УКРАЇНА

ПОСІБНИК З ПИТАНЬ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

ЕТАП 3

Підготовка до проведення конкурсу та здійснення закупівлі

WORLD BANK GROUP

UKaid
from the British people

ЛИСТОПАД 2020

Подяка

Цей Посібник з питань державно-приватного партнерства для України був підготовлений в рамках проєкту Світового банку «Посилення використання державно-приватного партнерства шляхом кращого управління державними капітальними інвестиціями в Україні», що фінансується з Цільового фонду Світового банку «Добре врядування та реформування інвестиційного клімату» (GGICR) за підтримки Уряду Великобританії.

Проєкт Світового банку «Посилення використання державно-приватного партнерства шляхом кращого управління державними капітальними інвестиціями в Україні» висловлює вдячність Міністерству з розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України за плідну співпрацю під час підготовки цього Посібника.

Цей документ є результатом роботи співробітників Глобальної практики з питань управління та Глобальної практики з фінансування інфраструктури, ДПП і гарантій Світового банку за співпраці з зовнішніми експертами. Спостереження, тлумачення та висновки, викладені в цьому документі, не обов'язково відображають погляди Ради виконавчих директорів Світового банку або тих урядів, яких вони представляють. Світовий банк не гарантує точності даних, що містяться в цьому документі.

Зміст

ВСТУП 1

1. Формування конкурсної комісії 6

2. Розробка стратегії закупівель 7

3. Розробка плану комунікації 9

4. Залучення радників для підготовки і проведення конкурсу 10

5. Включення інструкцій і рекомендацій відповідних органів щодо техніко-економічного обґрунтування проєкту ДПП і завершення необхідної до конкурсної підготовки 12

6. Підготовка конкурсної документації 14

6.1. Остаточне визначення комерційних умов і підготовка проєкту договору ДПП 14

6.2. Підготовка та публікація запиту про кваліфікацію 21

6.3. Запит про надання конкурсних пропозицій 29

6.4. Отримання погодження конкурсної документації 40

7. Початок конкурсу 41

7.1. Розробка стратегії запуску конкурсу 41

7.2. Створення «віртуальної кімнати даних» 42

8. Взаємодія з учасниками конкурсу 45

8.1. Відкриті зустрічі та презентації 45

8.2. Надання роз'яснень щодо договору і конкурсної документації 46

8.3. Оцінка потенційних змін до проєкту договору і конкурсної документації 47

8.4. Конкурентний діалог 49

8.5. Питання доброчесності 51

9. Попередній відбір претендентів 51

10. Оцінка конкурсних пропозицій попередньо відібраних учасників конкурсу 53

11. Присудження договору 55

12. Узгодження остаточних умов договору 56

13. Комерційне закриття 58

14. Фінансове закриття 59

15. Підготовка до управління договором: розробка стратегії і формування групи супроводу договорів 64

15.1. Планування і стратегія управління договорами 65

15.2. Механізми управління 66

15.3. Створення групи супроводу договорів 68

Додаток 1 Конкурентний діалог і інші процеси розширеної взаємодії для концесійних проєктів 72

a. Типові форми широкої взаємодії в конкурсних процесах ДПП - Конкурентний діалог (відповідно до правил закупівель ЄС) 72

b. Конкурсний процес на основі взаємодії у відповідності до Національних рекомендацій уряду Австралії в галузі ДПП 73

c. Ключові міркування при підготовці конкурентного діалогу або конкурсного процесу на основі взаємодії 74

Додаток 2 - Вимоги до інформації, що міститься у фінансовій моделі 76

Додаток 3 - Закупівлі на основі незапрошених пропозицій 78

Список текстових вставок

Текстова вставка 1. Обмеження для претендентів встановлені відповідно до Закону України «Про концесію» 3
Текстова вставка 2. Мінімальний зміст договору ДПП на основі передової міжнародної практики 15
Текстова вставка 3. Мінімальні вимоги до змісту договору ДПП (концесії) в Україні 17
Текстова вставка 4. Зразок змістовної частини RFQ на основі передової міжнародної практики 22
Текстова вставка 5. Критерії попереднього відбору претендентів (прекваліфікації) встановлені Законом України «Про концесію» 25
Текстова вставка 6. Зразок запиту про надання пропозицій 30
Текстова вставка 7. Критерії оцінки RFP (концесійні і неконцесійні проєкти ДПП), встановлені законодавством України 33
Текстова вставка 8. Забезпечення пропозиції («гарантійне зобов'язання») відповідно до законодавства 39
Текстова вставка 9. Приклади можливих змін до проєкту договору або конкурсної документації.. 48
Текстова вставка 10. Рекомендації на випадок, коли отримана тільки одна пропозиція або не отримано жодної 54
Текстова вставка 11. Приклади належних і неналежних переговорів щодо остаточного тексту договору 57

Список малюнків

Мал. 1. Процедури закупівель для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП..... 2
Мал. 2. Двоетапний відкритий конкурс щодо концесійних і неконцесійних проєктів ДПП 5
Мал. 3. Порядок проведення конкурентного діалогу для концесійних проєктів ДПП 6

Список абревіатур

ГУП	Група управління проєктом
ЕТС	Електронна торгова система - дворівнева інформаційно-телекомунікаційна система, що включає центральну базу даних та електронні майданчики, які взаємодіють із центральною базою даних через інтерфейс програмування додатків такої центральної бази даних
КМУ	Кабінет Міністрів України
НЗП	Пропозиції про здійснення ДПП, подані особами, які відповідно до Закону можуть бути приватними партнерами/концесіонерами
DSCR	Коефіцієнт обслуговування (покриття) боргу
IRR	Внутрішня норма прибутку
LLCR	Коефіцієнт покриття боргу грошовими потоками на протязі терміну позики
NPV	Чиста поточна вартість
PLCR	Коефіцієнт покриття боргу грошовими потоками на протязі терміну проєкту
RFP	Запит на подання конкурсних пропозицій
RFQ	Запит на кваліфікацію
SPV	Компанія спеціального призначення
VfM	Співвідношення ціни та якості

Вступ

Сфера застосування Посібника з питань ДПП, Етап 3

Це третій з чотирьох посібників з питань виявлення, підготовки, закупівель та реалізації проєктів державно-приватного партнерства.

У попередніх посібниках пояснювалися кроки щодо визначення, вибору проєкту і підготовки його концептуальної записки, а також щодо розроблення пропозиції про здійснення ДПП, що складається з техніко-економічного обґрунтування. Етап 2 завершився погодженням уповноваженим органом висновку за результатами аналізу ефективності і схваленням рішення про здійснення ДПП, що дозволяє проєкту перейти до процедури конкурсу. Отже, в Посібнику для Етапу 3 будуть представлені процедури і інструменти для проведення конкурсів щодо проєктів ДПП/концесій та вибору приватних партнерів/концесіонерів для їх реалізації.

Існує ряд конкретних завдань, які необхідно виконувати при проведенні конкурсу на укладання договорів ДПП/концесій:

- формування конкурсної комісії;
- складання внутрішнього / управлінського плану і плану проведення конкурсу та залучення радників;
- тестування ринку;
- розробка конкурсної документації, яка включає в себе розробку і складання проєкту договору ДПП/концесійного договору, інструкції для претендентів для проведення попередньої кваліфікації (RfQ) (що включає мінімальні кваліфікаційні вимоги), інструкцію для учасників конкурсу щодо подання ними конкурсних пропозицій (RfP);
- подання всієї конкурсної документації на розгляд і затвердження державному партнеру/концесієдавцю;
- початок конкурсу та взаємодія з претендентами;
- забезпечення можливості інспектування фізичного майданчика для реалізації проєкту (тобто «огляд учасниками конкурсу»), відповідних місць розташування центрів обробки даних, або об'єктів міжмережевої взаємодії за проєктом і підготовка «віртуальної» кімнати даних для учасників конкурсу;
- оцінка технічних та фінансово-економічних частин конкурсних пропозицій та вибір кращого учасника для реалізації проєкту ДПП/концесії;
- ухвалення державним партнером рішення про переможця конкурсу для реалізації проєкту ДПП/концесії[1];

[1] Таке рішення приймається відповідним міністерством, якщо об'єкт ДПП/концесії знаходиться у державній власності, або відповідною радою органу місцевого самоврядування, якщо об'єкт ДПП/концесії є знаходиться у власності територіальної громади.

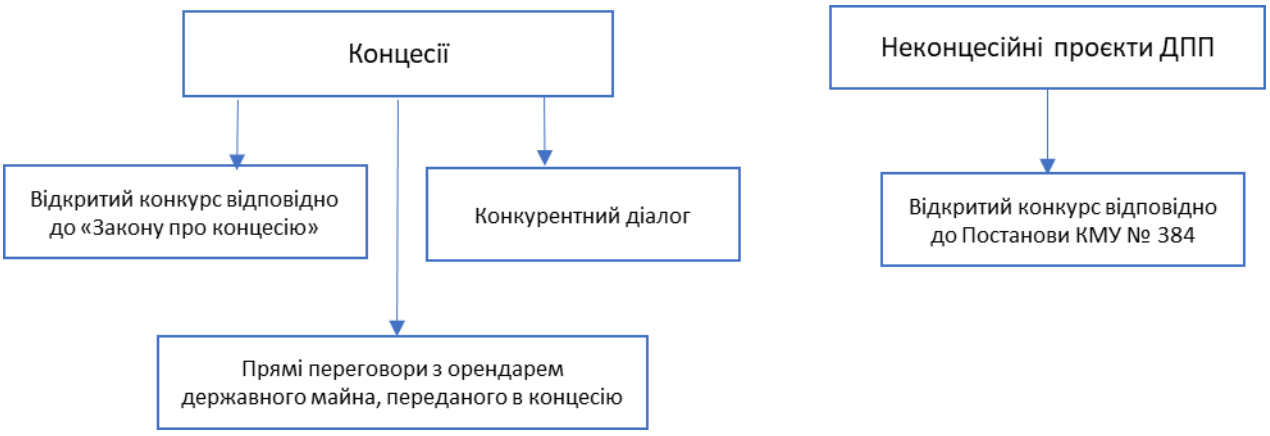
- остаточна актуалізація, узгодження і підписання договору ДПП/концесійного договору;
- створення групи управління проєктом ДПП/концесії (далі - ГУП) у складі державного партнера для проведення моніторингу виконання та управління відповідним договором, а також
- досягнення фінансового закриття.

По завершенню Етапу 3 приватний партнер/концесіонер буде обраний, а договір ДПП/концесійний договір розглянуто, схвалено і підписано. Після Етапу 3 новостворена ГУП державного партнера/концесієдавця повинна буде виконувати завдання і обов'язки з управління договором ДПП/концесійним договором та здійснення моніторингу ефективності його виконання у відповідності з рекомендаціями, наданими у Посібнику для Етапу 4.

Правовий процес

Процес закупівлі проєктів ДПП регулюється різними законодавчими актами в залежності від того, чи мова йде про концесію (в цьому випадку застосовується Закон України «Про концесію»[2]), чи про неконцесійні ДПП (застосовується Постанова Кабінету Міністрів України № 384[3]). Відповідно до чинного правового регулювання процедури вибору приватного партнера і концесіонера відрізняються (див. Мал. нижче). Для концесійних проєктів дозволяється використовувати три типи процедур: двоетапний відкритий конкурс, конкурентний діалог та прямі переговори. Для неконцесійних ДПП єдиним механізмом вибору приватного партнера є двоетапний відкритий конкурс.

Мал. 1. Процедури закупівель для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП



[2] Закон України «Про концесію», Ст. 6-20

[3] Постанова КМУ від 11.04.2011 № 384, що регулює 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.

Крім того, для концесійних проєктів відкритий конкурс та конкурентний діалог можуть проводитися з застосуванням електронної системи закупівель (далі - ЕТС)[4].

Частиною четвертою статті 12 Закону України «Про концесії» визначено осіб, які не можуть бути допущені до конкурсу на визначення приватного партнера за договором ДПП та концесіонера у концесійному конкурсі.

Текстова вставка 1. Обмеження для претендентів встановлені відповідно до Закону України «Про концесію»

Не допускаються до участі в конкурсі пропозицій претенденти, які:

1) на дату подання заявки визнані банкрутом або щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство;

2) перебувають у стадії ліквідації або реорганізації;

3) контролюються один одним, перебувають під спільним контролем або є пов'язаними особами (у разі подання заявки окремо кожним претендентом);

4) не надали повної інформації про осіб, які здійснюють безпосередній або опосередкований контроль над ними, включаючи кінцевих бенефіціарних власників (контролерів);

5) є юридичними особами, власниками 10 відсотків і більше акцій (часток) та/або кінцевим бенефіціарним власником (контролером) яких є резидент держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, чи держава, визнана Верховною Радою України державою-агресором;

6) є особами, зареєстрованими в офшорній зоні, або особами, акції (частки) яких у сукупності більш як на 50 відсотків належать прямо або опосередковано таким особам (перелік таких зон визначає Кабінет Міністрів України), чи зареєстрованими в країнах, включених Групою з розробки фінансових заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (FATF) до переліку країн, що не співпрацюють у сфері протидії відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом;

7) є особами, які прямо чи опосередковано перебувають під контролем осіб, кінцевим бенефіціарним власником (контролером) яких є особи, визначені цією частиною, або є пов'язаними особами таких осіб;

8) є юридичними особами чи пов'язаними з ними особами, зареєстрованими у державі, визнаній Верховною Радою України державою-агресором, або щодо яких застосовано санкції відповідно до законодавства України або міжнародного права;

9) є державними підприємствами, установами, організаціями, власником яких є держава Україна, чи комунальними підприємствами, установами, організаціями ;

[4] Ст. 6 Закону України «Про концесію», Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання використання електронної торгової системи для проведення концесійних конкурсів» від 9 грудня 2020 р. № 1210

10) є радниками, залученими для підготовки проєкту, який здійснюється на умовах концесії;

11) є особами, які прямо чи опосередковано перебувають під контролем осіб, кінцевим бенефіціарним власником (контролером) яких є особи, які прямо чи опосередковано пов'язані відносинами контролю з оператором електронного майданчика, через який проводиться концесійний конкурс, конкурентний діалог або публікація документів у процедурі прямих переговорів з орендарем державного майна, що передається в концесію;

12) є особами, консультанти яких (фізичні, юридичні особи, які надають претенденту юридичні, фінансові чи інші консультаційні послуги) прямо чи опосередковано пов'язані відносинами контролю з оператором електронного майданчика, через який проводиться концесійний конкурс, конкурентний діалог або публікація документів у процедурі прямих переговорів з орендарем державного майна, що передається в концесію.

(ч. 4 ст. 12 Закону «Про концесію», п. 33 Постанови КМУ № 384)

Частина 2 статті 13 Закону України «Про державно-приватне партнерство» визначає наступні заходи щодо підготовки проведення конкурсу з визначення приватного партнера для неконцесійних ДПП, які можуть міститися у рішенні про здійснення ДПП:

1) утворення конкурсної комісії;

2) підготовка об'єкта до передачі приватному партнеру за договором ДПП, зокрема формування та/або державна реєстрація речових прав на земельні ділянки, необхідні для здійснення ДПП, та проведення інвентаризації (у разі необхідності);

3) організація інформаційного супроводження проєкту, що здійснюється на умовах ДПП, зокрема з вивчення зацікавленості серед потенційних інвесторів;

4) залучення радників (у разі необхідності);

5) інші заходи за рішенням державного партнера.

У разі якщо рішення про доцільність здійснення ДПП приймає орган, що не буде державним партнером, у такому рішенні повинен бути визначений державний партнер.

Перелік заходів, які можуть бути включені до рішення про здійснення ДПП у формі концесії, є аналогічним та передбачений ч. 2 статті 5 Закону України «Про концесію».

Стаття 14 Закону України «Про державно-приватне партнерство» встановлює, що визначення приватного партнера для укладення договору ДПП здійснюється на конкурсних засадах.

У разі якщо після оголошення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення ДПП на участь у зазначеному конкурсі подав заявку лише один претендент, відповідний договір може бути укладений уповноваженим органом з цим претендентом шляхом погодження з ним істотних умов договору за умови відповідності такого претендента основним кваліфікаційним вимогам до учасників конкурсу, та іншим вимогам конкурсної документації.

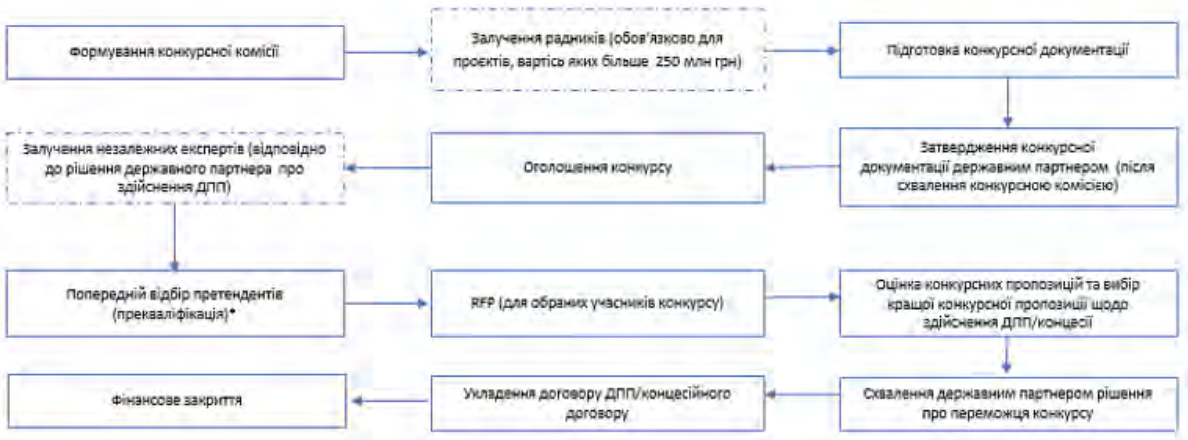
У разі якщо конкурс з визначення приватного партнера проводиться відповідно до пропозиції про здійснення ДПП, поданої особами, які відповідно до Закону можуть бути приватними партнерами (незапрошеної пропозиції), ініціатор пропозиції про здійснення ДПП може бути визнаним переможцем конкурсу, якщо його конкурсна пропозиція отримала найвищу оцінку або якщо він погоджується укласти договір на умовах конкурсної пропозиції, яка отримала найвищу оцінку.

Зобов'язання щодо відшкодування витрат на підготовку пропозиції про здійснення ДПП, підготовленої центральними, місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, органами Автономної Республіки Крим, державними, комунальними підприємствами, установами, організаціями, господарськими товариствами, 100 відсотків акцій (часток) яких належить державі, Автономній Республіці Крим чи територіальній громаді, що належним чином документально підтверджені, залучення радників, а також витрат на розроблення (виготовлення) землевпорядної документації та проведення її експертизи відповідно до підтвердних документів можуть включатися до умов конкурсу.

У разі якщо переможцем конкурсу визнано іншу особу, ніж ініціатор пропозиції про здійснення ДПП, переможець конкурсу має компенсувати ініціатору пропозиції обґрунтовані, справедливі і належним чином задокументовані витрати, що виникли внаслідок підготовки такої пропозиції[5].

Подібні норми містяться і в Закону України «Про концесію».

Мал. 2. Двоетапний відкритий конкурс щодо концесійних і неконцесійних проєктів ДПП[6]

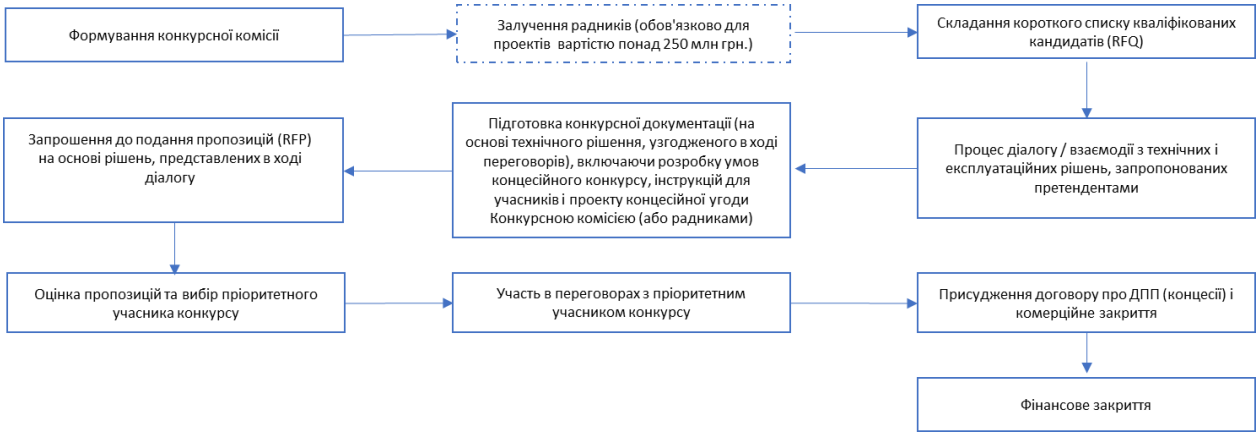


[5] Наразі максимальний рівень відшкодування витрат, що виникли внаслідок підготовки пропозиції про здійснення ДПП визначено у 2,5 відсотка вартості проєкту, що реалізується на умовах державно-приватного партнерства, (п. 20 Порядку проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим (Постанова КМУ від 11.04.2011 р. № 384)).

[6] Процедура проводиться аналогічним чином для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП, однак концесійний конкурс також може бути організований в електронній торговій системі.

*При проведенні концесійного конкурсу в електронній торговій системі у випадках, визначених Кабінетом Міністрів України, концесійний конкурс може проводитися без попереднього відбору претендентів (прекваліфікації). У такому разі проводиться розгляд та перевірка документів переможця концесійного конкурсу).

Мал. 3. Порядок проведення конкурентного діалогу для концесійних проєктів ДПП



1. Формування конкурсної комісії

Конкурсна комісія має відповідати за прийняття або надання рекомендацій щодо ключових рішень в процесі закупівель ДПП/концесій. Членам комісії потрібно мати певний технічний досвід, оскільки вони будуть оцінювати конкурсні пропозиції, а проєкти ДПП/концесій зазвичай є складними. Законодавством України встановлено вимоги до складу та порядок формування конкурсної комісії (ст. 7 Закону «Про концесію» - для концесій і пп. 6 - 11 Порядку 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 (Постанова КМУ від 11.04.2011 р. № 384)) - для неконцесійних проєктів ДПП).

Набір необхідних технічних навичок включає знання і вміння в технічній, юридичній та фінансовій сферах на відповідному рівні, наявність яких дозволяє членам комісії аналізувати і оцінювати конкурсні пропозиції, включаючи певні типи документів, зокрема, фінансові і юридичні, що стосуються власників / бенефіціарів претендентів. Щонайменше, один член комісії повинен мати досвід роботи в сфері державних закупівель. У Кенії, наприклад, процес формування комісії з оцінки конкурсних пропозицій детально регламентовано, а закон вимагає включення до комісії представників різних державних установ, включаючи Генеральну прокуратуру[7].

Важливо, щоб оцінка конкурсних пропозицій проводилася профільними експертами. У деяких випадках профільними експертами можуть виступати державні службовці, в інших - ними можуть

[7] Група Світового банку (2015 р.) «Порівняльний аналіз закупівель проєктів державно-приватного партнерства: Пілотне дослідження в 10 країнах.»

