боргів.

На додаток до надання приватній стороні права обліку, виставлення рахунків та стягнення збору договори, як правило, зобов'язують приватну сторону мати керівні принципи із цих питань, затверджені державною стороною. Крім того, це може бути одним з критеріїв ефективності, суть якого в тому, що приватна сторона може гарантувати високий ступінь точності в обліку споживання води в разі окремих домогосподарств.

Зобов'язання в цьому зв'язку можуть включати в себе надання достатньої інформації для того, щоб надати домогосподарствам можливість перевірити правильність рахунків за воду. Це, як правило, включатиме певну інформацію, яка має бути в рахунку на воду. Наприклад, суму до сплати, термін оплати, наступний термін сплати, деталі елементів, що складають рахунок, дату показань приладу, процентні платежі за затримки в оплаті і загальні суми, розмір будь-якого підвищення тарифів, додаткові оплати або стягувані штрафи, інформацію про те, чи розрахунок обліковано або приблизно оцінено.

Зазвичай договором також встановлюють умови для від'єднання споживачів і наслідки неправильного відключення. Умови відключення можуть включати несплату, незважаючи на неодноразові нагадування і наявність письмового попередження за кілька днів до відключення.

## Знайти правильний баланс

З того, яким чином розроблено відносно стандартні договірні положення для ДПП у вигляді концесій в інфраструктурному секторі, зрозуміло, що перевага економії коштів для держави має бути підкріплена рядом додаткових гарантій, які можна адекватно контролювати і закріпити в договорі. Таким чином, створення ДПП (і очевидних переваг зняття з держави важливих інфраструктурних операцій) не звільняє державу від значної наглядової ролі за приватним партнером.

Практика свідчить, що зобов'язання докласти «всіх зусиль» загалом уже були замінені критеріями ефективності, прописаними в договірних положеннях, і що добре продумані і контрольовані індикатори продуктивності допомагають правильно збалансувати відносини ДПП в інтересах суспільства і зробити свій внесок в успіх проектів ДПП.

---

P.S. На даний час автор працює в Проекті «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС», який фінансує ЄС: **Висловлена у статті думка є поглядом автора і в жодному випадку не може тлумачитися як офіційна позиція EUROPEAID, Європейського Союзу чи будь-якої засновницької чи суміжної організації ЄС.**

---