бути зовнішні радники / консультанти. Наприклад, згідно із законодавством ЄС, якщо суб'єктивна / якісна оцінка становить понад 50 відсотків від загальної ваги критеріїв оцінки, орган закупівлі повинен сформувати експертну комісію, що включає незалежних експертів. Якщо оцінка проводиться зовнішніми радниками / консультантами, рекомендується структурувати процес таким чином, щоб рішення про рекомендацію щодо претендента/учасника, що направляється на розгляд органу закупівлі, який відповідає за присудження договору, приймалося державними службовцями за рекомендацією зовнішніх радників / консультантів[8] (щодо найму радників і незалежних експертів див. Завдання 4 нижче).

Процес відбору незалежних експертів / радників, які залучаються для підтримку роботи комісії в ході виконання її обов'язків, пов'язаних з проведенням конкурсу ДПП/концесійного конкурсу, описано нижче.[9]

2. Розробка стратегії закупівель

Стратегія закупівель визначає, як буде обиратися партнер з приватного сектора з тим, щоб отримати найкраще співвідношення ціни і якості, а її наявність являє собою передову міжнародну практику. Загальна стратегія закупівель має включати:

1. Форми діалогу, або взаємодії з учасниками конкурсу, які будуть відбуватися.
2. Строки здійснення кожного етапу процесу, включаючи часові рамки для завершення підготовки документів і публікації конкурсної документації і проєкту договору згідно з відповідним законодавством.
3. Очікувані характеристики учасників конкурсу з точки зору досвіду та спроможностей.
4. Орієнтовний підхід до визначення критеріїв попередньої кваліфікації та критеріїв оцінки конкурсних пропозицій для вибору переможця конкурсу.

В разі проведення концесійного конкурсу, орган закупівлі повинен вибрати вид конкурсної процедури, який найкраще підходить для конкретного проєкту, зі списку доступних і дозволених законодавством варіантів проведення конкурсу, а саме:

- відкритий конкурс з попередніми кваліфікаційним відбором за принципом «допущено/ не допущено» (також відомий як двоетапний відкритий конкурс)[10] в звичайному форматі або у ЕТС;
- процес конкурентного діалогу в звичайному форматі або у форматі ЕТС;

[8] АБР, ЄБРР, МаБР, ІБР, ГСБ (2016 р.) Керівництво з сертифікації проєктів ДПП.

[9] Постанова КМУ «Про затвердження Порядку залучення радників для підготовки проєкту, що здійснюється на умовах концесії» від 09.10.2020 № 950, Наказ Мінекономіки Про затвердження Порядку конкурсного відбору незалежних експертів» від 22.12.2020 № N 2721.

[10] Відповідно до законодавства України, двоетапний підхід з попередньою кваліфікацією є обов'язковим для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП, за винятком процедури ЕТС для проєктів концесій.

- прямі переговори (лише у випадку, якщо ініціатором пропозиції про здійснення ДПП у формі концесії є орендар державного майна, яке пропонується передати у концесію).

Для неконцесійних ДПП існує одна конкурсна процедура з вибору приватного партнера – відкритий конкурс з попереднім кваліфікаційним відбором.

У двоетапному відкритому конкурсі, який починається з етапу попередньої кваліфікації, претенденти спочатку представляють інформацію про свою кваліфікацію. Орган закупівлі попередньо відбирає і формує з претендентів короткий список відповідно до вимог Інструкції для претендентів (Запиту про кваліфікацію (RfQ)), а потім запрошує попередньо обраних і включених в короткий список претендентів (учасників конкурсу) підготувати і подати свої пропозиції. До короткого списку можуть бути включені всі претенденти, якщо вони відповідають критеріям попереднього відбору.

Орган закупівлі повинен також визначити часові рамки для кожного етапу конкурсного процесу відповідно до чинного законодавства, беручи до уваги, що проєкти більшого розміру, більшої технічної складності або з більшим ризиком потребуватимуть більше часу на підготовку для органу закупівлі, а учасникам конкурсу потрібно буде більше часу для того, щоб підготувати конкурсні пропозиції. Якщо визначено за доцільне застосування процедури конкурентного діалогу, деякі проєкти можуть потребувати глибокої і добре організованої взаємодії з потенційними учасниками конкурсу, яка є можливою лише в межах здійснення конкурентного діалогу. Це, в свою чергу, вимагає організації процесу складання короткого списку таким чином, щоб діалог міг бути проведений з невеликою кількістю учасників конкурсу, і процес остаточного доопрацювання рішення щодо договору після завершення діалогу був завершеним.

Орган закупівлі повинен переглянути і актуалізувати план проєкту, який має охоплювати наступне:

- графік реалізації проєкту, який потрібно перевірити ще раз на предмет протиріч з боку органу закупівлі. З метою розробки більш точного і реалістичного графіка, потрібно використовувати інформацію, отриману під час підготовчого процесу. Наприклад, графік повинен бути актуалізований з урахуванням поточних оцінок часових рамок отримання природоохоронних дозволів та проходження комплексної перевірки. Графік також повинен включати всі передбачувані етапи процесу закупівель. Орган закупівлі повинен дотримуватися реалістичного підходу і уникати упередженого оптимізму в своєму ставленні до строків реалізації проєкту. Орган закупівлі повинен використовувати попередній графік, визначений на цьому етапі, для цілей внутрішнього управління і регулювання діяльності, а також ознайомити з цим графіком учасників ринку в ході проведення тестування ринку на наступному етапі;
- оновлену стратегію взаємодії із зацікавленими сторонами і план комунікацій, а також
- детальну інформацію про спроможності і ресурси, доступні та необхідні для наступних етапів проєкту.

Залежно від обраної конкурсної процедури - двоетапний відкритий конкурс (коли конкурс пропозицій відбувається після завершення попереднього кваліфікаційного відбору), прямі

переговори або конкурентний діалог, може виникнути необхідність в розробці різних комплектів документів до оголошення конкурсу і подачі запиту про надання конкурсних пропозицій (RFP).

Проєкт договору ДПП /концесійного договору повинен бути остаточно визначений до публікації оголошення про конкурс, оскільки він є частиною конкурсної документації.

Ключ до запобігання високих затрат, пов'язаних з розірванням договорів ДПП/концесійних договорів, зазвичай, полягає в ретельності і прозорості багатомісячної (або багаторічної) роботи і часу, витрачених урядами та приватними учасниками конкурсу на проведення докладного аналізу проєктів і здійснення комплексних перевірок. Статистичні огляди договорів ДПП у форматі BOT (будівництво - експлуатація - передача) і договорів концесійного типу показали, що ті договори, які укладалися не на конкурсних умовах і за якими не був завершений детальний процес комплексної перевірки, мають більш високу ймовірність перегляду або анулювання в порівнянні з договорами ДПП/концесійними договорами, які укладалися за результатами відкритих конкурсних торгів. Це пов'язано з тим, що відкриті конкурси вимагають, щоб і уряд, і приватні учасники проводили більш детальний і ретельний аналіз доцільності проєкту ДПП/концесії, прийнятності структури розподілу ризиків і здатності відповідного договору забезпечувати врегулювання розумних спорів. Хоча ці процедури комплексної перевірки і проведення конкурсів можуть збільшувати загальний термін реалізації проєкту на рік, вони забезпечують дуже важливі довгострокові вигоди при реалізації проєктів ДПП, у тому числі на умовах концесії, та саме це гарантуватиме, що всі можливі матеріальні ризики будуть ідентифіковані, проаналізовані і належним чином розподілені між партнерами з метою уникнення розірвання договору ДПП/концесійного договору.

3. Розробка плану комунікації

Ґрунтуючись на передовій міжнародній практиці, орган закупівлі (за підтримки свого радника) повинен розробити план комунікації для зацікавлених сторін, визначених у рамках Етапу 2, та почати їх інформувати про цілі проєкту і збирати відгуки від відповідних зацікавлених сторін, включаючи населення, що зазнає впливу від реалізації проєкту, та інших зацікавлених сторін у громаді (у відповідності до маркетингових напрацювань проєкту. Для отримання додаткової інформації про маркетингові дослідження див. Посібник з питань ДПП, Етап 2 щодо тестування ринку і Посібник з питань ДПП, Етап 3 щодо оголошення конкурсу). Розробку комунікаційного плану рекомендується починати на етапі оцінки (Етап 2).

Не слід недооцінювати важливість комунікації. Багато проєктів не дійшли до конкурсу або були скасовані через громадський спротив або протидію. Це включає і політичну протидію з боку інших політичних партій, або інших рівнів влади (наприклад, міської влади, якщо національний уряд планує реалізовувати будівельний проєкт на її території). Приклади громадської і політичної протидії можуть спостерігатися у проєктах в дорожній сфері, які передбачають справляння плати за проїзд в районах, де користувачі не звикли платити за проїзд; проєкти управління процесом переробки відходів в енергію можуть наштовхнутись на протидію екологічних активістів, а проєкти концесій в сфері водопостачання можуть викликати побоювання з приводу потенційного

збільшення тарифів на воду. Якщо підвищення тарифів необхідно для забезпечення фіскальної стійкості, орган публічної влади повинен ретельно і ініціативно повідомляти населення про вигоди, які може принести проєкт, як наприклад, поліпшення якості та масштабу охоплення послугами.

Можна розглянути такі підходи, як створення громадської консультативної групи для координації внеску громади в процес планування проєкту. Наприклад, в проєкті створення соціальної інфраструктури в такі групи зазвичай входять члени місцевої громади, представники органу місцевого самоврядування та відповідної державної служби (наприклад, поліція - у випадку тюрми, медичний персонал - у випадку лікарень, або вчителя - у випадку школи) і орган закупівлі. Орган закупівлі також повинен розглянути можливість підготовки інформаційних бюлетенів та брошур, які можуть бути доступні для громадськості, та проведення інформаційних засідань для громади, щоб надати пояснення щодо проєкту зацікавленим або занепокоєним членам спільноти.

Комунікація за проєктом (а також тестування ринку, що проводиться в рамках Етапу 2 і маркетинг проєкту перед початком конкурсу на Етапі 3) допоможе підвищити рівень обізнаності про проєкт серед потенційних учасників конкурсу і надасть відповідним органам підтвердження того, що їх конкурсна стратегія не представляє серйозних перешкод для потенційних учасників конкурсу. Крім того, це дозволить отримувати зворотний зв'язок від ринку щодо будь-яких незвичайних особливостей проєкту. Владі слід враховувати цей зворотний зв'язок при розробці конкурсної документації та проєкту договору. Нарешті, це допоможе владі пом'якшити потенційний політичний або громадський спротив і заручитися підтримкою суспільства у реалізації проєкту.

4. Залучення радників для підготовки і проведення конкурсу

Якщо радники органу закупівлі були залучені на умовах, що вони будуть працювати над проєктом лише на Етапі 2 (розробка пропозиції про здійснення ДПП, що складається з техніко-економічного обґрунтування, включаючи розробку комунікаційної стратегії), орган закупівлі повинен розробити окреме технічне завдання для залучення нових радників / незалежних експертів на Етапі 3 для того, щоб можна було оперативно залучити їх до роботи після отримання схвалення переходу до Етапу 3. Якщо радники органу закупівлі були залучені на умовах, що вони будуть продовжувати працювати над проєктом протягом Етапу 3, орган закупівлі повинен уточнити обсяг роботи для радників і відобразити, таким чином, оновлений план проєкту та будь-які інші потреби щодо нього.

В Україні залучення радника є обов’язковим, якщо вартість майна, що є об’єктом ДПП, або концесії, перевищує 250 мільйонів гривень. Для проєктів, у яких вартість відповідного майна менше 250 мільйонів гривень, звернення до радників за допомогою для підготовки конкурсної документації та подальшої оцінки пропозицій не є обов'язковим, замість цього, Конкурсна комісія може залучити незалежного експерта для допомоги з конкретними питаннями / експертизою. Незалежний експерт - це предметний експерт і професіонал, «особа, яка відповідає встановленим Законом вимогам, володіє спеціальними знаннями у певній галузі та може надати роз’яснення, рекомендації, консультації, висновки з питань, що потребують таких спеціальних знань, під час

проведення концесійного конкурсу і за договором з концесієдавцем залучається до роботи конкурсної комісії з правом дорадчого голосу». Подібне визначення міститься і для неконцесійних ДПП.[11]

Попередній обсяг роботи радників на Етапі 3 повинен охоплювати наступні ключові категорії:

1. Перегляд всіх оцінок техніко-економічного обґрунтування проєкту ДПП і рекомендованого варіанту структурування ризиків за проєктом та врахування коментарів і рекомендацій, отриманих від відповідних органів під час процесу аналізу ефективності на Етапі 2, в процесі перегляду ТЕО за проєктом ДПП (у разі потреби), в конкурсній документації і проєкті договору ДПП/концесійного договору.
2. Підтримка роботи конкурсної комісії з тим, щоб забезпечити виконання необхідних попередніх умов для проведення конкурсу (тобто підтвердження надання державної підтримки, підтвердження того, що допоміжні послуги та інфраструктура будуть готові для реалізації проєкту, розробка комунікаційної стратегії і т. д.).
3. Формулювання і підготовка будь-яких інформаційних оголошень для Офіційного бюлетеня (якщо є), відкоригованих документів запиту про кваліфікацію (RFQ) і критеріїв оцінки, запитів конкурсних пропозицій (RFP) і критеріїв оцінки, а також остаточного проєкту договору ДПП/концесійного договору.
4. Координація і управління конкурсними заходами, такими як інвестиційні роуд-шоу, перед-конкурсні конференції, перевірки і огляди, а також створення і управління фізичними та / або віртуальними кімнатами даних проєкту, в міру необхідності.
5. Сприяння конкурсній комісії у виявленні зацікавлених потенційних компаній приватного сектора для аналогічних проєктів (масштаб, місце розташування і т. д.).
6. Формулювання відповідей на всі питання, подані зацікавленими компаніями, включеними в короткий список, включаючи внесення необхідних правок та / або змін до конкурсної документації.
7. Сприяння забезпеченню дотримання конкурсною комісією всіх відповідних юридичних вимог і регулювання у сфері ДПП.
8. Готовність підтримати оцінювання представлених кваліфікаційних заявок і остаточних конкурсних пропозицій від приватних учасників конкурсу.
9. Готовність надати допомогу державному партнеру/концесієдавцю в ході моніторингу виконання робіт приватним партнером/концесіонером за договором ДПП/концесійним договором на черговому етапі управління відповідним договором про ДПП і моніторингу ефективності (Етап 4), включаючи досягнення фінансового закриття, побудови і введення в експлуатацію проєкту, а також під час початку експлуатації / початку надання послуг.

[11] П.15 статті 1 Закону України «Про концесію» та п. 11 Порядку 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 (Постанова КМУ від 11.04.2011 № 384).

5. Включення інструкцій і рекомендацій відповідних органів щодо техніко-економічного обґрунтування проєкту ДПП і завершення необхідної до конкурсної підготовки

Мета цього завдання - переконатися, що проєкт, нарешті, офіційно «готовий» стати предметом конкурсу за участі приватних учасників. Без цього завдання проєкти ДПП можуть бути виставлені на конкурс передчасно, що зразу призведе до їх відкладення або навіть скасування, коли виявиться, що певні важливі попередні умови не були виконані.

Це процес завершення основних підготовчих заходів, які необхідні перед тим, як проєкт може бути виставлений на конкурс в якості життєздатного проєкту ДПП. Часто у висновку за результатами аналізу ефективності здійснення ДПП зазначається про те, що проєкт може бути реалізованим тільки після виконання певних умов, таких як придбання земельної ділянки, отримання ліцензій та дозволів, коригування тарифів для кінцевих користувачів, уточнення прав власності на існуючі активи, визначення того, що слід робити з існуючими працівниками державного/комунального підприємства, створення нового державного органу закупівлі та ін. Оскільки такі необхідні підготовчі заходи можуть бути досить складними і вимагати багато часу, їх слід починати задовго до початку конкурсу.

Для завершення кожного з цих підготовчих заходів конкурсною комісією та її радниками з питань ДПП повинен бути розроблений, складений і затверджений окремий план дій. Він повинен включати докладний опис всіх необхідних кроків, перелік і повідомлення про організації, чиї схвалення та / або рішення будуть потрібні, а також запропонований графік виконання кожного завдання. Цей план дій повинен також визначати будь-які нові людські і фінансові ресурси, необхідні для завершення цих приготувань.

Конкурсна комісія повинна розглянути техніко-економічне обґрунтування разом з результатами аналізу ефективності здійснення ДПП з відповідними рекомендаціями для визначення об'єму всієї підготовчої роботи, яка повинна бути завершена перед початком конкурсу. Типові приклади цих необхідних попередніх дій можуть включати такі:

1. Роздрібні тарифи або збори за певні суспільно значущі послуги, можливо, буде потрібно підняти з попередніх рівнів до нового базового рівня, який відповідає або є близьким до рентабельного, перш ніж проєкт ДПП/концесії у цьому секторі стане комерційно життєздатним і фінансово стійким.
2. Земельні ділянки, будівлі, офісні приміщення або інші існуючі активи, необхідні для будівництва в рамках нового проєкту, можуть потребувати визначення і складання плану закупівель державним органом закупівель до проведення конкурсу за проєктом ДПП/концесії.
3. Підтвердження того, що інституційна домовленість між двома або більше органами публічної влади (наприклад, органами місцевого самоврядування, державними

підприємствами, міністерствами і т. д.), які є сторонами договору ДПП / концесійного договору, була досягнута з тим, щоб створити нову єдину публічну установу або визначити інший механізм, що дозволить забезпечити присудження та підписання договору ДПП/концесійного договору в рамках оцінки проєкту на Етапі 2, яка відображена у висновку за результатами аналізу ефективності здійснення ДПП.

4. Борги балансоутримувача (державного/комунального підприємства) перед кредиторами або іншими органами публічної влади можуть потребувати повного погашення з боку уряду, наприклад, довгострокова дебіторська заборгованість інших клієнтів балансоутримувача[12].
5. Уточнення офіційного статусу нинішніх працівників балансоутримувача, включаючи підтвердження надання вихідної допомоги, здійснення кількісної оцінки пенсійних зобов'язань і завершення будь-яких змін в штатному розкладі, або у перерозподілі персоналу і т.д..
6. Вирішення питань щодо права власності на окремі активи і обладнання, пов'язані з новим проєктом ДПП/концесії. У деяких випадках існуючі активи, обладнання та державні об'єкти, які будуть передані в експлуатацію приватному бізнесу відповідно до договору ДПП/концесійного договору, можуть перебувати у спільному управлінні різних органів публічної влади, міністерств або інших структур.
7. Можуть знадобитися зміни в законодавстві, постановах уряду або наказах з тим, щоб структура даного проєкту ДПП/концесії відповідала закону, і
8. Будь-які інші зміни, що стосуються проєкту, необхідні для проведення конкурсу, присудження та підписання договору ДПП/концесійного договору.

У випадку проєктів ДПП/концесії, які відносяться до категорії «Greenfield», для будівництва нових об'єктів на порожніх майданчиках зазвичай потрібно проводити набагато менше підготовчих заходів перед конкурсом, ніж для проєктів ДПП, які відносяться до категорії «Brownfield», та які вимагають, щоб приватний партнер взяв на себе управління існуючими активами публічного сектора, їх експлуатацією і робочою силою. Саме з цієї причини проєкти ДПП, які відносяться до категорії «Greenfield», часто набагато легше реалізувати.

[12] Відповідно до Закону України «Про концесію» (ч. 3 статті 33), у виняткових випадках, за рішенням концесієдавця, умовами концесійного конкурсу може передбачатися повне або часткове правонаступництво концесіонера за правами та обов'язками балансоутримувача. Обсяг правонаступництва, а також умови і порядок передачі концесіонеру прав та обов'язків балансоутримувача визначаються умовами концесійного конкурсу та концесійного договору.

6. Підготовка конкурсної документації

Пакет конкурсної документації включає:

1. Інструкцію для претендентів (Запит про кваліфікацію (RFQ)) (в рамках двоетапного конкурсу).
2. Інструкцію для учасників (Запит про надання конкурсних пропозицій (RFP)) (публікується після завершення RFQ в рамках двоетапного конкурсу).
3. Висновок за результатами аналізу ефективності проєкту ДПП, і
4. Проєкт договору ДПП/концесійного договору.

Поспішність при присудженні проєктів ДПП/концесії (аргументуючи це тим, що чим раніше будуть опубліковані конкурсні документи, тим швидше буде укладено договір і приватний партнер зможе почати надання необхідних суспільно значущих послуг) може призвести до того, що органи публічної влади опублікують нечіткі та / або неповні конкурсні документи за проєктом ДПП/концесії (особливо щодо того, як будуть розподілятися ризики, які будуть встановлені стандарти результатів, або як будуть оцінюватися заявки). Очікування того, що ці проблеми можуть бути розв'язані пізніше під час або після конкурсного процесу, може створити більше затримок і проблем при проведенні конкурсу в порівнянні з тим, якби на їх вирішення було витрачено додатковий час до публікації конкурсної документації. Органам публічної влади слід очікувати, що приватні учасники конкурсу детально розглянуть конкурсну документацію за проєктом ДПП/концесії і проєкти відповідних договорів та у них виникнуть питання, які буде необхідно вирішити.

6.1. Остаточне визначення комерційних умов і підготовка проєкту договору ДПП

Договір ДПП/концесійний договір - це юридично зобов'язуючий документ, який укладається між державним партнером/концесієдавцем і приватним партнером/концесіонером та має забезпечувати чітке та юридично забезпечене розуміння ризиків та обов'язків, що виникають за проєктом, для всіх сторін партнерства, включаючи державного партнера/концесієдавця, приватного партнера/концесіонера та їх кредиторів, а також кінцевих користувачів і інших зацікавлених сторін.

Орган закупівлі повинен мати добре підготовлений проєкт договору, який є чітким, всеосяжним і створює визначеність для договірних сторін, але при цьому забезпечує деяку гнучкість, що дозволяє його механізмам реагувати на зміни. Проєкти ДПП - це довгострокові, ризиковані і складні проєкти. Таким чином, договори ДПП/концесійні договори не можуть повністю визначати все, що сторони повинні робити у всіх можливих майбутніх обставинах. Орган закупівлі повинен допускати деяку гнучкість в договорі, щоб мати можливість врахувати мінливі обставини в рамках договору наскільки це можливо, за допомогою чітких механізмів розв'язання проблем, замість того, щоб вдаватися до повторних переговорів, або розірвання договору.

Проєкт договору ДПП/концесійного договору складається на основі техніко-економічного обґрунтування, в якому повинні бути визначені ключові комерційні параметри договору і фінансові характеристики проєкту, включаючи структуру зобов'язань і технічних вимог, розподіл ризиків, механізм оплати або право приватної сторони на отримання зборів від користувачів і технічний аналіз (що охоплює кінцеві рівні надання послуги і вимоги до будівництва та обслуговування). Перед складанням проєкту договору ДПП/концесійного договору важливо переконатися, що матриця ідентифікації та розподілу ризиків є повною та актуальною. У проєкті договору ДПП/концесійного договору повинні бути чітко визначені всі суттєві ризики і передбачені чіткі юридично забезпечені вимоги щодо того, як вони будуть розподілятися між сторонами і пом’якшуватися.

Належна практика полягає в тому, що орган закупівлі вимагає від юридичних радників розробити проєкт договору за формою, яка б відповідала міжнародним стандартам і договорам, що використовувалися органом закупівлі в попередніх проєктах та в проєктах ДПП, запропонованих на конкурс іншими органами закупівлі, за винятком випадків, коли потреби окремого проєкту вимагають іншого підходу.

В текстових вставках нижче представлено мінімальний зміст договору ДПП/концесійного договору. У текстовій вставці 2 вказані конкретні деталі, які повинен містити договір на основі передової міжнародної практики, а у вставці 3 представлена інформація, що є необхідною згідно з відповідним законодавством України.

Текстова вставка 2. Мінімальний зміст договору ДПП на основі передової міжнародної практики

У міжнародній практиці договір ДПП/концесійний договір повинен містити як мінімум наступну інформацію:

1. Список термінів: визначення термінів, які використовуються в договорі.
2. Обсяг діяльності і стандарт надання послуг (часто докладно описуються в Додатку або в Графіку, що додається до договору):
    i. У договорах, заснованих на результатах, формулювання вимог до будівництва і обслуговування повинні бути орієнтовані на результати. Наприклад, якщо в проєкті дорожнього будівництва технічні радники / консультанти вказали вихідні результати у вигляді типу і товщини асфальту, який повинен використовуватися для покриття дороги, в специфікацію слід внести поправки, щоб вказати результат з точки зору необхідної міцності і довговічності покриття.
3. Права і обов'язки кожної сторони, включаючи розподіл ризиків:
    i. Положення, що стосуються зобов'язань в частині звітності, та положення з моніторингу, що дозволяють державному партнеру здійснювати нагляд і моніторинг проєкту.
    ii. Винятки в частині передачі ризику, тобто події, які дадуть право приватній стороні отримати компенсацію, або звільнення від виконання зобов'язань (наприклад, зміна закону, урядові зміни і форс-мажорні обставини), а також дії, які повинна виконати кожна сторона в таких обставинах.
4. Строк дії договору.
5. Гарантія виконання зобов'язань.
6. Платежі: тариф і механізм коригування:

i. Права приватної сторони на отримання платежів, дія платіжного механізму або право стягувати плату з користувачів, а також розмір цієї плати з плином часу.

7. Платежі за доступність (експлуатаційну готовність) або інші платежі приватному партнеру, якщо такі є.
8. Положення, що стосуються порушень договору, системи (систем) штрафів та випадків невиконання зобов'язань:
   i. Штрафи або санкції за невиконання договірних умов.
   ii. Штраф для приватного партнера в разі порушення ним своїх зобов'язань (в тому числі мінімальний розмір якого не може бути менше 2,5 відсотків від кошторисної вартості проєкту[13]). Також в договорі ДПП повинен бути вказаний разовий або багаторазовий штраф, який накладається за порушення тих зобов'язань, які не пов'язані з затримкою виконання зобов'язань.
   iii. Для неконцесійних проєктів ДПП режим штрафів і, можливо, премій повинен бути прив'язаний до цільових показників виконання, таким чином, щоб генерувати значну різницю в доходах в залежності від якості та / або обсягу виконання.
9. Механізм контролю за діяльністю суб'єкта господарювання в договорі, щорічний аудит фінансової звітності суб'єкта господарювання незалежним аудитором.
10. Інші фінансові положення, що регулюють фінансову структуру (вимога щодо мінімального рівня власного капіталу), зміни у фінансуванні (рефінансуванні) і власності, вимоги до страхування, гарантії виконання і права кредиторів.
11. Розірвання або закриття договору, включаючи варіанти продовження або поновлення.
12. Офіційне право, тобто право, що застосовується до договору.
13. Інтелектуальна власність та конфіденційність.
14. Зміни в обсязі або вимогах.
15. Механізми вирішення спорів (наприклад, консультації, медіація і арбітраж, судовий розгляд і т. д.).
16. Форс-мажорні обставини - договір про ДПП повинен включати режим, відповідно до якого сторона звільняється від виконання зобов’язань за договором і зі спливом часу може розірвати договір ДПП, якщо непередбачена подія, що не залежить від сторони, робить виконання договірних зобов'язань для сторони неможливим або надмірно важким чи обтяжливим.
17. Дострокове розірвання: компенсація при розірванні договору, або одноразовий чи багаторазовий штраф, який підлягає виплаті приватному партнеру чи кредиторам за кожен окремий випадок дострокового розірвання в межах загальної максимальної суми, яка встановлюється в договорі безпосередньо або розраховується за формулою, зазначеною в договорі.
18. Відповідальність за підготовку: міжмережеві з'єднання, відведення земельної ділянки та допоміжні послуги.
19. Право власності на активи в період дії договору.
20. Положення про повернення.

[13] В законодавстві Україні такого ліміту не передбачено.

Текстова вставка 3. Мінімальні вимоги до змісту договору ДПП (концесії) в Україні

Істотними умовами договору ДПП (концесії) є:

- сторони договору ДПП (концесії);
- об'єкт ДПП/концесії (склад майна та/або технічні і фінансові умови створення, будівництва об'єкта ДПП/концесії та період його експлуатації);
- порядок та умови набрання чинності договором ДПП/концесійним договором чи окремими його положеннями;
- предмет договору ДПП/концесійного договору, включаючи вид, обсяг та опис робіт та/або суспільно значущих послуг, які здійснюються/надаються відповідно до такого договору;
- права та обов'язки сторін, що визначаються, зокрема, з урахуванням розподілу ризиків між сторонами;
- порядок забезпечення земельними ділянками, необхідними для реалізації проєктів, що здійснюються на умовах ДПП/концесії і перелік земельних ділянок, необхідних для реалізації проєктів, що здійснюються на умовах ДПП/концесії (із зазначенням площі та кадастрового номера (за наявності);
- строк договору ДПП/концесійного договору;
- порядок зміни та припинення договору ДПП/концесійного договору;
- порядок повернення об'єкта ДПП/концесії;
- умови встановлення і зміни цін (тарифів) на товари (роботи, послуги), що створюються (виконуються, надаються) концесіонером (у випадках концесій на ринках, що перебувають у стані природної монополії);
- умови надання державної підтримки (у разі її надання);
- порядок списання майна;
- порядок, розмір і умови внесення концесійних платежів сторонами договору;
- підстави, процедури і наслідки розірвання договору ДПП/концесійного договору, включаючи платежі, пов'язані з достроковим розірванням ;
- відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання зобов'язань, що випливають із договору ДПП/концесійного договору;
- порядок здійснення контролю державним партнером/концесієдавцем за виконанням договору;
- вимоги щодо відшкодування обґрунтованих, справедливих і належним чином задокументованих витрат, що виникли внаслідок підготовки пропозиції про здійснення ДПП, але не більш як 2,5 відсотка вартості проєкту, що реалізується на умовах ДПП, а також відшкодування витрат на залучення радників для підготовки конкурсної документації та витрат на розроблення (виготовлення) землевпорядної документації і проведення її експертизи відповідно до підтвердних документів (для неконцесійних проєктів ДПП);
- порядок вирішення спорів між сторонами.

Договір ДПП/концесійний договір може включати інші умови, погоджені сторонами, зокрема:

- умови заміни приватного партнера/концесіонера;
- порядок і умови розподілу між сторонами договору доходів та / або продукції, якщо такий розподіл передбачено умовами договору - для неконцесійних проєктів ДПП
- надання пільг для користувачів (споживачів);
- умови використання вітчизняних матеріалів;
- умови найму та працевлаштування громадян України;

- залучення інновацій та енергозберігаючих технологій в ході реалізації договору (для неконцесійних проєктів ДПП);
- умови використання прав інтелектуальної власності;
- умови здійснення фінансування концесіонером будівництва (нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, технічного переоснащення) об'єктів суміжної інфраструктури (залізничних, автомобільних шляхів, ліній зв'язку, засобів тепло-, газо-, водо- та електропостачання, інженерних комунікацій тощо), які не є об'єктами концесії, але необхідні для реалізації проєкту, що здійснюється на умовах концесії, та умови повернення інвестицій, внесених в об'єкти суміжної інфраструктури;
- умови страхування об'єкта ДПП (для неконцесійних проєктів ДПП);
- умови забезпечення здійснення концесіонером оцінки впливу на довкілля у випадках та порядку, визначених Законом України «Про оцінку впливу на довкілля» (для неконцесійних ДПП).

(стаття 26 Закону «Про концесію», пункт 20 Постанови КМУ № 384)

Основні рекомендації і докладний опис положень відповідних договорів наведені в Рекомендаціях Світового банку стосовно договірних положень проєктів ДПП[14]. Однак, проєкт договору ДПП/концесійного договору рекомендується адаптувати до специфіки проєкту.

Договір ДПП/концесійний договір і технічні графіки

Для багатьох проєктів ДПП/концесій зміст договорів може бути відносно коротким і зосереджуватися в першу чергу на юридичних положеннях, що стосуються прав і обов'язків сторін і розподілу ризиків. Договір ДПП/концесійний договір не повинен змінюватися протягом терміну його дії. Важливі технічні деталі такого договору, такі як формулювання, що визначають важливі результативні показники послуг, рівня оплати, зазвичай входять до складу документів Технічного графіку і додаються до договору. Тому положення договору, а особливо Графіку, які повинні містити ключові вхідні дані, такі як вартість плати за доступність (експлуатаційну готовність), що пропонуються учасником конкурсу, крайній термін настання дат початку робіт за проєктом і т. д., слід залишити порожніми. Конкретні дані і вхідні дані в Технічних графіках можуть зазнати деяких коригувань протягом терміну дії договору (наприклад, інфляція, зростання населення, зростання ВВП, світові ціни на енергоносії, обмінний курс, які будуть коливатися протягом строку дії договору ДПП/концесійного договору).

Затребувана зміна показників, включених в Технічний графік, зазвичай являє собою коригування витрат і цін, що не є рідкістю протягом дії довгострокових договорів ДПП/концесійних договорів, і для цього в договорі повинні бути встановлені чіткі формули і процедури реагування на ці події. Однак, вимога змінити формулювання в тексті договору ДПП/концесійного договору, передбачає більш серйозний перегляд умов договору – і зазвичай є ознакою того, що загальна стійкість проєкту знаходиться під загрозою, і необхідна важлива реструктуризація і перевизначення базового розподілу ризиків.

[14] https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/guidance-ppp-contractual-provisions-2019

Договір ДПП/концесійний договір і «пакет безпеки»

Масштабні проєкти ДПП можуть складатися з низки пов'язаних договорів між багатьма різними сторонами, які називаються «пакетом безпеки». Слід наголосити на істотній різниці між договорами за участі уряду і приватного постачальника послуг (приватного партнера/концесіонера) та іншими необхідними договорами, де уряд не є стороною, наприклад, між приватним партнером за проєктом ДПП і їх власними комерційними організаціями-кредиторами або постачальниками і т. д. Хоча очевидно, що в обов'язки державного партнера/концесієдавця не входить складання або узгодження цих договорів, рекомендується, щоб він знав про необхідність їх укладання, їх загальний зміст і про свою роль в забезпеченні того, щоб загальний «пакет безпеки» сприяв тому, що проєкт ДПП/концесії буде здатний залучити фінансування і буде стійким. Такі інші договори можуть включати:

- Установчі договори, що укладаються між приватними акціонерами / учасниками нового підприємства в рамках проєкту ДПП/концесії.

- Договори про позику між приватним партнером/концесіонером і комерційними організаціями-кредиторами, включаючи угоди «Stand-by», за якими власники приватного партнера/концесіонера зобов'язуються перед кредиторами внести в проєкт додатковий, обмежений капітал, якщо це буде необхідно.

- Договори кредитування, що укладаються між різними комерційними кредиторами, про надання позик на загальних умовах.

- Договори на проєктування і будівництво, що укладаються між приватним партнером/концесіонером та інженерно-будівельною фірмою.

- Договори на поставку обладнання, що укладаються між приватним партнером/концесіонером і постачальником довгострокового активу у вигляді обладнання.

- Договори експлуатації, що укладаються між приватним партнером/концесіонером і сервісним центром на експлуатаційне та технічне обслуговування об'єкта.

- Договори страхування та інші спеціальні договори, що укладаються між приватним партнером/концесіонером і його постачальниками послуг, а також

- Прямі договори.

При складанні проєкту договору ДПП/концесійного договору важливо переконатися, що технічні вимоги та комерційні умови забезпечують цілісну правову основу для проєкту. Оскільки технічні вимоги та комерційні умови зазвичай, в певній мірі, розробляються незалежно одні від одних різними фахівцями в команді проєкту, має бути запроваджено процес, який гарантуватиме, що різні складові договору будуть взаємодіяти разом бездоганно. Наприклад, може виникнути потреба в зміні термінології, яка використовується в одній частині документа з тим, щоб привести її у

відповідність з термінологією, яка використовується в інших частинах договору, і додати перехресні посилання, або пояснити відносини між різними частинами. Цю роботу повинна здійснювати конкурсна комісія або юридичний радник державного партнера шляхом консультацій з конкурсною комісією та іншими радниками.

Конкурсна комісія і кожен з радників повинні розглянути весь проєкт договору, щоб переконатися, що він належним чином відображає затверджені вимоги до проєкту, а також розподіл ризиків і структуру. Для конкурсної комісії і її радників рекомендується обговорювати будь-які виявлені проблеми на семінарах, під час яких всі вони можуть узгодити остаточну позицію.

Інші країни, які розробляли довгострокові програми ДПП, включаючи Сполучене Королівство, Південну Африку та Індію, вкладали зусилля в реалізацію важливого і детального завдання щодо складання, розгляду, затвердження і розповсюдження типових (примірних) договорів ДПП/концесійних договорів. Деякі країни навіть розробили моделі договорів для кожної галузі, включаючи будівництво шкіл, лікарень і житлове будівництво (Сполучене Королівство), для проєктів ДПП, пов'язаних з туризмом (Південна Африка), а також для проєктів будівництва доріг, портів і залізниць (Індія). Незважаючи на те, що на планування, детальний аналіз, узгодження та залучення юристів, які спеціалізуються на проєктах ДПП пішло кілька місяців, такі типові (примірні) договори ДПП/концесійні договори значно полегшили і спростили процеси підготовки, присудження та підписання відповідних договорів для галузевих міністерств. У кожній з цих країн міністерства фінансів, які повинні розглядати і затверджувати всі основні довгострокові договори ДПП/концесійні договори до проведення конкурсів і до їх остаточного підписання, можуть набагато легше завершити ці важливі процедури перегляду і затвердження, якщо договори засновані на чітких моделях, де можна чітко визначити будь-які відхилення від зразка. І навпаки, розгляд та оцінка договорів ДПП/концесійних договорів, кожен з яких був розроблений і складений відповідно до окремого плану для конкретного проєкту, може зайняти набагато більше часу.

На практиці, оскільки багато досвідчених корпоративних юристів та юридичних фірм часто обходяться відносно дорого в порівнянні з іншими аналітиками, органи публічної влади, які готують договори ДПП/концесійні договори, часто прагнуть мінімізувати їх участь, щоб заощадити на витратах. Це може означати, що на відносно пізніх етапах процесу, після того, як значний аналіз і структурні рішення вже були прийняті на попередніх етапах (1 і 2), юриста або юридичну фірму, які мало або зовсім не знайомі з метою проєкту, ризиками або вимогами, проситимуть швидко скласти договір ДПП/концесійний договір відповідно до потреб проєкту. В результаті проєкти договорів, як правило, носять дуже загальний характер і не дуже чітко визначають розподіл ризиків (в значній мірі через те, що у юристів немає технічної, інженерної або фінансової підготовки для адекватного розуміння цих ризиків). Ось чому рекомендується переконатися, що в команду радників з питань договірної роботи за проєктом ДПП/концесії, залучених для проєкту, входять досвідчені юристи з питань ДПП, а радники несуть відповідальність за забезпечення того, щоб розробники договору і графіків володіли необхідними навичками і розуміли потреби проєкту.

6.2. Підготовка та публікація запиту про кваліфікацію

Визначення

Якщо орган закупівлі прагне отримати і оцінити докладні пропозиції щодо певного проєкту ДПП / концесії від кваліфікованих і досвідчених приватних учасників конкурсу, йому спочатку необхідно буде ініціювати процес визначення кваліфікації шляхом підготовки і публікації запиту про кваліфікацію (RFQ) і критеріїв для оцінки поданих кваліфікаційних даних перед публікацією запиту про надання пропозицій (RFP). Цей процес гарантує те, що будуть оцінюватися тільки пропозиції від кваліфікованих сторін, що мають здібності, спроможності і інші кваліфікації, необхідні для реалізації проєкту. Оприлюднення цього документа[15] вважається офіційним початком конкурсного процесу.

Завдання

Цілі кваліфікаційного процесу:

1. Встановлення мінімального граничного рівня щодо спроможностей компанії - претендента або групи компаній (консорціуму) - претендента, що укладатимуть договір ДПП/концесійний договір.
2. Вибір обмеженого числа технічно і фінансово кваліфікованих компаній/консорціумів - претендентів, які демонструють достатній досвід, спроможності та зобов'язання щодо підготовки конкурсних пропозицій і ефективного виконання проєкту.
3. Встановлення чітких правил участі в закупівельному процесі.
4. Поширення інформації про проєкт і
5. Збір достовірної інформації про учасників, які подали пропозиції.

Обґрунтування для використання RFQ (двоетапний процес)

Двоетапний відкритий конкурс є обов'язковим в Україні щодо концесійних і неконцесійних проєктів ДПП[16]. Процес запиту про кваліфікацію пропонує ряд переваг для органу закупівлі як, наприклад, економія часу за рахунок необхідності переглядати і оцінювати тільки обмежену кількість (3-5) повних і докладних конкурсних пропозицій на черговому етапі конкурсу. Більш того, якість цих пропозицій буде вище, оскільки недосвідчені або несерйозно налаштовані приватні учасники конкурсу (чиї пропозицій часто бувають більш агресивними, нереалістичними, ризикованими і, отже, вимагають більше часу для оцінки), не будуть запрошені до участі в конкурсі.

Це дає більше впевненості серйозним і досвідченим приватним учасникам конкурсу за проєктом ДПП/концесії вкладати більше ресурсів в підготовку своїх остаточних конкурсних пропозицій. Якщо вони знають, що є одними серед усього 3-5 учасників конкурсу, яким пропонується подати повну конкурсну пропозицію, вони витратять більше часу і ресурсів на підготовку більш новаторської і

[15] Інструкції для претендентів

[16] Крім концесійних конкурсів, що проводяться в ЕТС.

конкурентоспроможної остаточної конкурсної пропозиції в порівнянні з ситуацією, коли вони можуть бути тільки одним з 20 + учасників конкурсу.

Якщо у серйозних і досвідчених учасників конкурсу ДПП/концесійного конкурсу виникають проблеми з затвердженням структури розподілу ризиків запропонованого проєкту або його правової, інституційної та нормативної бази, вони часто дають знати про це державному партнеру/концесієдавцю на ранньому етапі, або шляхом відмови представити свої кваліфікації, або шляхом направлення питань і коментарів щодо запропонованої структури договору, включених в їхнє кваліфікаційне подання. Таким чином, попередній кваліфікаційний відбір надає конкурсній комісії хорошу можливість виправити ці проблемні питання, перш ніж переходити до остаточного конкурсу.

Формат

Формат RFQ - це використання критеріїв «допущено/ не допущено» (для визначення кандидатів, які володіють мінімальними спроможностями, необхідними для реалізації проєкту і надання послуг за договором ДПП/концесійним договором) у відповідності до законодавства України. Належна практика для конкурсної комісії полягає у розробці запиту про кваліфікацію за формою, яка б відповідала тій, що була використана в попередніх проєктах і в проєктах ДПП/концесії, запропонованих на конкурс іншими органами закупівлі, за винятком випадків, коли потреби окремого проєкту вимагають іншого підходу.

Зразок змістовної частини

Хоча RFQ не повинен містити всі докладні специфікації для остаточного проєкту ДПП/концесії, він повинен містити достатньо інформації про проєкт з тим, щоб потенційні претенденти на участь в конкурсі могли зробити судження про відповідність їх досвіду і кваліфікації необхідним стандартам у відношенні до результатів проєкту і ризиків. Як правило, інформація, запитувана в RFQ, не повинна вимагати від претендентів значних витрат на підготовку своєї заявки, але її повинно бути достатньо, щоб орган закупівлі міг зробити усвідомлену оцінку.

Текстова вставка 4. Зразок змістовної частини RFQ на основі передової міжнародної практики

Зразок змістовної частини запиту про попередню кваліфікацію (RFQ) для проєкту ДПП/концесії

I. Запрошення приватним фірмам і постачальникам представити свої кваліфікації.
II. Визначення будь-якої спеціальної термінології, що використовується, в залежності від ситуації, включаючи словник скорочень.
III. Опис мети і вимог проєкту ДПП/концесії:
    a. передумови, цілі та огляд проєкту, часові рамки проєкту і орієнтовний графік (додайте всі відповідні завершені техніко-економічні обґрунтування в якості додатків);
    b. назва і короткий опис функцій державного партнера/концесієдавця і джерел будь-яких повноважень, встановлених законом;

c. конкретні послуги, які, як очікується, буде надавати приватний партнер/концесіонер, виражені у вигляді результатів і ключових показників ефективності;
d. пропонований розподіл ризиків (зведена матриця) і опис модальності ДПП/концесії (наприклад, оренда, концесія, BOT, проєктування- фінансування- будівництво- обслуговування- передача і т. д.);
e. опис механізмів оплати, включаючи розмір і характер будь-якої доступної державної підтримки.

IV. Опис технології і процесу закупівель в рамках ДПП/концесії:
a. опис технології закупівель (тобто складання короткого списку, конкурентні переговори, кращі і остаточні пропозиції і т. д.);
b. окремі юридичні вимоги або обмеження, пов'язані із RFQ або проєктом;
c. пропонований графік і основні етапи конкурсного процесу;
d. інші вимоги до процесу закупівель: вимоги до мови і перекладу, якщо такі є; будь-яка відмова від відповідальності, включаючи вартість підготовки відповіді і збереження прав, таких як право не продовжувати проєкт; термін дії пропозиції претендента; підстави для дискваліфікації та ін.;
e. запрошення для зацікавлених фірм представити коментарі, питання і рекомендації стосовно запропонованих стандартів (показників результативності) і структури розподілу ризиків за проєктом ДПП/концесії.

V. Інструкції для зацікавлених приватних фірм і постачальників щодо подання кваліфікаційних вимог:
a. процес подачі і оцінки (час і дата, до яких потенційні претенденти повинні подати свої документи про кваліфікацію; фізичне місце розташування, де мають бути подані документи про кваліфікацію або процес електронного подання, якщо це дозволено; формат, в якому потенційні претенденти повинні подати свої документи про кваліфікацію, а також окремі інші дані і документи, які вони повинні надати;
b. детальна інформація про конференцію або зустрічі перед подачею документів і інші можливості для претендентів задати питання або отримати уточнення;
c. загальні критерії відбору / мінімальні умови, яким повинен відповідати учасник конкурсу, та інструкції щодо заповнення стандартних кваліфікаційних форм і шаблонів:
i. технічний досвід і спроможності: необхідні мінімальні технічні спроможності та інструкції про те, як представити технічний досвід з використанням стандартних шаблонів в формах (наводяться в Додатку);
ii. досвід роботи з ДПП/концесіями: мінімальний досвід і спроможності щодо управління ризиками за проєктом ДПП, а також інструкції про те, як представити досвід управління проєктами ДПП/концесії з використанням стандартних шаблонів в формах (наводяться в Додатку);
iii. фінансові спроможності: мінімальні фінансові спроможності / розмір компанії / консорціуму, включаючи досвід проєктного фінансування з обмеженим правом регресу (при необхідності) для фінансування великих проєктів ДПП/концесій. Інструкції про те, як представити фінансові спроможності для реалізації проєкту ДПП/концесії і досвід фінансування в ході реалізації проєктів з використанням стандартних шаблонів в формах (наводяться в Додатку). Вимоги до гарантійного зобов'язання;

iv. юридично-правова форма: юридичні вимоги постачальника (наприклад, статус резидента); юридичні характеристики претендента (консорціум або спільне підприємство); структура власності; підтвердження існування довіреності для провідної фірми; заява про відсутність конфлікту інтересів; дані про участь в судових процесах в минулому;
v. персонал: мінімальні технічні, управлінські та інші вимоги до ключового персоналу для роботи над проєктом.

VI. ДОДАТКИ:
a. Стандартні форми та шаблони для використання зацікавленими компаніями при поданні кваліфікаційних вимог.
b. Відповідні техніко-економічні обґрунтування.
c. Проєкт договору ДПП/концесійного договору може бути включений як додаток

Кваліфікаційні критерії

Конкурсна комісія повинна розробити попередній список критеріїв відбору для визначення кваліфікованих учасників конкурсу. При розробці цих критеріїв конкурсна комісія повинна враховувати наступне:

- досвід і сфери наявного досвіду, необхідні для успішної реалізації проєкту;
- роль організації в консорціумі - претенденті для врахування її досвіду. Наприклад, чи повинна конкурсна комісія брати до уваги тільки досвід запропонованих інвесторів в акціонерний капітал, чи також досвід номінальних сторін контракту;
- фінансова міцність і розмір підприємства, необхідні для конкретного проєкту, та
- відповідні типи минулих проєктів і їх ролі при оцінці досвіду претендента.

Конкурсна комісія повинна розробити набір критеріїв відбору, які визначають мінімальні спроможності, необхідні для реалізації проєкту за договором ДПП/концесійним договором, і забезпечують конкурентоспроможні і новаторські пропозиції. Це знижує ризик того, що проєкт зазнає невдачі через те, що найвищий рейтинг отримає пропозиція учасника конкурсу з недостатніми спроможностями. Якщо критерії занадто суворі, це може обмежити конкуренцію. Однак, проста наявність більш високої конкуренції (в сенсі більшої кількості учасників, які пройшли попередній відбір) не обов'язково означає кращу конкуренцію. Занадто низький рівень кваліфікації може відлякати висококваліфікованих учасників конкурсу, оскільки вони вважатимуть, що у них дуже низькі шанси на перемогу, і залучити велику кількість неякісних конкурсних пропозицій від учасників конкурсу з обмеженими спроможностями. Всі проєкти повинні коригувати рівні кваліфікації для досягнення належного балансу з урахуванням конкретних потреб проєкту.

Критерії відбору зазвичай діляться на три категорії:

- адміністративні та юридичні вимоги;
- фінансово-економічний потенціал, і
- технічні спроможності та досвід.

Згідно із законодавством України для цих критеріїв існує вимога - «допущено / не допущено».

Належною практикою для конкурсної комісії є розробка критеріїв відбору, заснованих на тих, що використовувалися в попередніх проєктах і в проєктах ДПП/концесій, виставлених на конкурс іншими органами публічної влади. Однак потім конкурсна комісія повинна адаптувати критерії відбору до характеристик проєкту. Наприклад, критерії фінансових спроможностей повинні включати вимогу про те, щоб потенційні кандидати продемонстрували минулий досвід в залученні проєктного фінансування на суму, аналогічну тій, яка потрібна для проєкту, а технічні критерії повинні включати вимогу про те, щоб потенційні кандидати продемонстрували минулий досвід в аналогічних галузях.

Текстова вставка 5. Критерії попереднього відбору претендентів (прекваліфікації) встановлені Законом України «Про концесію»

Відповідно до законодавства України встановлено наступні кваліфікаційні критерії для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП (претендент повинен відповідати як мінімум трьом з цих критеріїв):

1. наявність обладнання та матеріально-технічної бази для виконання проєктних, будівельних та експлуатаційних робіт і матеріально-технічного обслуговування;
2. наявність та відповідний рівень професійної і технічної кваліфікації працівників претендента
3. наявність документально підтвердженого досвіду виконання претендентом аналогічних за предметом договорів
4. наявність ресурсів для забезпечення фінансування проєкту ДПП/концесії або досвіду гарантованого залучення фінансування для реалізації подібних проєктів;
5. інші критерії за рішенням конкурсної комісії.

Для цілей підтвердження відповідності претендентів критеріям попереднього відбору підтвердні документи можуть подаватися як щодо самого претендента, так і щодо осіб, пов’язаних з претендентом відносинами контролю.

(частина 3 статті 12 Закону «Про концесію», пункт 32 Постанови КМУ № 384)

Адміністративні та юридичні вимоги

Юридична кваліфікація в основному відноситься до правових умов, які повинні бути дотримані для того, щоб претендент подав заявку відповідно до місцевих / ринкових, або національних правил. Таким чином, юридична кваліфікація відноситься до формального статусу претендента, особливо щодо його правосуб'єктності. Необхідна документація зазвичай включає наступне:

- Підтвердження існування претендента (включаючи тих, хто входить до складу консорціуму) та його доброї ділової репутації відповідно до чинного законодавства.
- Підтвердження існування договору про консорціум і зобов'язань відповідних членів. Деякі країни вимагають, щоб потенційні учасники конкурсу сформували SPV на цьому етапі конкурсного процесу. Це зазвичай вважається неналежною практикою, оскільки ставить учасників конкурсу в надмірно затратні умови з точки зору часу і грошей.
- Підтвердження повноважень представників кожного члена консорціуму-претендента діяти від його імені.

- У випадку іноземного підприємства, що працює в країні, - підтвердження його реєстрації, або ліцензія на господарську діяльність, що видається відповідним державним органом, якщо цього вимагає провадження відповідної господарської діяльності.
- Що стосується податкових і трудових питань, то і ті, і інші, як правило, будуть вивчатися окремо для кожного претендента з тим, щоб перевірити, що претендент не має проблем відносно відповідних податкових зобов'язань, а також відповідного трудового законодавства. Підтвердження повинні бути представлені до дати подання пропозиції.

Зазвичай умови RFQ забороняють потенційному претенденту брати участь в більш ніж одному консорціумі (або будь-якій з його дочірніх або материнських компаній брати участь в іншому консорціумі). Також, загальною практикою є встановлення обставин, що перешкоджають подачі пропозиції компанією, яке вже має власний інтерес (наприклад, підприємство, яке діє в якості радника, або незалежного експерта органу закупівлі в тому ж процесі). Частина 4 статті 12 Закону «Про концесію» (яка також застосовується до неконцесійних проєктів ДПП) встановлює характеристики заявників, яким не дозволяється брати участь в конкурсах (більш детальну інформацію див. у розділі «Вступ»).

Фінансові / економічні вимоги

Критерії щодо фінансових або економічних спроможностей покликані гарантувати те, що компанія або група компаній (консорціум), які є кандидатами на участь у конкурсі, мають хороше фінансове становище. Критерії дозволяють отримати підтвердження того, що вони будуть здатні задовольнити фінансові потреби проєкту, які можна коротко охарактеризувати як наявність коштів для задоволення потреб в капіталі, а також здатність залучати кошти третіх сторін у формі довгострокового боргу.

Типові показники включають фінансові співвідношення, такі як відношення боргу до власного капіталу / леверидж, коефіцієнти ліквідності, окремі співвідношення для проєкту, такі як співвідношення власного капіталу до капітальних витрат проєкту та ін., а також такі характеристики, як середній дохід «за останні три роки», рівень прибутку «за останні три роки» (або підтвердження отримання прибутку) і так далі. Ці показники / критерії розраховуються на основі перевірених аудитом фінансових звітів, балансу і звітів про прибутки і збитки за попередній рік (або за кілька останніх років, зазвичай за три-п'ять років). Належною практикою є включення спеціальних форм для подання потрібної фінансової інформації, включаючи інформацію, що спеціально використовується для розрахунку фінансових коефіцієнтів, які повинні мати чітке пояснення і визначення. Деякі додаткові рекомендації і принципи включають:

- Фінансові спроможності легко сплутати з досвідом реалізації аналогічних проєктів, які демонструють здатність вести переговори і залучати значні суми коштів в схемах фінансування проєктів. Ця конкретна спроможність краще підпадає під критерії досвіду / технічних спроможностей, які відрізняються від фінансових або економічних критеріїв, що визначають спроможність залучати кошти.

- Будь-які критерії повинні бути максимально об'єктивними. Хоча деякий рівень судження може бути неминучим при оцінці кваліфікацій (а також заявок), у випадку критеріїв, які стосуються фінансових спроможностей, важливі чіткі порогові значення і опис того, як розрахувати і представити підсумкові значення для кожного показника.

- Також прийнято запитувати про банківські «листи підтримки» або «листи поручительства», в яких повідомляється про спроможність компаній, консорціумів або фірм залучати кошти із зазначенням розміру, терміну та структури фінансування, а також про кредиторів. Зазвичай це вважається хорошою практикою. Однак їх цінність в якості підтвердження фінансової платоспроможності вельми обмежена і вони не повинні замінювати активний аналіз спроможності заявника.

Технічні вимоги

Технічні критерії кваліфікації встановлюють профіль майбутніх приватних партнерів/концесіонерів, яких орган бажає мати в якості довгострокового партнера, і вони повинні охоплювати всі функції, які будуть виконуватися приватним партнером/концесіонером. Технічні спроможності або досвід повинні бути продемонстровані / підтверджені за кількома напрямками:

- **Досвід будівництва:** кандидат (індивідуальний або консорціум) повинен буде надати докази попереднього або поточного успішного досвіду в реалізації аналогічного проєкту (тобто в тому ж секторі і, як правило, з аналогічними проєктними характеристиками з точки зору розміру і складності).

- **Експлуатація та обслуговування:** кандидату (індивідуальному або консорціуму) буде запропоновано надати докази попереднього або поточного досвіду експлуатації та / або обслуговування аналогічної інфраструктури в тому ж секторі і з аналогічними проєктними функціями з точки зору розміру і складності та / або обсягу або кількості користувачів.

- **Управління ДПП, інвестиції в ДПП і фінансове закриття:** досвід консорціуму в сфері успішної розробки аналогічних проєктів, включаючи успішне досягнення фінансового закриття та / або успішне проходження етапу експлуатації (відповідна технічна інформація про масштаб попередніх проєктів, така як кількість транзакцій, ключові показники ефективності, розмір і характер нових необхідних інвестицій та ін.)

Взагалі, інвестору і майбутньому власнику SPV необов'язково бути підрядником або мати кваліфікацію, пов'язану з будівництвом, експлуатацією або технічним обслуговуванням. Тому іноді вважається достатнім покладатися на технічний досвід або можливості третіх сторін в рамках консорціуму. Іншими словами, вказаний підрядник, який зробить свій внесок в питання досвіду будівництва, експлуатації або технічного обслуговування, необхідного для кваліфікації, не обов'язково повинен бути майбутнім акціонером проєктної компанії. Але необхідно затребувати підтвердження прийняття вказаним підрядником на себе зобов'язання здійснити проєкт разом із майбутнім акціонером.

Публікація RFQ

Відповідно до Закону України «Про державно-приватне партнерство», оголошення про проведення конкурсу з визначення приватного партнера/концесіонера публікується державним партнером/концесієдавцем у газеті «Урядовий кур'єр» або «Голос України» чи офіційному друкованому засобі масової інформації відповідного органу місцевого самоврядування або Автономної Республіки Крим, якщо державним партнером виступають такі органи, а також розміщується на офіційному веб-сайті державного партнера/концесієдавця[17]. Додатковими майданчиками для публікації оголошення можуть бути міжнародні ЗМІ, галузеві журнали. Оголошення також може бути доведено окремо до відома сторін, які вважаються особливо кваліфікованими для виконання цього завдання. В оголошенні буде представлена інформація про те, як отримати документи RFQ, а також як офіційно зареєструватися з тим, щоб будь-які подальші повідомлення, уточнення та / або поправки могли бути направлені всім тим, хто отримав документи RFQ.

Методологія попереднього відбору

Чітко задокументована і послідовна, з точки зору розуміння, методологія попереднього відбору для проведення оцінки на відповідність кваліфікаційним критеріям є важливою для цілей узгодженості з тим, щоб гарантувати справедливе застосування критеріїв, особливо коли більше однієї особи буде оцінювати будь-які окремі критерії або підкритерії. Орган закупівлі може розробити свою методологію попереднього відбору до подання кваліфікаційних вимог. Ця методологія повинна бути задокументована в посібнику з оцінювання.

В посібнику з оцінювання повинна бути зазначена група оцінювання, яка складається з членів і радників конкурсної комісії (незалежних експертів), які будуть брати участь в оцінці, і має бути вказано, хто саме буде відповідати за оцінку кожного конкретного критерію або підкритерію. Члени групи оцінювання повинні володіти навичками і знаннями достатніми для проведення усвідомленої оцінки за відповідними критеріями.

Конкурсна комісія (за підтримки своїх радників або незалежних експертів) повинна забезпечити відповідність посібника з оцінювання кваліфікаційним критеріям та процесу, описаним у конкурсній документації (Інструкції для претендентів), до того, як посібник з оцінювання буде передано групі оцінювання. Група оцінювання повинна бути знайома з методологією до отримання документів про кваліфікацію претендентів. Це може бути досягнуто шляхом проведення семінару перед оцінюванням, на якому оціночній групі роз'яснюють як застосовувати посібник і методологію оцінювання.

Критерії оцінювання попереднього відбору повинні допомогти відсіяти неспроможні компанії і пропустити тільки ті, які дійсно здатні управляти і підтримувати весь процес ДПП/концесії. Отже, критерії оцінювання попереднього відбору повинні розрізняти такі загальні характеристики досвіду, як «галузевий технічний досвід» і підтверджений досвід управління важливими довгостроковими

[17] Частина 3 статті 15 Закону України «Про ДПП».

ризиками в проєктах ДПП/концесії в галузі, включаючи проєктування, впровадження, договори на довгострокову експлуатацію і, особливо, досвід структурування і залучення довгострокового проєктного фінансування з обмеженим правом регресу.

Для отримання рекомендацій щодо процесу оцінки кваліфікації заявників і попереднього відбору учасників конкурсу для етапу запиту про надання пропозицій (RFP) див. Завдання 7 «Попередній відбір учасників конкурсу».

6.3. Запит про надання конкурсних пропозицій

У двоетапному відкритому конкурсі, за процесом RFQ слідує запит про надання конкурсних пропозицій (RFP), відповідно до якого відібрані учасники конкурсу, які відповідають кваліфікаційним критеріям, можуть подати свої конкурсні пропозиції для оцінки.

Зразок змістовного наповнення RFP

Документ RFP (Інструкція для учасників) повинен включати всю інформацію, необхідну кваліфікованим учасникам конкурсу для подачі повних і докладних конкурсних пропозицій за проєктом ДПП/концесії в конкурсну комісію. Це включає в себе інструкції для учасників конкурсу про те, як представляти свої конкурсні пропозиції, а також іншу відповідну довідкову інформацію про проєкт, включаючи дані про наповнення віртуальної кімнати даних (технічні, економічні, фінансові, юридичні, екологічні аналізи та інші аналізи доцільності), а також детальну структуру розподілу ризиків в проєкті ДПП/концесії. Сюди також входять інструкції для учасників конкурсу відносно необхідних форматів, в яких повинні бути представлені їх конкурсні пропозиції, і інших вимог, яким вони повинні відповідати.

Хоча ясність має вирішальне значення, документ RFP повинен бути написаний таким чином, щоб надмірно не обмежувати мотивацію приватного сектора до використання творчого та новаторського підходу в підготовці конкурсної пропозиції.

Підготовка документів RFP є кульмінацією всього аналізу техніко-економічного обґрунтування та заходів щодо структурування проєкту, а також загального конкурентного процесу, за допомогою якого уряд прагне максимізувати віддачу від коштів вкладених в проєкт. Отже, конкурсна документація повинна містити дуже чіткі формулювання щодо мінімальних вимог до ефективності проєкту, розподілу ключових ризиків між сторонами, а також правил, за якими учасники конкурсу повинні представляти і подавати свої конкурсні пропозиції, та критеріїв оцінки, відповідно до яких ці конкурсні пропозиції будуть розглянуті та оцінені. Без цього важливого кроку учасники конкурсу, ймовірно, представили б уряду дуже різні технічні і фінансові пропозиції, пропонуючи різні рівні продуктивності (результативності), припускаючи різний розподіл ризиків за проєктом і пропонуючи різні ціни. Міжнародний досвід показав, що, хоча органу закупівлі може знадобитися значна кількість часу для підготовки чіткої, детальної і якісної конкурсної документації для ДПП/концесій, звичайно ще більше часу потрібно на те, щоб відповісти на численні запити про уточнення або

заперечення з боку учасників конкурсу і оцінити істотно різні конкурсні пропозиції, кожна з яких ґрунтується на різних припущеннях про розподіл ризиків.

Текстова вставка 6. Зразок запиту про надання пропозицій

Конкурсна комісія повинна підготувати RFP, в якому містяться:

- Короткий опис:
  - даних про державного партнера (партнерів) і потреб проєкту;
  - проєкту і структури договору;
  - будівельних вимог і вимог до надання послуг (подробиці яких містяться в проєкті договору);
  - механізму оплати або доходу, який повинен отримати приватний партнер (подробиці якого містяться в проєкті договору):
    - з вираженням у вигляді результатів;
    - окремі результати, безпосередньо не пов'язані з загальною послугою;
    - вхідні характеристики;
    - специфікації умов, в яких знаходяться активи;
  - розподілу ризиків, прописаного в проєкті договору;
  - завершеного проєкту договору ДПП/концесійного договору, який повинен буде підписати і виконувати кращий претендент. Цей проєкт договору повинен бути повним і досить докладним з тим, щоб після оголошення кращого претендента, питань для переговорів залишалося дуже мало;
  - будь-якої запланованої державної підтримки, як, наприклад, співфінансування, гарантії або доступ до механізму переуступки боргу.
- Детальна інформація, отримана з оцінок, проведених на попередніх етапах. Ця інформація може бути корисна учасникам конкурсу, якщо вона розглядається як не договірна або необов'язкова. Ця інформація може бути надана без створення ситуації порушення будь-яких зобов'язань для органу закупівлі в частині дотримання конфіденційності, або створення неприйнятного ризику для органу закупівлі, якщо інформація пізніше виявиться невірною. Намір полягає в тому, щоб створити договірний базовий план: наприклад, археологічну карту, яка буде розглядатися як базова для розгляду конкретної знахідки як непередбаченої з правом на отримання компенсації.
- Графік наступних етапів конкурсу та присудження договору.
- Критерії оцінки, які дозволять органу закупівель вибрати конкурсну пропозицію з найкращим співвідношенням ціни і якості (в рамках обмежень застосовних правил закупівель).

- Вимоги до пропозиції: тобто конкретна інформація і документи, які учасники конкурсу повинні надати в своїх конкурсних пропозиціях, а також формат, в якому вони повинні бути надані.
- Адміністративні дані, включаючи:
    - загальну інформацію, необхідну учасникам конкурсу для підготовки і подачі конкурсних пропозицій. Це повинні бути загальні інструкції для учасників конкурсу щодо формату і представлення інформації, яку вони надають;
    - час і дата, до яких потенційні учасники конкурсу повинні подати свої пропозиції;
    - фізичне місце розташування, в якому повинні бути представлені конкурсні пропозиції, або процес електронного подання, якщо це дозволено;
    - правила щодо проведення етапу запиту про надання конкурсних пропозицій, включаючи тривалість часу, протягом якого пропозиція повинна залишатися в силі і мати обов'язкову силу для учасника конкурсу, а також правила, що стосуються доступу до будь-якої віртуальної кімнати даних.

Згідно із законодавством України конкурсна комісія також повинна включати інструкції та процедури отримання доступу учасниками конкурсу (які успішно пройшли кваліфікаційний етап) до відповідних документів (наприклад, у віртуальній кімнаті даних). Така інформація також включається в запрошення RFP.

Критерії оцінки RFP

Конкурсна комісія повинна розробити чіткий перелік технічних критеріїв і критеріїв якості. Критерії оцінки RFP зазвичай складаються з:

- технічних критеріїв та критеріїв якості, які будуть предметом технічної оцінки;
- критерію, заснованого на витратах, який буде предметом фінансової оцінки.

Технічні критерії та критерії на основі якості

Конкурсна комісія повинна гарантувати, що технічні критерії та критерії якості розглядають ключові аспекти конкурсної пропозицій учасників конкурсу, які можуть вплинути на успішний результат проєкту. Вони будуть відрізнятися від одного проєкту до іншого, але зазвичай включатимуть критерії, пов'язані з наступними питаннями:

- **Будівельні питання**, в тому числі:
    - якість і надійність проєкту учасника конкурсу;
    - надійність будівельної програми учасника конкурсу;
    - пропоновані методи забезпечення якості для нагляду за будівництвом.
- **Операційні питання**, в тому числі:

- операційний підхід учасника конкурсу до проєкту;
- якість і надійність операційних процедур і посібників;
- системи і плани з управління якістю;
- якість планів безпеки, включаючи використання перевірених технологій.

- **Питання обслуговування**, в тому числі:
  - якість і надійність планів і програм технічного обслуговування;
  - програми оновлення та програми капітального ремонту;
  - окремий план повернення інфраструктури в кінці терміну договору.
- **Дотримання екологічних норм і оцінки екологічного впливу.**
- **Плани з охорони праці та техніки безпеки.**

Фінансові критерії

Орган закупівлі, шляхом консультацій зі своїми фінансовими радниками, повинен розглянути питання про те, чи слід оцінювати фінансові пакети учасників конкурсу в рамках технічної оцінки. Технічна оцінка фінансових пакетів повинна враховувати:

- рівень зацікавленості інвестора капіталу;
- рівень впевненості в тому, що необхідне фінансування буде доступно;
- стійкість структури фінансування проєкту.

У процесах з поетапною оцінкою може бути складно керувати оцінкою фінансового пакета без інформації про надійність і стійкість фінансової структури, яка дозволила б оцінювачу пропозицій дізнатися заздалегідь або зробити висновок про пропоновану ціну. Конкурсна комісія повинна дати учасникам конкурсу суворі інструкції, щоб гарантувати, що фінансовий пакет, який міститься в технічній пропозиції, не розкриває загальну запропоновану ціну.

При розробці критеріїв конкурсна комісія повинна керуватися такими принципами:

- По кожному з критеріїв конкурсна документація повинна містити загальне пояснення питань, які будуть прийняті до уваги при оцінці конкурсної пропозицій за цими критеріями.
- Список критеріїв не повинен бути надто великим, а пояснення не повинні бути занадто докладними. Наявність занадто великої кількості критеріїв або занадто великої кількості деталей створює надмірну складність в оцінці і заважає учасникам конкурсу чітко зрозуміти цілі державного партнера/концесієдавця.
- Оскільки проєкти ДПП/концесій орієнтовані на результативність і специфікації цих проєктів в основному засновані на результатах, а не на вхідних ресурсах, технічні критерії не повинні стосуватися зобов'язань щодо вхідних ресурсів (наприклад, кількість працівників, яких учасники конкурсу призначать для виконання певних функцій) і не повинні бути надмірно директивними. Критерії повинні бути зосереджені на тому, чи будуть пропозиції учасників конкурсу відповідати мінімальним вимогам, встановленим в RFP, включаючи очікувану якість і надійність результатів.

Додаткові критерії встановлюються Законом «Про концесію» і Постановою № 384 і відповідають передовій міжнародній практиці, описаній вище. Про них мова йтиме далі.

Текстова вставка 7. Критерії оцінки RFP (концесійні і неконцесійні проєкти ДПП), встановлені законодавством України

Для оцінки конкурсних пропозицій на другому етапі конкурсу може бути застосовано один або кілька таких критеріїв:

- строк ДПП /концесії;
- показник IRR (внутрішня норма прибутку) проєкту, що здійснюється на умовах ДПП/ концесії;
- чиста поточна вартість (NPV) всіх грошових потоків проєкту, що здійснюється на умовах ДПП/концесії;
- чиста поточна вартість (NPV) капітальних інвестицій, витрат на експлуатацію та матеріально-технічне обслуговування об'єкта ДПП/концесії;
- надійність запропонованого механізму фінансування;
- обсяги можливої державної підтримки (зокрема плати за експлуатаційну готовність) у разі її надання;
- чиста поточна вартість (NPV) концесійного платежу (за наявності);
- чиста поточна вартість (NPV) одноразового фіксованого платежу та/або плати за експлуатаційну готовність (за наявності);
- інші критерії, які оцінюють фінансово-економічну ефективність проєкту, що здійснюється на умовах ДПП/ концесії, за рішенням державного партнера/концесієдавця.

У разі застосування кількох критеріїв їхня питома вага встановлюється інструкцією для учасників. У разі визначення критерію оцінки, що пов'язаний з показником чистої поточної вартості (NPV), в інструкції для учасників встановлюються чіткі вимоги до розрахунку показника середньозваженої вартості капіталу (WACC).

(стаття 16 Закону «Про концесію», пункт 45 Постанови КМУ № 384)

Процес оцінки - відбір на основі найменшої вартості, або на основі якості і витрат

Якщо в процесі оцінки конкурсні пропозиції будуть порівнюватися тільки на основі ціни (процес також відомий як відбір на основі найменшої вартості, наприклад, найменший розмір плати за доступність (експлуатаційну готовність), запропонований учасником конкурсу, найменший розмір державного фінансування в заснованих на платі споживачів проєктах ДПП (концесіях), де вона є комерційно доцільною в окремо взятому випадку, або найвищий концесійний збір, запропонований учасником конкурсу), технічні критерії та критерії на основі якості оцінюються за принципом «допущено/ не допущено». Це означає, що тільки ті пропозиції, які відповідають мінімальному граничному рівню технічних критеріїв, будуть оцінюватися з точки зору ціни (фінансово-економічних показників), але серед технічних пропозицій, що відповідають вимогам, ціна (значення фінансово-економічних показників) буде єдиним чинником, що враховується.

Щоб уникнути надмірно агресивних конкурсних пропозицій, можна не тільки встановити загальний технічний результат «допущено/ не допущено», але також включити окрему і відносно високу якісну оцінку для ключових якісних / технічних підкритеріїв. Наприклад, для технічного допуску може знадобитися середньозважена оцінка 6 з 10, але для ключових елементів технічної пропозиції може знадобитися оцінка 7 або 8 або більше. Ціна може бути виражена більш ніж одним фактором на додаток до базової ціни договору, тобто платежем, затребуваним учасником конкурсу (або ціною, яку повинен заплатити учасник в рамках високоприбуткових проєктів ДПП, де оплата стягується з користувача).

Документ RFP може вимагати, щоб учасники конкурсу також представили і запропонували інші кількісні аспекти (наприклад, відсоток певних доходів, що підлягають розподілу з державним партнером/концесієдавцем, якщо вони є вище базового рівня доходів, і так далі). У деяких випадках додаткові кількісні фактори можуть стосуватися не тільки ціни, а й чогось іншого. Їх також можна назвати «числовими критеріями» або «критеріями, що оцінюються за числовими формулами», але зазвичай вони відносяться до вартості, або вимірної ефективності, а не до якості. Наприклад, учасників конкурсу можна попросити запропонувати строк будівництва об’єкту. У кожному з цих випадків із застосуванням технічної оцінки у вигляді «допущено/ не допущено» і множинними кількісними факторами кожен числовий критерій повинен мати свою конкретну вагу, чітко вказану в RFP, а також у формулі оцінювання.

Слід ретельно розглянути потенційні надмірності в деяких з цих факторів оцінки (наприклад, оцінка на основі більш низької плати за доступність (за експлуатаційну готовність), а також оцінка на основі більш коротких строків будівництва є надлишковою в деяких проєктах, оскільки попередній фактор оцінки також, природним чином, мотивує учасника розглянути можливість скорочення терміну будівництва).

В проєктах ДПП, де плата за послуги здійснюється державою (неконцесійні ДПП), існують різні форми, в яких конкурсна комісія може попросити учасників конкурсу вказати ціну. Найбільш поширеними альтернативами є зазначення єдиної ціни (наприклад, плата з боку держави в розрахунку за одиницю транспорту, яка буде застосовуватися в перший рік, розмір плати за доступність (експлуатаційну готовність), яка повинна стягуватись протягом першого року, або максимальний збір за проїзд в проєкті дорожнього будівництва), або вимога для учасників конкурсу представити (або мати повноваження розрахувати) чисту поточну вартість доходів або платежів. Як правило, для проєктів, оплачуваних державою, де всі учасники конкурсу повинні формувати свої платежі відповідно до одного і того ж профілю оплати і індексації протягом строку дії договору, може бути більш доцільним вказати єдину ціну для плати, затребуваної учасником конкурсу, а не покладатися на розрахунок NPV. Якщо учасники конкурсу можуть запропонувати різні платіжні профілі, або різні коефіцієнти індексації, для порівняння будуть необхідні розрахунки NPV.

Якщо в процесі оцінки, конкурсні пропозиції будуть порівнюватися за ціною в поєднанні з технічними критеріями і критеріями якості, пов'язаними з якістю технічної пропозиції (підхід до

будівництва та проєктування, а також підхід до ЕіТО), орган закупівлі повинен надати кожному критерію окрему вагу в загальній оцінці.

У всіх випадках об'єктивність і прозорість повинні бути важливими факторами при структуруванні та визначенні методології оцінки, навіть при розгляді питання «допуску / не допуску», оскільки критерії є основою, на якій буде обрано переможця конкурсу та буде відбуватися підписання договору.

Методологія і посібник з оцінки RFP

Чітко задокументована і комплексна методологія оцінки забезпечує послідовне застосування, якщо в групі оцінювання бере участь більше однієї людини, що оцінює будь які окремі критерії або підкритерії. Конкурсна комісія повинна розробити свою методологію оцінки до подачі пропозицій і зафіксувати її в посібнику з оцінювання. Важливо забезпечити відповідність посібника з оцінювання кваліфікаційним критеріям та процесу, описаному у конкурсній документації.

У деяких проєктах критерії оцінки є такими, що оцінка може бути поліпшена шляхом розробки моделі ефективності для агрегування та систематичної і об'єктивної оцінки вхідних даних від учасників конкурсу. Це вимагає попередніх інвестицій в розробку моделі ефективності і підтвердження того, що модель належним чином пов'язує вхідні дані з критеріями оцінки і прозорістю процесу. У деяких випадках критерії оцінки будуть такими, що модель ефективності може бути розроблена на основі фінансової моделі проєкту. При розробці своєї методології оцінки конкурсна комісія повинна розглянути питання про те, чи додасть модель ефективності цінності до процесу оцінки, і, якщо так, пояснити в посібнику з оцінювання, як модель буде використовуватися в процесі оцінювання.

В документі RFP слід передбачити процес і методологію оцінювання (широкі категорії оцінювання, а не детальні методології виставлення або розподілу балів), оскільки останнє призводить до підготовки конкурсних пропозицій, адаптованих до оцінки, а не до найкращої користі для проєкту. Такий підхід гарантує, що учасники конкурсу будуть мати впевненість в тому, що процес може бути перевірний та він має стримання і противаги.

В методології оцінювання повинно бути вказано, що технічні та цінові складові пропозиції будуть оцінюватися, виходячи зі 100 балів. Отримані бали будуть включені в загальну оцінку учасника конкурсу з використанням простої математичної формули для пошуку середньозваженого значення:

A * (технічний бал / 100) + B * (фінансовий бал / 100) = C, де:

- A - вага технічного балу (від 50% до 70%);
- B - вага фінансового балу (від 30% до 50%); і
- C - загальна оцінка, отримана учасником конкурсу.

Для цілей застосування цієї формули «технічний бал» відноситься до всіх оцінюваних факторів проєкту, крім фінансових. Альтернативна технічна та цінова вага буде варіюватися від проєкту до проєкту і визначатися в ході комплексного техніко-економічного обґрунтування та підготовки RFP. У будь-яких випадках технічна пропозиція повинна мати більшу вагу, ніж цінова пропозиція.

При співіснуванні технічних і економічних критеріїв, слід очікувати, що відповідне зважування кожної категорії критеріїв (технічних / якісних або економічних) буде залежати від типу проєкту. Наприклад, для проєктів, що вважаються дуже інноваційними, запропонований підхід, засоби і методи будуть важити набагато більше, ніж в більш традиційному проєкті. Найбільш поширеними є підходи до оцінки, в яких велике значення має ціна або інші об'єктивні / числові чинники. У загальних рисах, на додаток до інформації про розподіл ваги між «ціною» і «технічним аспектом/ якістю», кожен критерій (в цих двох групах) повинен мати певну вагу, що відображає відносну важливість різних цілей і інформує учасників конкурсу про проєктні пріоритети. Однак, деякі проєкти можуть представити другий рівень критеріїв (підкритеріїв), і, в деяких випадках, для цього другого рівня немає вагових коефіцієнтів. Якщо зважування не передбачено, зазвичай, принаймні надається «список чинників», які будуть враховуватися при оцінці і виставленні балів за відповідними критеріями або підкритеріями.

Крім того, в посібнику з оцінювання повинна бути визначена група оцінювання, яка складається з членів і радників конкурсної комісії (незалежних експертів), які будуть брати участь в оцінці, і має бути вказано, хто саме буде відповідати за оцінку кожного конкретного критерію або підкритерію. Члени групи оцінювання повинні володіти навичками і знаннями, достатніми для проведення усвідомленої оцінки за відповідними критеріями.

Якщо оцінка має суттєві суб'єктивні або якісні елементи, конкурсна комісія повинна доручити проведення цієї оцінки профільним спеціалістам. В деяких випадках профільними експертами можуть виступати державні службовці, в інших випадках ними можуть виступати зовнішні радники (незалежні експерти). Якщо оцінка повністю або частково проводиться зовнішніми радниками (незалежними експертами), конкурсна комісія повинна структурувати процес таким чином, щоб рішення про рекомендацію учасника конкурсу на розгляд органу, що здійснює присудження договорів, приймалося державними службовцями за рекомендацією зовнішніх радників.

Конкурсна комісія повинна структурувати групу оцінювання таким чином, щоб був поділ між учасниками технічного оцінювання та учасниками фінансового оцінювання. Це відображає різні галузі необхідних знань і забезпечує незалежний розгляд технічних і фінансових переваг пропозицій. До складу групи оцінювання повинні входити фахівці з фінансів, які можуть провести детальний аналіз фінансових пропозицій і переконатися в їх надійності та можуть з'ясувати повну вартість пропозиції.

Група оцінювання повинна бути знайома з методологією оцінювання до отримання конкурсних пропозицій претендентів. Це може бути досягнуто шляхом проведення семінару перед оцінюванням, на якому оціночній групі роз'яснюють як застосовувати посібник і методологію оцінювання.

Існують різні методи організації і виконання роботи з якісного оцінювання, а також забезпечення однакового застосування процесів і критеріїв для всіх заявок. Наприклад, потрібно щоб кожен оцінювач послідовно оцінював одні і ті ж підкритерії для всіх конкурсних пропозицій, або кожен оцінювач оцінював одну конкурсну пропозицію за всіма підкритеріями, але потім обговорював результати з іншими фахівцями для забезпечення узгодженості, також можна щоб кілька оцінювачів спільно оцінювали конкурсні пропозиції за підкритеріями на основі консенсусу. Конкурсна комісія повинна забезпечити, щоб обраний метод був задокументований в посібнику з оцінювання.

Вимоги до конкурсних пропозицій

Конкурсна комісія повинна розробити вимоги до конкурсних пропозицій після того, як вона розробить критерії оцінки, так як вимоги до конкурсних пропозицій мають забезпечити надання всієї інформації, яка буде потрібна для конкурсної комісії для проведення оцінки.

Термін подачі

Проєкти ДПП є складними. Отже, надання учасникам конкурсу достатнього часу для підготовки необхідної комплексної перевірки, аналізу проєкту і високоякісної конкурсної пропозиції є важливим. Відповідно до Закону «Про концесію» (ст. 14), строк подання конкурсних пропозицій встановлюється конкурсною комісією та повинен становити не менше 60 днів з дня отримання запрошення для участі в конкурсі пропозицій[18]. З практичної точки зору для правильної підготовки обґрунтованих конкурсних пропозицій в контексті складних проєктів термін може становити до 120 днів. Ще більш тривалий період зазвичай потрібен для конкурентного діалогу або процесів взаємодії.

- **Термін дії пропозиції -** хоча в Україні в даний час немає формального обмеження терміну дії пропозиції, належною міжнародною практикою є встановлення вимоги, щоб пропозиція залишалась дійсною (тобто такою, що накладає зобов'язання на учасника конкурсу) протягом певного часу (тобто, необхідно обмежити термін дії пропозиції) з тим, щоб учасники конкурсу були захищені від невиправданих затримок в оцінюванні та присудженні договору. Після закінчення цього періоду (наприклад, 180 днів) пропозиція більше не вважатиметься такою, що накладає зобов'язання на учасника конкурсу. Якщо конкурсна комісія ще не присудила договір і продовжує конкурсний процес, учасників конкурсу попросять підтвердити свої пропозиції, або вони можуть відмовитися від участі в конкурсному процесі на свій розсуд без втрати гарантійного зобов'язання (див. нижче).

Подання документів в різних конвертах

Вимоги повинні містити вказівку для учасників конкурсу подавати пропозиції в різних конвертах:

a. Один - для юридичних та адміністративних документів (включаючи документи щодо кваліфікації, якщо не було попереднього кваліфікаційного відбору):

[18] Терміни подачі пропозицій за неконцесійними проєктами ДПП - відсутні.

i. юридичні / адміністративні документи аналогічні тим, які затребують на етапі кваліфікації (або при їх повторному підтвердженні) і деякі додаткові документи, або підтвердження, в тому числі і такі:
   - гарантійне зобов'язання (див. нижче);
   - страхові поліси - належною практикою є затребувати підтвердження наявності страхових полісів, але необхідності оформляти поліс страхування до підписання договору немає;
   - статут майбутньої компанії SPV (вимагати створення SPV до укладення договору не є стандартною або належною практикою).

Крім юридичних / адміністративних питань, в деяких процесах (наприклад, заснованих на поетапному підході до оцінки) існує відмінність між документами конкурсної пропозиції, що відносяться до суто об'єктивних критеріїв (з урахуванням тільки числової оцінки), і документами, пов'язаними з критеріями, що підлягають оцінці на основі суб'єктивного судження (зазвичай це технічна пропозиція). Необхідні документи конкурсної пропозиції повинні відповідати критеріям оцінки, встановленим в RFP. Правила розробки та подання документів повинні бути чіткими для того, щоб можна було провести належну оцінку. Істотна нестача інформації або серйозні невідповідності можуть призвести до дискваліфікації конкурсної пропозиції. Належною практикою є надання певних форм разом із RFP для підготовки ряду документів і підтверджень, таких як деякі довідки (наприклад, про зобов'язання інвестувати в капітал), або гарантії, які необхідно надати.

b. Один конверт з документами технічної пропозиції (в якому розглядаються технічні критерії) і
c. Один - з документами фінансової пропозиції (в якому розглядаються фінансові критерії).

Забезпечення конкурсної пропозиції

Конкурсна комісія повинна вимагати від учасників конкурсу надати «гарантійне зобов'язання» (забезпечення конкурсної пропозиції) разом з юридичною та адміністративною складовою своїх пропозицій. Забезпечення конкурсної пропозиції (яке, зазвичай, має вигляд банківської, або інвестиційної гарантії; обидві гарантії повинні бути безумовними, безвідкличними і такими, що виконуються за вимогою, або «першою вимогою») - це інструмент, який дозволяє державному партнеру/концесієдавцю вимагати від банку або страхової компанії виплати готівкою, якщо учасник конкурсу отримує договір, але не приступає до підписання договору протягом певного періоду часу. Цей засіб забезпечує безпеку для державного партнера/концесієдавця. Забезпечення конкурсної пропозиції повинно, в певній мірі, забезпечити те, що учасник є зацікавленим у поданні конкурсної пропозиції, тобто в разі, якщо учасник конкурсу, якому було присуджено договір, потім вирішує не приступати до підписання договору, гарантійне зобов'язання буде погашене/ виконане за вимогою. Максимальна сума забезпечення конкурсної пропозиції в Україні становить один відсоток від капітальних витрат проєкту, які зазвичай визначаються на основі офіційної оцінки капітальних витрат, виконаної органом влади, хоча конкурсна комісія повинна провести консультації зі своїм фінансовим радником щодо доцільності цього підходу. Конкурсна комісія також повинна провести консультації зі своїм фінансовим радником щодо діапазону допустимої форми надання забезпечення конкурсної пропозиції (наприклад, чи допустимими є гарантії іноземних банків) та зі своїм радником з юридичних питань, щодо необхідного формулювання такої гарантії, яке повинно

бути вказане в запиті про надання конкурсних пропозицій. Належною практикою є надання зразка/ шаблону з тим, щоб гарантія, надана в рамках забезпечення конкурсної пропозиції, вважалася дійсною.

Текстова вставка 8. Забезпечення пропозиції («гарантійне зобов'язання») відповідно до законодавства

За рішенням державного партнера (концесієдавця) від учасників концесійного конкурсу може вимагатися забезпечення конкурсної пропозиції.

Забезпечення конкурсної пропозиції надається у формі гарантії чи в іншій формі відповідно до умов конкурсу ДПП/концесійного конкурсу (в інструкції для учасників зазначаються розмір, форма, строк дії такого забезпечення та перелік випадків, коли забезпечення конкурсної пропозиції не повертається учаснику).

Розмір забезпечення конкурсної пропозиції не може перевищувати 1 відсотка очікуваного обсягу капітальних інвестицій у проєкт, що здійснюється на умовах ДПП (концесії).

Забезпечення конкурсної пропозиції реалізується:

- у разі відкликання конкурсної пропозиції учасником після закінчення строку її подання, але до того, як сплив строк, протягом якого конкурсні пропозиції вважаються дійсними;
- у разі непідписання учасником, який став переможцем конкурсу, договору ДПП/концесійного договору (крім випадків форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), що засвідчені відповідно до чинного законодавства України);
- у разі ненадання переможцем конкурсу забезпечення виконання договору ДПП/концесійного договору після отримання запрошення до укладення відповідного договору, якщо надання такого забезпечення передбачено інструкцією для учасників (тільки у випадку концесій);
- в інших випадках, визначених інструкцією для учасників.

Кошти, що надійшли у результаті реалізації забезпечення конкурсної пропозиції (у разі якщо вони не повертаються учаснику), підлягають перерахуванню до державного бюджету або до відповідного місцевого бюджету.

У разі проведення концесійного конкурсу в ЕТС без проведення прекваліфікації вимога щодо забезпечення конкурсної пропозиції є обов’язковою.

(стаття 15 Закону «Про концесію», пункт 19 Постанови КМУ № 384)

Подання фінансової частини конкурсної пропозиції учасника конкурсу

Фінансова модель учасника конкурсу повинна бути вимогою, встановленою в вимогах до конкурсної пропозиції. Фінансова стійкість компанії ДПП - це те, про що має дбати уряд, а фінансова модель є необхідним інструментом для управління договорами з тим, щоб регулювати, або керувати багатьма розрахунками, які будуть необхідні протягом терміну дії договору (зміни в

договорі і переговори про компенсацію та спори, що стосуються подій ризику). Конкурсна комісія повинна попросити свого фінансового радника підготувати набір вимог, які детально описують спосіб, в який повинна бути побудована фінансова модель з тим, щоб група оцінювання могла легко порівнювати фінансові моделі, представлені кожним учасником конкурсу.

У вимогах повинні бути вказані стандартні припущення, які будуть використовуватися для макроекономічних змінних, таких як інфляція та інші коефіцієнти і розрахунки. Належною практикою є включення шаблону та / або «інструкцій з підготовки фінансової моделі» в якості доповнення / додатку до RFP для того, щоб стандартизувати фінансові моделі, які пропонуються кожним учасником конкурсу. Див. Додаток 2 з контрольним списком важливої інформації, яку повинна містити кожна фінансова модель.

Необхідна інформація повинна включати фінансову структуру і суми боргу (включаючи потенційно різні інструменти і транші), фінансові умови, узгоджені або обговорювані, листи від кредиторів, в яких висловлюється їх зобов'язання щодо участі в проєкті, і запропоновані або узгоджені умови. В більшості випадків неможливо вимагати, щоб все фінансування за проєктом було повністю організоване, а будь-які пропозиції щодо фінансування були абсолютно зобов'язуючими.

6.4. Отримання погодження конкурсної документації

Відповідно до Закону «Про концесію» і Постанови КМУ № 384, конкурсна комісія вносить конкурсну документацію на затвердження державному партнеру[19]. Державний партнер протягом 10 календарних днів з дня подання йому комісією конкурсної документації (сільські, селищні, міські, в тому числі об’єднані територіальні громади, районні та обласні ради - на найближчому пленарному засіданні) затверджує її або надає вмотивовану відмову від її затвердження з переліком питань, які потребують доопрацювання.

Рішення про проведення концесійного конкурсу приймається концесієдавцем не пізніше ніж через 30 календарних днів після затвердження конкурсної документації. Аналогічного обмеження для неконцесійних проєктів ДПП немає.

Потім публікується оголошення про конкурс разом з умовами конкурсу.

[19] У випадку державної власності, документи повинні бути затверджені відповідним міністерством або державним відомством. У випадку комунальної власності, документи повинні бути затверджені сільською, селищною, міською, в тому числі об’єднаних територіальних громад, районною чи обласною радою.

7. Початок конкурсу

Цілі запуску проєкту полягають в дотриманні відповідних юридичних вимог для забезпечення достовірності конкурсного процесу для просування проєкту на ринку з метою залучення учасників конкурсу з високим конкурентним потенціалом і для надання доступу потенційним учасникам конкурсу до запиту про кваліфікацію та до запиту про надання пропозицій для тих кандидатів, які успішно пройшли етап попереднього відбору. Конкурсна комісія повинна забезпечити надання конкурсної документації в порядку і в спосіб, що передбачені відповідним законодавством.

7.1. Розробка стратегії запуску конкурсу

Рекомендується, щоб конкурсна комісія (або державний партнер) розробила стратегію запуску конкурсу, що включає як формальний запуск проєкту шляхом публікації оголошення про конкурс, так і інші заходи, що забезпечують обізнаність потенційних претендентів про проєкт, а також заплановані терміни конкурсного процесу. Це дозволить кандидатам підготуватися до початку конкурсу і забезпечити належні ресурси для своїх команд, що готують конкурсні пропозиції.

Стратегія також повинна включати конкретні маркетингові заходи перед початком офіційного конкурсного процесу (наприклад, розміщення оголошення про проєкт в спеціалізованих ЗМІ або на глобальній платформі проєктів ДПП). Вона повинна надати учасникам ринку докладні відомості про доопрацьовану структуру, стратегію закупівель і конкурсний процес, включаючи відповідні частини звітів і документів, розроблених в ході оцінки, в тій мірі, в якій на них не поширюються правила конфіденційності. Документи, які повинні бути надані повністю або частково, включають в себе техніко-економічне обґрунтування, будь-які дослідження в сфері доходів (пасажиропотоку - у випадку транспортних проєктів) та будь-які інші дослідження, які допоможуть потенційним учасникам конкурсу зрозуміти потреби, обсяг проєкту та його ключові ризики.

Ці заходи особливо важливі в разі, якщо державний партнер (або конкурсна комісія за запитом державного партнера) не здійснив всебічного структурованого процесу тестування ринку на попередньому етапі. Державний партнер може також розглянути ідею про «м'який запуск» проєкту перед офіційним запуском шляхом публікації оголошення про конкурс в офіційному віснику (в газеті «Урядовий кур'єр», або «Голос України»), на офіційному сайті державного партнера і через інші відповідні засоби масової інформації, такі як газети та Інтернет. Це дозволить потенційним учасникам конкурсу заздалегідь спланувати роботу, необхідну для підготовки конкурсної пропозиції і розглянути кандидатури потенційних партнерів в консорціумі за проєктом. Інші заходи можуть включати випуск прес-релізу або проведення прес-конференції, проведення роуд-шоу, в ході якого потенційні учасники конкурсу на ключових ринках запрошуються на презентації проєктів, а також надання інформації через посольства, або галузеві асоціації.

Оголошення про конкурс повинно:

1. Дотримуватися відповідних законодавчих вимог.

2. Надавати потенційним учасникам конкурсу достатню інформацію для того, щоб оцінити, чи варто їм далі розглядати можливість подачі пропозицій щодо участі в проєкті.
3. Містити інформацію про будь-які пропозиції інформаційних зустрічей, відкритих для потенційних учасників конкурсу, та
4. Спрямовувати потенційних учасників конкурсу до будь-яких інших джерел інформації про проєкт, наприклад на сторінку інформації про проєкт на веб-сайті державного партнера.

7.2. Створення «віртуальної кімнати даних»

На попередніх етапах проєкту конкурсна комісія накопичила великий обсяг інформації, яку вона практично не може включити до конкурсної документації, але яка може допомогти учасникам конкурсу (які повністю відповідають кваліфікаційним вимогам) в підготовці їх конкурсних пропозицій. Для того, щоб учасники конкурсу могли підготувати більш якісні конкурсні пропозиції, що дають краще співвідношення ціни і якості, конкурсна комісія повинна розглянути можливість надання цієї інформації учасникам конкурсу через «кімнату даних», переважно через «віртуальну кімнату даних», де учасники конкурсу можуть отримати доступ до документів в електронній формі через Інтернет.

«Кімнати даних» зазвичай являють собою бібліотеки численних томів докладних записів, звітів та планів, що відносяться до окремого (зазвичай крупного) інфраструктурного проєкту, до яких учасники конкурсу можуть отримати доступ під час підготовки своїх пропозицій. Для проєктів ДПП концесійного типу, які вимагають, щоб приватні партнери взяли на себе експлуатацію та управління існуючими об'єктами, критично важливим буде наявність доступу до архівних планів, проєктів, реєстрів активів і даних з експлуатації та технічного обслуговування. Для проєктів ДПП, в яких учасники конкурсу будуть приймати на себе ризики в сфері попиту з боку кінцевих користувачів, наявність доступу до докладних записів про попит, виставлені рахунки, збори та доходи також матиме вирішальне значення. Проєкти ДПП, які відносяться до категорії «Greenfield», які передбачають будівництво нових об'єктів на порожніх земельних ділянках і мають єдиного користувача з державного сектору (наприклад, будівництво нових шкіл, лікарень або громадських будівель), зазвичай вимагають меншого обсягу довідкової інформації (і, отже менших за розміром фізичних та / або віртуальних «кімнат даних»), ніж проєкти ДПП, що відносяться до категорії «Brownfield», або проєкти ДПП, які передають ризики ринкового попиту приватним партнерам.

«Віртуальні» кімнати даних використовують технології зберігання даних у вигляді компакт-дисків та веб-сторінок з тим, щоб зробити цю інформацію доступною в електронному вигляді для учасників конкурсу, які пройшли кваліфікацію. «Кімната даних» також може бути фізичною кімнатою з обмеженим доступом для уповноважених учасників конкурсу, в якій знаходяться паперові копії документів. Вигоди від надання такої інформації повинні бути співставлені з потенційною конфіденційністю інформації. У деяких випадках буде доцільно надати доступ до «кімнати даних» тільки тим учасникам конкурсу, які пройшли попередню кваліфікацію і взяли на себе відповідні зобов'язання щодо дотримання конфіденційності. Крім конкурсних документів (конкурсний пакет) і проєкту договору ДПП/концесійного договору, приватним учасникам конкурсу для великих і

складних проєктів ДПП/концесії часто потрібен доступ до додаткової, докладної і спеціалізованої довідкової інформації про проєкт ДПП/концесії для того, щоб підготувати конкурентоспроможні і новаторські пропозиції. Повинні існувати чіткі протоколи для доступу і використання «кімнати даних» (включаючи договори про нерозголошення інформації, або «NDA»), і учасники конкурсу повинні бути зобов'язані погодитися з їх вимогами.

Деякі проєкти ДПП/концесії, які вимагають складних будівельних робіт, таких як будівництво нової дороги вздовж довгого транспортного коридору, включають в себе «інспекційні перевірки» та «огляди», організовані органом закупівлі і його радником з ДПП для технічного персоналу учасників конкурсу з метою особистого фізичного огляду пропонованої земельної ділянки і ключових майданчиків проєкту.

Згідно із законодавством України, конкурсна документація також повинна включати інструкції та процедури того, як учасники конкурсу (які успішно пройшли кваліфікаційний етап) можуть отримати доступ до відповідних документів (наприклад, в «кімнаті даних»). Така інформація також включається в запрошення RfP.

Крім того, державний партнер (або конкурсна комісія за запитом державного партнера) повинен розглянути питання про те, чи слід зробити конкурсну документацію, або будь-яку її частину доступною в іншій формі або в інший спосіб, якщо це буде більш зручно для учасників конкурсу. Наприклад, якщо конкурсна комісія вимагає, щоб учасники конкурсу представляли інформацію в своїх конкурсних пропозиціях в певному форматі або згідно певного макету, тоді конкурсна комісія повинна розглянути можливість надання учасникам конкурсів електронних шаблонів, які можна заповнити з використанням звичайних пакетів програмного забезпечення. Це дає декілька переваг:

- учасникам конкурсу не потрібно буде витрачати час на відтворення необхідного формату;
- буде знижена ймовірність помилок і пропусків в пропозиціях;
- той факт, що пропозиції будуть представлені в більш узгодженому форматі, може прискорити перевірку та оцінку відповідності після подачі пропозицій.

Типовий вміст «віртуальних кімнат даних» або фізичного місця розташування («кімнати даних») проєкту ДПП/концесії, доступний для перегляду учасниками конкурсу, які увійшли в короткий список, може включати:

1. Існуючі проєктні рішення і проєктно-будівельні звіти.
2. Оновлені мапи мережі інфраструктури і плани розширення.
3. Реєстри активів і обладнання.
4. Інвентаризаційні записи.
5. Записи про обслуговування обладнання та інші записи технічного обслуговування.
6. Клієнтські бази даних і кадастрові дослідження.
7. Існуючі договори на обслуговування, укладені органом публічної влади або балансоутримувачем, і т.д..

8. Фінансові звіти органу закупівлі, перевірені шляхом аудиту, або фінансові звіти балансоутримувача, якщо такі є.
9. Інформація про інші зобов'язання, такі як борги, що належать балансоутримувачу.
10. Інші докладні технічні, фінансові та юридичні звіти і записи, що стосуються окремого проєкту ДПП/концесії.

Рекомендується розробити «віртуальну кімнату даних» проєкту і звіт про інспекційні перевірки / огляди майданчиків, який міг би охоплювати наступне:

1. Список всіх документів, внесених у фізичну та / або віртуальну кімнату даних .

2. Копії всіх документів, внесених у фізичну та / або віртуальну кімнату даних.

3. Короткий опис всіх проведених зустрічей з метою інспекційних перевірок та оглядів із зазначенням того, хто був присутній і яка інформація була надана.

4. Копії всіх питань, отриманих від учасників конкурсу під час інспекції (-ій) і огляду (-ів).

5. Копії всіх відповідей конкурсної комісії.

Питання, отримані від учасників конкурсу в результаті інспекційних перевірок майданчиків, можуть вказувати на необхідність внесення змін до конкурсної документації за проєктом ДПП/концесії, включаючи пакет документів RFP і проєкт договору ДПП/концесійного договору. Отже, результати цих процедур повинні бути узгоджені з вхідними даними для формування уточнюючих запитань від учасників конкурсу і змінами в конкурсній документації.

Для проєктів ДПП/концесій, що вимагають складних будівельних задач, таких як будівництво доріг великої протяжності, низки нових громадських будівель і т. д., часто проводяться інспекційні перевірки ділянок і «огляди», що організовуються конкурсною комісією і її радниками з ДПП для учасників з короткого списку. Зазвичай ці заходи відвідують фахівці інженерного напрямку з груп підготовки конкурсних пропозицій, відповідальні за проєктування і управління будівництвом (в захисних касках і черевиках зі сталевим носком). Мета полягає в тому, щоб дозволити їм особисто побачити запропоновані для проєкту земельні ділянки і підготувати будь-які нові питання, пов'язані з проєктуванням і будівництвом. Будь-які питання, що виникають в результаті цих візитів, слід направляти в конкурсну комісію в письмовій формі. Повний текст питання, а також повний текст відповіді конкурсної комісії слід розіслати всім учасникам, включеним в короткий список.

8. Взаємодія з учасниками конкурсу

Після початку конкурсу і в процесі очікування конкурсних пропозицій, конкурсній комісії рекомендується забезпечити взаємодію з потенційними учасниками конкурсу з тим, щоб переконатися, що вони правильно розуміють вимоги органів публічної влади (державного партнера / державної установи або органу місцевого самоврядування), і реагувати на питання, підняті претендентами, щодо конкурсних вимог і проєкту договору.

Ця взаємодія може мати різний вигляд:

- відкриті зустрічі та презентації;
- надання роз'яснень щодо договору і конкурсної документації, а також
- отримання запитів про можливі зміни в договорі і конкурсній документації та відповіді на них.

У деяких проєктах більш широка взаємодія з невеликою кількістю учасників, що пройшли попередню кваліфікацію, наприклад процес конкурентного діалогу, може бути доцільною для забезпечення більшого узгодження між вимогами державного партнера/концесієдавця та пропозиціями учасників конкурсу.

8.1. Відкриті зустрічі та презентації

Хорошою практикою є проведення конкурсною комісією відкритого засідання або презентації на початку конкурсного процесу, на якій орган публічної влади (або конкурсна комісія за запитом органу публічної влади) пояснює цілі і ключові особливості проєкту та конкурсний процес. Потенційні учасники конкурсу повинні бути поінформовані про цю зустріч за допомогою офіційного конкурсного повідомлення або конкурсної документації.

Інформація, представлена на зустрічі, повинна в цілому відображати зміст конкурсної документації. Замість надання нової інформації, основною метою зустрічі повинно бути посилення змісту конкурсної документації шляхом надання тієї ж інформації через інший канал зв'язку. Проте, для конкурсної комісії може бути доцільно надати оновлену інформацію про будь-які інші процеси, які мають відношення до потенційних учасників конкурсу (наприклад, слід повідомляти про хід процесу в разі, якщо уряд здійснює придбання земельної ділянки для проєкту).

Ключовими доповідачами на зустрічі повинні бути високопоставлені представники державного партнера/концесієдавця або навіть уряду (в разі об’єктів державної власності), яким, при необхідності, допомагатимуть радники або інші ключові зацікавлені сторони, в число яких може входити Міністерство економіки або орган місцевого самоврядування. Присутність на зустрічі високопоставлених представників державного партнера/концесієдавця є переконливим сигналом для потенційних учасників конкурсу, що демонструє підтримку проєкту з боку уряду (органу місцевого самоврядування). У деяких випадках може виявитися доцільним, щоб відповідний міністр (міський голова) представив основні характеристики та цілі проєкту.

Ризики проведення таких зустрічей включають в себе більш велику потребу у часі та ресурсах урядової (муніципальної) команди, а також потенційну можливість (дійсну або сприйняття такої можливості), що один претендент / учасник конкурсу отримає інформацію, яку не було надано іншим претендентам/учасникам, що ставить під загрозу справедливість процесу. Відповідно до передової практики, для зниження цього ризику використовується ряд заходів.

- Правила проведення зборів заздалегідь поширюються серед усіх учасників.
- Якщо зустріч проводиться до публікації RFP, інформаційний меморандум про проєкт розсилається всім учасникам заздалегідь, а додаткова інформація під час зустрічей не надається.
- Конкурсна комісія повинна використовувати заздалегідь підготовлений сценарій під час зустрічей з тим, щоб гарантувати, що відповіді на одні й ті ж питання будуть однаковими на кожній зустрічі, наскільки це можливо.
- На кожному засіданні повинні бути присутніми, як мінімум, два представники уряду (може бути доцільно запросити більше двох, щоб мінімізувати ризик звинувачень в неналежній організації).
- Цей процес повинен бути добре задокументований за допомогою обліку відвідування і протоколів зборів.
- У деяких проєктах питання і відповіді розсилаються всім заявникам / учасникам конкурсу у знеособленій формі без розкриття будь-якої інформації, що відноситься до окремого учасника конкурсу.
- У деяких проєктах призначається незалежна сторона для участі у зустрічах і забезпечення того, щоб жоден з учасників конкурсу не отримав несправедливої переваги перед іншими учасниками конкурсу.

Навіть якщо проводяться зустрічі з окремими учасниками конкурсу, часто буває корисно провести форум або презентацію, на якій присутні всі претенденти / учасники конкурсу. Це забезпечить ефективність зібрання, на якому уряд (міністерство, місцева влада) зможе передати ключові повідомлення, що стосуються проєкту.

Інформація, представлена на зустрічі, повинна бути доступна всім претендентам / учасникам конкурсу відразу ж після її завершення (наприклад, шляхом розміщення її на веб-сайті, зазначеному в конкурсній документації для претендентів / учасників конкурсу). Це гарантує те, що потенційні учасники конкурсу, які не були присутні на зустрічі, не опиняться в невигідному становищі, і це особливо важливо, якщо на зустрічі була представлена будь-яка інформація, яка не містилася в конкурсній документації.

8.2. Надання роз'яснень щодо договору і конкурсної документації

Хорошою практикою для конкурсної комісії є дозволяти здійснювати запити щодо уточнення договору і конкурсної документації (відповідно до Закону «Про концесію», індивідуальні або групові зустрічі між конкурсною комісією і учасниками конкурсу дозволені в Україні тільки в рамках процедури конкурентного діалогу і тільки для концесійних проєктів ДПП). Проте, конкурсна комісія

повинна сама вирішувати відповідати чи ні на будь-який окремий запит про уточнення. Конкурсна комісія повинна надавати відповідь щоразу, якщо це допоможе учасникам конкурсу підготувати кращу конкурсну пропозицію і не скомпрометувати конкурсний процес[20].

Уточнення, в справжньому розумінні цього слова, не означає суттєвої зміни конкурсної документації або проєкту договору; воно просто усуває двозначність або невпевненість учасників конкурсу щодо значення цих документів. Однак, якщо конкурсна комісія зіткнеться з ситуацією, коли потенційні претенденти / учасники конкурсу вимагають внести зміни з тим, щоб зробити проєкт комерційно доцільним, конкурсна комісія повинна буде вирішити, чи дійсно такі зміни необхідні для того, щоб уникнути ситуації, коли не надійде жодної заявки / конкурсної пропозиції, або чи варто прийняти ризик. Уточнення є важливими для того, щоб претенденти / учасники конкурсу правильно тлумачили вимоги конкурсної комісії.

Відповіді (і відповідне питання) повинні бути доступні всім потенційним учасникам конкурсу (наприклад, шляхом розміщення питань і відповідей на веб-сайті, рекомендованому претендентам / учасникам конкурсу у конкурсній документації). Якщо формулювання уточнюючого питання розкриває дані про претендента / учасника конкурсу, який задає питання, або формулює проблему дуже вузько або нечітко, конкурсна комісія повинна забезпечити, щоб та версія питання, яка доступна іншим заявникам / учасникам конкурсу, була відредагована таким чином, щоб в ньому чітко пояснювалась проблема без зазначення учасника конкурсу, який поставив питання.

Відповіді з уточненнями зазвичай розглядаються як частина конкурсної документації. Однак вони не мають переважної сили перед оригінальним текстом конкурсної документації, якщо у відповіді не вказано, що в оригінальний текст були внесені поправки.

8.3. Оцінка потенційних змін до проєкту договору і конкурсної документації

В результаті надходження питань, заданих претендентами / учасниками конкурсу в процесі уточнення, може стати очевидним, що конкурсна комісія повинна істотно змінити певні аспекти проєкту договору, конкурсні вимоги або критерії. Цей ризик можна мінімізувати шляхом належної оцінки проєкту та ретельної підготовки конкурсної документації на попередніх етапах. Однак, з огляду на складність проєктів ДПП, може виникнути необхідність у зміні проєкту договору або конкурсної документації з наступних причин:

- конкурсна документація може включати вимогу, яку потенційні учасники конкурсу не можуть обґрунтовано виконати;
- у проєкті договору може бути двозначність, яку не можна узгодити;
- проєкт, представлений у конкурсній документації, та проєкт договору, можуть виявитися неприйнятними для потенційних учасників конкурсу.

[20] Це застосовується до всіх конкурсних процедур, крім конкурентного діалогу.

Коли конкурсна комісія отримує запит про зміни в проєкті договору або конкурсній документації, вона повинна розглянути питання про те, чи дозволяє така зміна отримувати конкурентоспроможні пропозиції, які є економічно доступними і пропонують належне співвідношення ціни і якості. Претенденти / учасники конкурсу, що роблять запит про внесення змін, можуть переоцінювати проблему або домагатися змін в проєкті, які будуть вигідні для них, але невигідні для державного партнера або майбутніх користувачів інфраструктури. Конкурсній комісії, можливо, буде потрібно проконсультуватися зі своїми радниками для оцінки реалістичності запиту про внесення змін.

Конкурсна комісія також повинна розглянути питання, чи вимагає внесення зміни продовження строку конкурсу. Надання такого продовження є хорошою практикою, крім випадків, коли зміна є дуже незначною, коли вона вноситься на початку конкурсного періоду, або якщо правова база забороняє такі зміни. Якщо правова база забороняє такі зміни, можливо, доведеться скасувати конкурсний процес і повторно оголосити конкурс.

Після того, як конкурсна комісія вирішить внести зміни в проєкт договору або конкурсну документацію і вирішить, чи потрібно продовжити строк проведення конкурсу - вся ця інформація повинна бути доступною всім потенційним учасникам конкурсу (наприклад, шляхом розміщення питань і відповідей на веб-сайті, рекомендованому учасникам конкурсу у конкурсній документації). У вставці 9 наведені приклади можливих змін до проєкту договору або конкурсної документації.

Текстова вставка 9. Приклади можливих змін до проєкту договору або конкурсної документації

Незначна зміна вимог до конкурсу, що не вимагає продовження конкурсного періоду

Конкурсна комісія представила на конкурс проєкт ДПП з конкурсною документацією, що вимагає від учасників конкурсу представити чотири скріплені примірники своїх пропозицій, один не скріплений примірник і один примірник в електронному вигляді (на компакт-диску, відформатованому під Microsoft Windows Office 2010). В конкурсній документації зазначено, що пропозиції повинні включати фінансову звітність перевірену шляхом аудиту за останні 3 роки для кожного підприємства, яке бере участь в конкурсному консорціумі.

Деякі потенційні учасники конкурсу просили змінити вимогу щодо надання їх перевірених фінансових звітів в форматі Microsoft Windows Office 2010 оскільки у них не було потрібних документів в цьому форматі.

Конкурсна комісія опублікувала додаток до конкурсної документації, змінивши, таким чином, вимоги до надання фінансової звітності в форматі PDF. Ця зміна не вимагає продовження конкурсного періоду.

Значна зміна, що вимагає продовження конкурсного періоду

Конкурсна комісія запропонувала на конкурс проєкт ДПП з будівництва платної дороги. Кілька потенційних учасників конкурсу повідомили конкурсній комісії, що вимоги до проєктування, зазначені в конкурсній документації для однієї з розв'язок між майбутньою платною і існуючою дорогою, не відповідають технічним стандартам і можуть привести до проблем в частині безпеки і створення заторів на дорогах.

Після консультацій зі своїми технічними радниками конкурсна комісія прийшла до висновку, що питання, підняті потенційними учасниками конкурсу, відповідають дійсності. Зміна вимог проєктного рішення

збільшить вартість проєкту, але проєкт, як і раніше, буде пропонувати належне співвідношення ціни і якості і забезпечить більш безпечний результат з меншими заторами на дорогах.

Конкурсна комісія повідомила всіх потенційних учасників конкурсу про нові вимоги проєкту дорожньої розв'язки і продовжила дату подачі конкурсних заявок на два тижні з тим, щоб учасники конкурсу могли включити нові вимоги в свої пропозиції.

***Звертаємо вашу увагу на те, що в контексті України**, зміни внесені до конкурсної документації, не можуть суперечити висновку за результатами аналізу ефективності державно-приватного партнерства і повинні відповідати принципам відкритості, рівноправності і недискримінації (для концесійних і неконцесійних проєктів ДПП).*

Вимога щодо внесення змін до проєкту договору, яка була відхилена державним партнером

Конкурсна комісія запропонувала на конкурс проєкт ДПП з положенням про врегулювання спорів в проєкті договору, яке відрізняється від положень про врегулювання спорів в попередніх договорах за проєктами ДПП в цій країні. Конкурсна комісія змінила положення про врегулювання суперечок, оскільки положення попередніх договорів виявилися обтяжливими в частині реалізації тоді, коли виникали спори в минулих проєктах.

Кілька потенційних учасників конкурсу просили змінити положення про врегулювання спорів з тим, щоб воно відповідало положенню, яке використовувалося в попередніх проєктах, оскільки це була «ринкова практика», і вони не погоджуються підписувати договір, який відрізняється від «ринкової практики».

Після консультації зі своїми юридичними радниками, на запит конкурсної комісії, державний партнер переконався, що новий пункт не передбачав настільки істотних змін, які були б неприйнятними для потенційних учасників конкурсу, які в іншому випадку були б зацікавлені в проєкті. Конкурсна комісія повідомила потенційних учасників про те, що не змінюватиме цей пункт. Потім ці учасники конкурсу подали пропозиції, в яких вони прийняли нове положення про врегулювання спорів.

8.4. Конкурентний діалог

Конкурентний діалог - це одна з процедур закупівель, яку дозволяється використовувати під час закупівлі концесійних проєктів. Він спрямований на забезпечення того, щоб:

- вимоги Конкурсної комісії були реалістичні і досяжні, і в результаті призвели до того, що учасники конкурсу запропонують пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості; та
- потенційні учасники конкурсу добре розуміли всі аспекти проєкту і вимог конкурсної комісії.

Конкурсний діалог зазвичай можливий тільки в тому випадку, якщо конкурсна комісія проводить попередній кваліфікаційний відбір і складає короткий список, в якому попередньо відібрані претенденти розставлені за рейтингом, і невелику кількість претендентів з найвищим рейтингом вибирають і вносять в короткий список для переходу до етапу запиту про надання пропозицій (для концесійних проєктів) .

Найбільш широка взаємодія зазвичай приймає *одну з двох форм*:

1. **Взаємодія відбувається до того, як орган закупівлі завершить підготовку запиту про надання конкурсних пропозицій і проєкту договору (поточна практика в Україні).**

Це є найбільш корисним в тих проєктах, де державний партнер не впевнений в тому, чи є його вимоги реалістичними і досяжними, і призведуть до того, що учасники конкурсу запропонують пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості. Взаємодія дозволяє учасникам конкурсу, включеним в короткий список, переглянути проєкт запиту про надання конкурсних пропозицій, частково підготувати свої пропозиції і надати зворотний зв'язок органу закупівлі. Потім орган закупівлі зможе переглянути запит про надання конкурсних пропозицій на основі отриманих відгуків і опублікувати його в остаточному вигляді. Прикладом такої форми взаємодії є процес «конкурентного діалогу» відповідно до правил закупівель ЄС.

2. **В якості альтернативи, взаємодія може відбуватись після того, як орган закупівлі завершить підготовку запиту про надання конкурсних пропозицій і проєкту договору (в даний час це не практикується в Україні).**

Це є найбільш корисним в тих проєктах, де державний партнер упевнений, що його вимоги реалістичні і досяжні, і призведе до того, що учасники конкурсу зроблять пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості, але він бажає переконатися, що учасники конкурсу мають чітке розуміння всіх аспектів проєкту і вимог державного партнера. Взаємодія дозволяє учасникам конкурсу, включеним в короткий список, представляти аспекти своїх пропозицій на розгляд конкурсної комісії по мірі їх розробки і отримувати від неї індивідуальні відгуки. Учасники конкурсу можуть прийняти до уваги зворотний зв'язок при остаточному доопрацюванні своїх пропозицій, тим самим пропонуючи конкурсній комісії більш якісні пропозиції і кращий результат. Прикладом такої форми взаємодії є «інтерактивний конкурсний процес», що проводиться у відповідності до Національних керівних принципів Австралії щодо проєктів ДПП.

Державний партнер, який планує конкурсний процес для великого і складного проєкту ДПП, повинен подумати, чи буде конкурсний процес більш ефективним при використанні однієї з цих форм взаємодії. У цьому випадку державний партнер повинен:

1. Упевнитись, чи можлива широка взаємодія в рамках правової бази, згідно з якою проводиться конкурсний процес.
2. Якщо широка взаємодія можлива:
    a. Включити етап попередньої кваліфікації та складання короткого списку до конкурсної стратегії (що визначено в рішенні про процедуру конкурсу, яке є частиною аналізу ефективності).
    b. Розробити набір протоколів для проведення взаємодії і включити ці протоколи до конкурсної документації в якості частини правил конкурсного процесу.

Додаток 1 містить докладні інструкції з проведення конкурентного діалогу та інших процесів розширеної взаємодії, а також всі необхідні протоколи.

8.5. Питання доброчесності

Відповідно до передової міжнародної практики, якщо в ході конкурсного процесу очікується значна взаємодія між конкурсною комісією або органом публічної влади і учасниками конкурсу, орган публічної влади повинен розглянути питання про призначення окремої особи для спостереження за процесом взаємодії, відстеження справедливого ставлення до всіх учасників конкурсу і оцінки впливу будь-яких випадкових або навмисних порушень належної практики при проведенні конкурсного процесу. Таку незалежну особу часто називають радником з питань доброчесності, аудитором з питань доброчесності або аудитором з питань справедливого ставлення, і вона також може виконувати наглядову роль під час оцінки пропозицій. Більш детальна інформація про цю роль представлена в Додатку 2.

Це робиться в основному для того, щоб уникнути ризику створення враження про те, що окремий учасник конкурсу або учасники конкурсу отримують перевагу в процесі конкурсу, або для уникнення ризику випадкового порушення правил процесу конкурсу. Наприклад, якщо було організовано відкриті зустрічі, на яких можуть бути присутні учасники конкурсу, може скластися враження, що учасники конкурсу, які можуть бути присутніми на цих зборах, отримають додаткову інформацію, яка недоступна учасникам конкурсу, які не можуть бути присутніми на цих зборах. Або, наприклад, якщо процес уточнення здійснюється через електронну пошту, конкурсна комісія може випадково відправити конфіденційну інформацію про проєкт учаснику конкурсу.

9. Попередній відбір претендентів

Після отримання від претендентів документів про кваліфікацію конкурсна комісія повинна застосувати методологію попереднього відбору відповідно до посібника з оцінювання та конкурсної документації.

Постанова Кабінету Міністрів України № 384 (пункт 35) дозволяє Конкурсній комісії уточнювати у претендента всю необхідну інформацію щодо змісту його заявки. Протягом 45 робочих днів з дня закінчення строку подання заявок комісія розглядає заявки, готує проєкт рішення щодо допущення (недопущення) претендентів до участі у конкурсі та надає його на затвердження державному партнеру. Слід використовувати процес уточнення для усунення будь-яких невизначеностей щодо того, чи задовольняє кандидат якому-небудь із критеріїв (*див. додаткову інформацію про процес взаємодії з кандидатами, включаючи надання роз'яснень в завданні «Взаємодія з претендентами»*]. Це може бути застосовано у випадку неконцесійних ДПП.

Конкурсна комісія повинна гарантувати, що попередній відбір проводиться відповідно до кваліфікаційних критеріїв і процесу, описаного у конкурсній документації, та з використанням послідовної методології, описаної в посібнику з оцінювання. Відхилення від критеріїв, процесу або методології не відповідають принципам прозорості і, ймовірно, приведуть до оспорювання результату.

Якщо документи про кваліфікацію представляє консорціум, члени команди повинні бути оцінені індивідуально, а також колективно на предмет прийнятності їх взаємовідносин, ролей і здібностей в частині досягнення відповідності задоволенню потреб проєкту та роботи з урядом в довгостроковій перспективі. Якщо члени приватних консорціумів раніше не працювали разом, слід приділити особливу увагу тому, наскільки добре вони будуть співпрацювати. У таких випадках від зацікавлених претендентів рекомендується отримати опис запланованих ними механізмів для уточнення прав власності на проєктну компанію, а також опис чіткої структури управління, яка зводить до мінімуму будь-які можливі суперечки між компаніями.

Один з практичних прийомів обмеження кількості приватних компаній, що подають кваліфікаційні дані, особливо для великих проєктів ДПП, полягає в тому, щоб стягувати плату[21] із зацікавлених приватних компаній за покупку документів RFQ. Це, як правило, не дозволяє недосвідченим компаніям подавати заявки з інформацією про кваліфікацію, на розгляд яких технічному комітету конкурсної комісії потрібен час. Це також допомагає отримати кошти, які можуть покрити деякі витрати на залучення незалежних експертів з операційної діяльності за проєктами ДПП. Міжнародний досвід показав, що у випадку масштабних проєктів ДПП, досвідчені і серйозні приватні потенційні учасники конкурсу, які розраховують витратити десятки тисяч доларів (або навіть більше) на підготовку повних конкурсних пропозицій, зазвичай готові нести такі додаткові витрати, якщо вони знають, що це допоможе процесу закупівель в цілому пройти більш гладко.

Результат оцінки повинен бути задокументований в звіті про попередній відбір, в якому точно фіксується оцінка кожного претендента по кожному з критеріїв і вказується, які учасники конкурсу відповідають кваліфікаційним критеріям. Потім попередньо відібрані учасники конкурсу запрошуються на етап RFP, де їм буде надана можливість підготувати і подати конкурсні пропозиції.

Після того, як звіт про попередній відбір буде схвалений конкурсною комісією (більшістю голосів її членів), конкурсна комісія повинна негайно проінформувати учасників конкурсу про результати кваліфікаційного процесу. Відповідно до Закону «Про концесію» (ст. 12, ч. 5) рішення концесієдавця та висновки щодо допущення/недопущення претендентів до участі у конкурсі пропозицій приймається протягом 14 календарних днів з дня закінчення строку подання заявок на участь у попередньому відборі. Для неконцесійних проєктів ДПП це рішення може зайняти більше часу (до 45 робочих днів)[22].

Якщо є тривала затримка з повідомленням претендентів про результати попереднього відбору, їх команди, що готують конкурсні пропозиції, можуть переключити свою увагу на інші проєкти і менш охоче брати участь в конкурсах за майбутніми проєктами, представленими на конкурс органом закупівлі. Про результати слід повідомити відповідно до вимог конкурсною документації з тим, щоб

[21] Відповідно до Закону «Про концесію» і Постанови КМУ № 384 України, конкурсна комісія може встановити реєстраційний збір для учасників конкурсу, але він повинен оплачуватися тільки тими учасниками конкурсу, які були відібрані для участі в RFP в результаті попереднього відбору.

[22] П.35 Постанови Кабінету Міністрів України № 384.

гарантувати справедливе ставлення до всіх потенційних учасників конкурсу у відповідності до правил, що застосовуються до проведення конкурсу.

Якщо отримана тільки одна або дві пропозиції, це може вказувати на те, що проєкт ДПП/концесії не був добре продуманий чи структурований. Державний партнер/концесієдавець повинен з'ясувати можливі причини відсутності інтересу з боку приватного ринку. ТЕО за проєктом ДПП/концесії і запропоновану структуру розподілу ризиків за проєктом, можливо, доведеться переглянути і змінити. Може знадобитися ще один раунд процесу RFQ з використанням переглянутого документу RFQ, або з більш широким розголосом для підвищення інтересу ринку.

10. Оцінка конкурсних пропозицій попередньо відібраних учасників конкурсу

В процесі оцінки конкурсна комісія розглядає отримані конкурсні пропозиції, застосовуючи послідовну методологію оцінки, і визначає кращого учасника. Спочатку вона повинна провести перевірку відповідності, щоб переконатися, що формальні вимоги дотримані. Потім можна оцінити конкурсні пропозиції, які пройшли цю перевірку.

Після отримання конкурсних пропозицій від попередньо відібраних учасників, конкурсна комісія повинна спочатку провести перевірку відповідності, щоб переконатися, що кожен учасник виконав формальні вимоги конкурсного процесу. Це передбачає підтвердження того, що:

- конкурсна пропозиція була подана у відповідності до вимог RFP;
- всі підписи достовірні і підписанти мають право підписувати пропозицію від імені своїх відповідних організацій;
- конкурсна пропозиція відповідає іншим вимогам законодавства, які можуть включати перевірку на предмет відсутності невирішених питань з податковими органами або судового переслідування за корупцію або шахрайство.

Конкурсна комісія повинна виконати ці перевірки до початку оцінки конкурсних пропозицій (з дотриманням всіх процедур).

В той час як початкова перевірка відповідності виявляє очевидні проблеми, такі як відсутність підписів або відсутність частини конкурсної пропозиції, не такі очевидні проблеми з невідповідністю можуть бути виявлені тільки під час самої оцінки. Наприклад, в технічній пропозиції можуть бути відсутні деякі вимоги або може бути додано альтернативну конкурсну пропозицію там, де таке не допускається. У RFP і посібнику з оцінювання повинен бути задокументований процес розв’язання таких проблем.

У деяких проєктах конкурсна комісія може виявити, що була отримана тільки одна конкурсна пропозиція, що відповідає вимогам, або не було отримано жодної відповідної конкурсної пропозиції. У текстовій вставці 10 даються вказівки стосовно цих ситуацій.

Текстова вставка 10. Рекомендації на випадок, коли отримана тільки одна пропозиція або не отримано жодної

Отримана тільки одна конкурсна пропозиція, що відповідає вимогам

Відповідно до законодавства України участь одного учасника конкурсу можлива на будь-якій стадії конкурсного процесу, і в цьому випадку такого учасника конкурсу може бути обрано приватним партнером/концесіонером за умови, що учасник відповідає всім умовам конкурсу. Однак це ставить конкурсну комісію в скрутне становище. Це говорить про те, що проєкт був непривабливим для всіх інших спроможних учасників конкурсу, що може бути пов'язано з тим, що проєкт був неналежно структурований і навряд чи буде успішним. Єдиний учасник конкурсу також може бути надмірно амбітним і мати нереалістичні очікування стосовно того, що він зможе реалізувати проєкт.

Конкурсна комісія матиме слабку ринкову позицію, якщо вирішить передати проєкт єдиному учаснику конкурсу. Цей учасник конкурсу може спробувати домовитись про зміну умов договору або конкурсна комісія може угледіти необхідність в переговорах через недоліки в конкурсній пропозиції учасника конкурсу, оскільки немає альтернативного учасника конкурсу, до якого можна було б звернутися, якщо не вдалося досягти задовільного результату.

Конкурсна комісія може прагнути запобігти виникненню такої ситуації, обмеживши ті аспекти пропозиції, які можуть бути предметом переговорів. Проте переговори з єдиним учасником конкурсу на цій основі можуть не дати позитивного результату (наприклад, тому, що пропозиція учасника пропонує дуже низьке співвідношення ціни і якості). Таким чином, орган закупівлі повинен залишити за собою право припинити конкурсний процес і повторно виставити проєкт на конкурс, або шукати альтернативне рішення в цих обставинах. Це право та інші вимоги, які застосовуються у випадку, коли є тільки одна відповідна конкурсна пропозиція, повинні бути вказані в RFP.

Конкурсні пропозиції, що відповідають вимогам, відсутні

Конкурсна комісія може зіткнутися з ситуацією, коли конкурсні пропозиції, що відповідають вимогам, відсутні. Найкращий спосіб уникнути такого результату для конкурсної комісії - це мати добре спланований і структурований конкурсний процес. Якщо учасників конкурсу немає, то належні наступні дії будуть залежати від причини цієї ситуації:

- Якщо є підтвердження того, що це пов'язано з тим, що конкурсна комісія надала потенційним учасникам конкурсу недостатньо часу для підготовки і подачі своїх конкурсних пропозицій, конкурсна комісія може розглянути можливість продовження строку подання конкурсних пропозицій, якщо це дозволено відповідно до законодавства.
- Якщо є докази того, що це пов'язано з тим, що структура або вимоги проєкту неприйнятні для потенційних учасників конкурсу, конкурсна комісія може з'ясувати, чи можна змінити структуру або вимоги так, щоб вони стали привабливими для ринку без шкоди для співвідношення ціни та якості, і в цьому випадку проєкт може бути запропонований на конкурс повторно.

Після завершення перевірки відповідності, конкурсна комісія може застосувати методологію оцінювання і провести процес оцінювання відповідно до положень посібника з оцінювання та

конкурсної документації. Відхилення від критеріїв, процесу або методології не відповідають принципам прозорості і, ймовірно, приведуть до проблем з результатом. Правила конкурсного процесу дозволяють конкурсній комісії запитувати у учасників уточнення щодо їх конкурсних пропозицій. Слід використовувати процес уточнення для усунення будь-яких невизначеностей або двозначностей в пропозиції, які впливають на оцінку (*для більш детальної інформації див. Завдання «Взаємодія з учасниками конкурсу»*).

Конкурсна комісія повинна розділити технічну і фінансову оцінки, встановивши фізичні та інформаційні бар'єри. Тобто особи, які беруть участь в технічній оцінці, не повинні мати доступу до деталей фінансової оцінки, і навпаки. Це гарантує те, що на сприйняття оцінювачів не впливатимуть ті аспекти конкурсної пропозиції, що не відносяться до конкретних критеріїв, які вони оцінюють.

Процес і результат оцінювання повинні бути задокументовані в звіті про оцінювання, в якому точно фіксуються етапи оцінювання, обговорення і прийняті рішення, а також вказується оцінка кожного учасника конкурсу по кожному з критеріїв і робиться висновок про те, який учасник конкурсу був визначений як пріоритетний. Звіт про оцінювання повинен бути затверджений відповідно до методології оцінювання та механізмів управління проєктом органом публічної влади в процесі затвердження рішення про обрання переможця або про скасування конкурсу. Тільки після цієї перевірки і визначення відповідних конкурсних пропозицій можна буде оголосити переможця при остаточному підрахунку балів.

Якщо оцінка є комплексною і містить важливі суб'єктивні або якісні елементи, відповідно до передової міжнародної практики конкурсна комісія призначає аудитора з питань доброчесності для спостереження за процесом оцінки. Існує підвищений ризик того, що той учасник конкурсу, що програв, заявить, що його конкурсна пропозиція не була оцінена справедливо і належним чином. Консультант з питань доброчесності, аудитор з питань доброчесності або аудитор з питань справедливого ставлення можуть знизити цей ризик, забезпечивши незалежний нагляд за процесом оцінки і підтвердивши те, що він проводився у відповідності з конкурсною документацією та посібником з оцінювання.

Після визначення пріоритетного учасника конкурсна комісія повинна представити результат оцінки на розгляд відповідному державному партнеру, оскільки відповідно до законодавства України, державний партнер (профільне міністерство або орган місцевого самоврядування - у випадку комунального майна) повинен схвалити звіт з оцінювання (протокол конкурсної комісії) і на його підставі прийняти рішення про результати конкурсу.

11. Присудження договору

Після завершення оцінки конкурсних пропозицій державний партнер приймає рішення про присудження договору. Державний партнер офіційно присуджує договір переможцю конкурсу (за винятком випадку, коли ініціатор пропозиції про здійснення ДПП визнається переможцем конкурсу,

якщо він погоджується з умовами, запропонованими у конкурсній пропозиції, яка отримала найвищу оцінку), повідомляє учасників конкурсу про результат, переконується у виконанні вимог щодо прозорості і в тому, що будь-які проблемні питання, пов'язані з конкурсним процесом, вирішені, і що сторони готові перейти до підписання договору.

Конкурсна комісія повинна представити результат оцінювання відповідному державному партнеру, підтвердити, що всі відповідні конкурсні і оціночні процеси були виконані, і надати рекомендації з присудження договору переможцю конкурсу. На цій підставі державний партнер укладає договір. Державний партнер повинен переконатися в тому, що він дотримався всіх вимог прозорості відносно рішення про присудження договору, включаючи публікацію рішення в Офіційному віснику (урядовому або муніципальному) і на офіційному сайті державного партнера.

Після прийняття рішення про присудження договору конкурсна комісія повинна негайно повідомити всім учасникам конкурсу про те, чи перемогли вони, чи ні. Про це слід повідомити відповідно до вимог конкурсної документації.

У міжнародній практиці законодавча база може дозволяти тим учасникам конкурсу, що програли, оскаржувати рішення про оцінку протягом певного терміну, який відомий як «період очікування». Період очікування, який передбачає заборону оскаржень після його закінчення, може бути корисним для забезпечення того, щоб будь-які оскарження відносно процесу були подані негайно, а не із стратегічних міркувань були відкладені учасниками, які не перемогли в конкурсі. У разі запровадження періоду очікування, конкурсна комісія повинна бути готова обробити будь-які оскарження протягом цього періоду відповідно до положень законодавства.

12. Узгодження остаточних умов договору

Після вибору переможця конкурсу йому буде запропоновано доопрацювати і підписати договір. Оскільки проєкти ДПП/концесії, як правило, є великими і складними, проєкт договору, опублікований разом із RFP, може не зовсім точно відповідати деталям конкурсної пропозиції переможця конкурсу. Переможець конкурсу і державний партнер/концесієдавець матимуть обмежену можливість змінити будь-які її умови або умови договору протягом певного періоду часу, за винятком випадків (якщо це прямо передбачено в конкурсній пропозиції і, якщо така зміна жодним чином не впливає на завершення процесу), коли потрібно внести відповідні узгодження між цими документами для забезпечення чіткої і недвозначної договірної основи для реалізації проєкту. Таким чином, це не процес переговорів, а формальне завершення визначення умов договору, що дозволяє внести в документ певну специфіку переможця конкурсу і його конкурсної пропозиції. Державний партнер/концесієдавець повинен уважно стежити за тим, щоб будь-яка формальна робота була проведена з метою узгодження договору з конкурсною пропозицією, наданою учасником конкурсу і оціненою в ході конкурсного процесу.

Переговори повинні бути обмежені коригуванням остаточних деталей, що містяться у конкурсній документації, і задоволенням розумних вимог кредиторів обраного учасника конкурсу. Переговори на цьому етапі не можуть стосуватися тих умов договору, які були визнані такими, що не підлягають обговоренню в RFP, і не повинні змінювати характер проєкту. Зокрема, це не повинно призводити до більш сприятливого результату для учасника конкурсу і менш сприятливого для органу публічної влади і користувачів, аніж результат, який можна було б очікувати на основі конкурсної документації та конкурсної пропозиції, представленої в ході конкурсного процесу.

Ризик відновлення переговорів щодо комерційних умов на цьому пізньому етапі можна було б додатково мінімізувати, якщо наполягти на тому, щоб кредитори обраного учасника конкурсу вказали, що вони згодні з розподілом ризиків, закладеним в проєкті договору, на етапі, коли між учасниками конкурсу існує конкуренція. Радники державного партнера/концесієдавця можуть зробити свій вклад в цей процес, повідомивши про те, чи є конкурсні пропозиції учасників реалістичними і який рівень фінансових зобов'язань буде доречним на кожному етапі.

У вставці 11 наведені приклади належних і неналежних переговорів щодо остаточного тексту договору після його присудження і до підписання.

Текстова вставка 11. Приклади належних і неналежних переговорів щодо остаточного тексту договору

Належні переговори

Державний партнер виставив на конкурс договір ДПП на проєктування, будівництво, фінансування і обслуговування нової лікарні. Контракт включав в себе зобов'язання з постачання, встановлення та обслуговування дорогого медичного обладнання для візуалізації. У запиті про надання конкурсних пропозицій було зазначено, що державний партнер заохочує новаторські пропозиції щодо фінансування, які пропонують державному партнеру належне співвідношення ціни і якості.

Переможець конкурсу мав домовленість з постачальником медичного обладнання, відповідно до якої постачальник повинен був фінансувати постачання обладнання, таким чином, що постачальнику вартість обладнання буде виплачуватися частинами протягом 5 років, і він не буде вимагати повної передоплати. Цей механізм був більш рентабельним для учасника конкурсу, ніж альтернатива із позикою для оплати повної вартості обладнання, і він знизив вартість своєї пропозиції.

Коли переможцю конкурсу був присуджений договір, він звернувся від імені постачальника обладнання з проханням внести поправки до договору ДПП з тим, щоб постачальник обладнання отримав ті ж права і захист, які будуть отримані кредиторами компанії спеціального призначення. Він обґрунтував це тим, що постачальник устаткування, по суті, надавав певну форму фінансування, по суті аналогічну позиці, хоча формально ознак позики це фінансування не мало.

Після консультації зі своїми юридичними і фінансовими радниками державний партнер прийшов до висновку, що запитана поправка до договору є доречною, оскільки вона пропонує належне співвідношення ціни і якості державному партнеру і пропонування такої ж поправки іншим учасникам конкурсу не вплине на результат процесу оцінки конкурсних пропозицій.

Неналежні переговори

Державний партнер виставив на конкурс договір ДПП на проєктування, будівництво, фінансування і обслуговування нової лікарні. Контракт включав в себе зобов'язання з постачання, встановлення та обслуговування дорогого медичного обладнання для візуалізації. У запиті про надання пропозицій і договорі були вказані вимоги до характеристик цього обладнання.

Коли переможцю конкурсу було присуджено договір, він спробував домовитися про зниження рівня продуктивності (результативності) медичного обладнання для візуалізації, заявивши, що, на його думку, більш дешева і менш потужна модель обладнання буде відповідати потребам лікарні, і ціна його конкурсної пропозиції передбачала, що дешевша і менш потужна модель обладнання буде прийнятною для органу закупівлі.

Державний партнер отримав наступні рекомендації від своїх радників:

- Технічні радники підтвердили дійсність вимог до характеристик, зазначених в запиті про надання конкурсних пропозицій та проєкті договору, і якщо державний партнер прийме більш дешеву і менш потужну модель обладнання, існує ризик того, що процес лікування пацієнтів може бути поставлений під загрозу. Таким чином, зміна умов поставить під загрозу належне співвідношення ціни і якості для державного партнера.
- Юридичні радники виявили ризик того, що ті учасники конкурсу, які програли конкурс, можуть заявити, що вони надали б пропозиції з більш низькою вартістю і, отже, отримали б більш високі бали в ході оцінювання, якби знали, що можуть запропонувати більш дешеве і менш потужне обладнання. Таким чином, існував ризик того, що, погодившись на таку зміну умов, державний партнер відкриє можливість для оскарження конкурсного процесу і знизить впевненість приватного сектора в здатності державного партнера проводити справедливий і прозорий конкурсний процес.

Ґрунтуючись на цій рекомендації, державний партнер відхилив запит переможця конкурсу про зниження потужності медичного обладнання для візуалізації і зажадав, щоб переможець конкурсу діяв на основі вимог до характеристик встановлених в RFP і в проєкті договорі.

13. Комерційне закриття

До закінчення крайнього терміну переможець конкурсу повинен буде виконати певні попередні умови, встановлені в RFP. Зазвичай сюди включені такі умови:

1. Переможець конкурсу має заснувати нову компанію, також відому як компанія спеціального призначення (SPV), яка буде приватною стороною в договорі ДПП/концесійному договорі.
2. Переможець конкурсу або компанія SPV повинні оформити страхові поліси відповідно до умов, викладених в RFP і проєкті договору (або, в деяких випадках, вони мають довести, що договір страхування вже був оформлений на цих умовах), та

3. Переможець конкурсу або компанія SPV повинні надати будь-які необхідні гарантії виконання на користь органу публічної влади.

Державний партнер/концесієдавець повинен встановити процеси для перевірки виконання попередніх умов шляхом підтвердження реєстрації SPV[23], перевірки відповідності страхового поліса і перевірки будь-яких необхідних гарантій виконання на користь органу публічної влади з тим, щоб підтвердити, що вони відповідають RFP і вимогам договору.

Якщо переможець конкурсу не може виконати всі умови до крайнього терміну, зазначеного в RFP, або відмовляється підписати договір, державний партнер/концесієдавець повинен вжити відповідних заходів, дозволених в рамках RFP, наприклад:

1. Вимагати від учасника конкурсу сплати заздалегідь визначених збитків.
2. Вимагати погашення будь-якого гарантійного зобов'язання, яке було необхідним при подачі конкурсної пропозиції.
3. Запропонувати наступному за рейтингом учаснику конкурсу підписати договір.
4. Повторно оголосити конкурс.

Як тільки державний партнер/концесієдавець упевниться, що всі попередні умови виконані, компанія SPV повинна підписати договір. Після виконання попередніх умов і підписання договору, між державним партнером/концесієдавцем і компанією спеціального призначення починає діяти юридично зобов'язуючий договір ДПП/концесійний договір.

Досягнення комерційного закриття - це не кінець конкурсного процесу і початок управління договором. Дійсність договору залежить від фінансового закриття, яке вимагає участі банків і міжнародних фінансових інститутів, а також експортних кредитних агентств і страхових компаній. Нездатність досягти фінансового закриття може призвести до переговорів щодо умов договору.

14. Фінансове закриття

Фінансове закриття це момент, станом на який вся документація за проєктом підписана, всі попередні умови, виконання яких є необхідним для фінансування проєкту, виконані, і фінансування проєкту стає можливим. Зазвичай воно настає після комерційного закриття, коли державний партнер/концесієдавець погоджує комерційні умови з приватним партнером/концесіонером, хоча такі попередні умови, як формальна реєстрація проєктної компанії або організація фінансування, застосовуються до вступу договору в силу.

[23] У договорах ДПП (концесії) приватним партнером (концесіонером) може бути тільки підприємство - резидент України. Отже, будь-який переможець, що не є резидентом, повинен створити підприємство - резидента України.

Договори про фінансування також зазвичай містять певний набір умов, які повинні бути виконані, перш ніж приватна сторона зможе отримати свій кредит, які називаються умовами, які передують фінансовому закриттю. Наприклад, фінансисти можуть зажадати від керівництва приватної сторони встановлення і виконання різних вимог щодо боротьби з відмиванням грошей. Керівництво приватної сторони може виявитися не в змозі виконати ці вимоги до тих пір, поки не буде підписано договір ДПП/концесійний договір або фінансові документи. Фінансове закриття відбувається тоді, коли фінансові домовленості узгоджені і все попередні умови виконані. Якщо фінансове закриття не відбувається протягом періоду, зазначеного в договорі ДПП/концесійному договорі, державний партнер зазвичай має право ініціювати процес оголошення про невиконання обов'язків, або розірвати договір. У більшості проєктів ДПП відповідальність за виконання більшості або всіх умов, що передують фінансовому закриттю, покладається на приватну сторону, однак державний партнер/концесієдавець повинен негайно виконати будь-які попередні умови, за які він несе відповідальність, як це має бути зазначено в договорі ДПП/концесійному договорі (наприклад, придбання до фінансового закриття певного відсотка смуги земельної ділянки для будівництва дороги).

У проєкті ДПП/концесії приватна сторона зазвичай ще має незавершені фінансові домовленості і не може використовувати свої позики в момент підписання договору ДПП/концесійного договору. Частково це відбувається через те, що фінансисти можуть не мати бажання погоджувати умови фінансування (тобто завершити переговори, або зробити зобов'язуючу пропозицію) до тих пір, поки вони не дізнаються про наявність підписаного договору ДПП/концесійного договору. Навіть якщо фінансисти готові узгодити умови фінансування до підписання договору ДПП/концесійного договору, це може виявитися дорогим і неефективним кроком для приватної сторони, яка може віддати перевагу завершенню переговорів після присудження договору за проєктом і покладатися під час подачі конкурсної пропозиції на орієнтовні фінансові пропозиції від одного або декількох кредиторів. Крім того, кредитори вимагають ретельної комплексної перевірки перед фінансовим закриттям. Це включає в себе перевірку всіх технічних експертиз і бізнес-припущень, а також комплексну перевірку і забезпечення того, щоб керівництво приватної сторони відповідало різним вимогам стосовно ідентифікації та боротьби з відмиванням грошей. Для кредиторів може виявитися неможливим провести таку комплексну перевірку перед комерційним закриттям, оскільки на це може не вистачити часу, або учасник конкурсу і кредитори можуть не мати бажання виділяти кошти і ресурси до тих пір, поки не буде прийнято рішення про присудження договору. Крім того, може існувати ряд попередніх умов, які залежать від державного партнера/концесієдавця, або повинні виконуватися державним партнером/концесієдавцем або третіми сторонами, і ця невизначеність не дозволить кредиторам (і учаснику конкурсу) провести повну комплексну перевірку доти, поки ці умови не будуть виконані.

Договір ДПП/концесійний договір повинен передбачати розумний графік фінансового закриття, беручи до уваги попередні операції, відгуки інвесторів і кредиторів, складність проєкту і здатність інвестора і кредиторів підтримувати витрати, зазначені в конкурсній пропозиції, і задовольняти різні умови, що передують фінансовому закриттю. Для більших, складних або «більш ризикованих» проєктів ДПП/концесії завершення фінансового закриття може зайняти до 6-12 місяців. Однак, для

невеликих, більш простих, або менш ризикованих проєктів, які не потребують проєктного фінансування, для виконання цієї процедури може знадобитися всього 1-3 місяці. Конкурсний процес може дозволити учасникам конкурсу подавати фінансові пропозиції на основі орієнтовних умов, отриманих від кредиторів. Стандарти або рекомендації для RFP повинні включати в себе необхідність надання учасниками конкурсу підтвердження наявності фінансування, в тому числі вказати фінансові пропозиції з орієнтовними умовами.

Договір ДПП/концесійний договір може вимагати від приватної сторони почати проєктні роботи відразу після підписання договору, а також вимагати від приватної сторони почати будівельні роботи на встановлену дату, навіть якщо фінансове закриття ще не відбулося. За цих обставин, приватна сторона використовує кошти, виділені за підпискою інвесторів в акціонерний капітал, для покриття вартості цієї роботи (див. Посібник з питань ДПП, Етап 4 щодо управління та реалізації договору ДПП).

Нижче наводиться список потенційних зацікавлених сторін, які зазвичай беруть участь в процесі фінансового закриття проєкту ДПП:

1. SPV;
2. інвестори (власник нового SPV);
3. радники з ДПП (фінансові, юридичні, податкові та технічні);
4. андеррайтери / організатори (боргові та пайові);
5. комерційні кредитори (банки, страхові компанії, пенсійні фонди та ін.);
6. незалежні інвестори в акціонерний капітал (акціонерні / інфраструктурні фонди);
7. багатосторонні банки розвитку;
8. донори.

Процес переговорів щодо договору про фінансування здійснюється приватним партнером/концесіонером і кредиторами, у яких приватна сторона вирішує спробувати отримати позику для проєкту. Отже, це не пряма відповідальність державного партнера або підрозділу з питань ДПП. Проте, державний партнер/концесієдавець повинен відслідковувати хід переговорів приватної сторони щодо фінансових угод і виконання попередніх умов (а також будь-яких попередніх умов, які повинні виконуватися третіми сторонами). Державний партнер/концесієдавець прямо зацікавлений в тому, щоб ці переговори між приватними інвесторами та кредиторами мали успішний і своєчасний результат. Державному партнеру/концесієдавцю слід просити про забезпечення інформування про досягнутий прогрес з тим, щоб переконатися, що переговори йдуть до успішного завершення.

1. *Забезпечення доступності інформації для кредиторів*: одна конкретна річ, яку можуть зробити державний партнер та його радники з ДПП, - це бути готовими відповісти на запити кредиторів щодо надання додаткової інформації про проєкти. Як правило, кредитори наполягають на залученні власних радників і галузевих експертів для ретельної перевірки всієї довідкової інформації про проєкт в рамках своєї власної комплексної перевірки. Органи публічної влади можуть полегшити цей процес,

зробивши всі відповідні джерела інформації доступними для кредиторів в міру необхідності.

2. *Вимога щодо надання регулярних звітів про хід реалізації переговорів від приватного партнера*: державному партнеру слід вимагати від учасників, яким було присуджено договір, регулярні звіти про хід переговорів щодо фінансування проєктів. Якщо після перших трьох-шести місяців виявиться, що фактичний прогрес був незначним і ймовірність успішного результату в разі очікування протягом ще шести місяців мала, державний партнер може розглянути варіанти розірвання договору за згодою сторін, або розглянути можливість присудження договору учаснику конкурсу, який посів друге місце.

3. *Управління випадками не завершення фінансового закриття*: якщо приватний партнер/концесіонер не може досягти фінансового закриття протягом терміну, встановленого державним партнером/концесієдавцем в договорі ДПП/концесійному договорі, є декілька варіантів дій, які державна сторона повинна оцінити. Державний партнер/концесієдавець може ініціювати погашення забезпечення виконання зобов'язань, яке надав приватний партнер/концесіонер. Однак державний партнер/концесієдавець повинен ретельно оцінити реальні причини того, чому фінансове закриття не було досягнуто. Ці причини можуть включати такі:

    - обраний приватний учасник конкурсу не мав попереднього досвіду в реальному залученні проєктного фінансування для проєктів ДПП і, отже, не міг успішно вести переговори з кредиторами;

    - фінансування проєкту здалося кредиторам занадто ризикованим;

    - один з приватних спонсорів нового SPV вийшов з консорціуму, а решта учасників вирішили, що вони не можуть продовжувати фінансування та управління проєктом без нього.

4. Нездатність досягти фінансового закриття є затратним досвідом для всіх сторін. У той час як приватна сторона ризикує втратити забезпечення конкурсної пропозиції, а також списати з балансу вартість декількох років витрачених на підготовку і розробку проєкту, державний партнер/концесієдавець стикається зі значними новими затримками в питанні створення важливих нових громадських об'єктів і надання послуг. Навіть кредитори ризикують втратити вартість власного часу і видатків, витрачених на комплексну перевірку і переговори з інвесторами.

Інші ключові юридичні документи, які відзначають прогрес, досягнутий за проєктом ДПП і в питаннях його фінансування, які повинні контролюватися державним партнером/концесієдавцем, включають (цей список прагне представити вичерпний перелік можливих ключових юридичних документів, але не всі вони можуть бути застосовані до всіх проєктів без виключення):

1. Статут.
2. Установчий договір.
3. Свідоцтво про початок діяльності.
4. Свідоцтво про реєстрацію.
5. Угода про субординовану позику.
6. Угода про позику «Standby».
7. Договори кредитування, що укладаються між кредиторами.
8. Договір про опціон на акції.
9. Договір ДПП/концесійний договір.
10. Гарантія виконання зобов'язань.
11. Договір про спільне підприємство.
12. Договір на проєктування і будівництво.
13. Договір про внесення змін до проєкту і будівництва.
14. Гарантії.
15. Договір інженірінга.
16. Дозвіл на відкриття рахунків.
17. Мандат на організацію і андеррайтинг акцій.
18. Договір про адміністративну комісію.
19. Згода Міністра фінансів.
20. Генеральне нотаріальне зобов'язання.
21. Обмежена гарантія акціонерів.
22. Податковий висновок, що підтверджує податковий режим в базовому випадку.
23. Початковий бюджет проєкту.
24. Початковий баланс.
25. Аудиторський звіт за початковим балансом.
26. Юридичний висновок.
27. Свідоцтво про відсутність невирішеного матеріального спору.
28. Інформаційний меморандум.
29. План управління навколишнім середовищем.
30. Програма участі громадськості.
31. План соціальної відповідальності.
32. Стратегія запобігання перевантажень.
33. Програма переміщення.
34. Лист - підтвердження відкриття банківських рахунків.
35. Звіти радників з питань страхування.
36. Підтвердження страховими брокерами наявності страхового покриття.
37. Звіт технічних консультантів кредитора.

Якщо у приватної сторони виникають труднощі із завершенням фінансових домовленостей або з виконанням будь-яких попередніх умов, вона може використовувати це як можливість спробувати переглянути договір ДПП/концесійний договір. Державний партнер/концесієдавець повинен ретельно оцінювати будь-які запити на повторні переговори в процесі фінансового закриття. У

деяких випадках незначна зміна в договорі ДПП/концесійному договорі, яка дозволяє приватній стороні досягти фінансового закриття, може бути найкращою в інтересах проєкту. Однак державний партнер/концесієдавець не повинен погоджуватися зі змінами, які суттєво збільшують витрати за проєктом або зменшують можливі вигоди проєкту, якщо тільки це не дає чистих позитивних результатів для державного партнера/концесієдавця і громади (для отримання додаткових рекомендацій щодо переговорів про внесення змін, див. Додаток 2 до Посібника з питань ДПП, Етап 4 щодо управління договорами).

У деяких проєктах, державний партнер/концесієдавець бере на себе або розділяє ризик базової процентної ставки (тобто ризик зміни вартості коштів на міжбанківському ринку) з моменту подачі конкурсної пропозиції до фінансового закриття. Приватна сторона зазвичай встановлює базову процентну ставку за договором про процентний своп при фінансовому закритті. У цих випадках платежі за послуги протягом терміну дії договору ДПП/концесійного договору будуть збільшені при фінансовому закритті з тим, щоб компенсувати приватному партнеру/концесіонеру частину, або всю підвищену базову процентну ставку (або зменшені з тим, щоб передати вигоду від більш низьких ставок органу закупівлі). Це вимагає дотримання певних протоколів, щоб гарантувати, що (i) остаточна відсоткова ставка узгоджена належним чином і відображає фактичну ринкову вартість, та (ii) коригування платежів за послуги правильно розраховано.

Процес фінансового закриття може бути відносно спокійним періодом для державного партнера/концесієдавця. Державний партнер повинен використовувати це як можливість переконатися, що він правильно налаштував свою функцію управління договорами і готовий до більшого робочого навантаження, яке може виникнути під час будівництва (див. Завдання 16 цього Посібника для отримання додаткової інформації про підготовку до виконання функцій управління договорами). Після фінансового закриття відповідальність за управління договором ДПП/концесійним договором може бути передана групі супроводу договорів.

15. Підготовка до управління договором: розробка стратегії і формування групи супроводу договорів

Після підписання договору ДПП/концесійного договору відповідальність за управління договором передається групі супроводу договорів, створеній державним партнером/концесієдавцем. Державний партнер/концесієдавець повинен розробити стратегію управління договором до фінансового закриття. Цілі розробки стратегії управління договорами:

- мати чіткий план, який визначає інструменти, процеси і ресурси (включаючи окрему групу супроводу договорів), необхідні для управління договором;
- визначити часові обмеження, протягом яких повинні бути задіяні ці інструменти, процеси і ресурси, та

- визначити механізми управління, які будуть потрібні для прийняття рішень за проєктом і підготовки звітності протягом терміну дії договору ДПП/концесійного договору.

15.1. Планування і стратегія управління договорами

При розробці стратегії державний партнер/концесієдавець повинен враховувати наступні аспекти:

1. *Інструменти і процеси управління договорами, необхідні для проєкту* - інструменти і процеси управління договорами описані в Додатку 1 до Посібника з питань ДПП, Етап 4 щодо управління договорами.

2. *Необхідні людські, фінансові та технічні ресурси* - якщо державний партнер/концесієдавець розробляє стратегію управління своїм першим договором ДПП/концесійним договором, він повинен уважно вивчити цей посібник з тим, щоб визначити необхідні йому людські, фінансові, інформаційні та технічні ресурси. Йому також слід проконсультуватися з іншими державними партнерами/концесієдавцями, більш досвідченими в управлінні проєктами ДПП/концесій для того, щоб отримати від них рекомендації щодо необхідних ресурсів. Якщо державний партнер/концесієдавець вже управляє існуючими проєктами ДПП, він повинен визначити потреби в додаткових ресурсах, зумовлених новим проєктом.

   Визначивши необхідні ресурси, державний партнер/концесієдавець повинен визначити, як саме він зробить ці ресурси доступними. Це включає визначення того як:

   - призначити групу супроводу договорів;
   - забезпечити необхідний бюджет;
   - закупити необхідну техніку.

3. *Часові обмеження, встановлені для розробки інструментів і процесів управління договорами* - вони повинні відповідати як наявним ресурсам, так і очікуваним часовим рамкам та етапам реалізації проєкту. Стратегія також повинна описувати те, як проєктна група, відповідальна за конкурсний процес, передасть відповідальність групі супроводу договорів, яка буде нести відповідальність за управління договором протягом терміну його дії. Необхідні інструменти і процеси, ресурси і терміни будуть відрізнятися від проєкту до проєкту. У проєктах ДПП зазвичай створюється окрема команда для виконання завдань з підготовки конкурсу і закупівель, а для реалізації договору після комерційного і фінансового закриття створюється інша команда, хоча деякі учасники можуть бути присутніми в обох командах. Тому державному партнеру/концесієдавцю слід запланувати створення своєї групи супроводу договорів до закінчення закупівель з тим, щоб запобігти втраті інформації про проєкт. Бажано, щоб або керівник запропонованої групи супроводу договорів, або

досвідчений менеджер із супроводу договорів існуючого проєкту ДПП в тій самій галузі з самого початку брав участь у розробці стратегії управління договором та складанні проєкту договору.

15.2. Механізми управління

Управління пов'язане з процесами прийняття рішень за проєктом і звітністю. Управління визначає, *хто з представників державного партнера несе відповідальність* за процеси і результати проєкту. Для забезпечення належного управління договором ДПП/концесійним договором, державний партнер/концесієдавець повинен забезпечити, щоб персонал, який буде залучений до управління і нагляду за договором ДПП/концесійним договором, мав:

1. чітко визначені ролі та обов'язки;
2. відповідне поєднання навичок, досвіду і підготовки;
3. достатньо часу, ресурсів і підтримки з боку державного партнера/концесієдавця для виконання своїх обов'язків.

Державний партнер/концесієдавець повинен визначити ролі та обов'язки цього персоналу в Посібнику з адміністрування договорів (як зазначено в Додатку 1 до Посібника з питань ДПП, Етап 4). Ролі та обов'язки, визначені в механізмах управління, повинні чітко вказувати, хто правомочний діяти від імені державного партнера/концесієдавця для реалізації його прав і виконання своїх зобов'язань за договором ДПП/концесійним договором.

В договорі ДПП/концесійному договорі можуть існувати положення, в яких вказується, що особа певного рівня або особа, що займає певну посаду в організації - державному партнері/концесієдавці, може діяти від його імені, або в договорі може бути зовсім нічого не сказано з цього приводу. В будь-якому випадку, державний партнер/концесієдавець повинен гарантувати, що механізми управління наділяють його відповідних представників повноваженнями діяти від його імені у всіх відповідних договірних обставинах. Наприклад, в проєктах ДПП, що реалізуються за державного фінансування, відповідні високопоставлені особи державного партнера повинні мати право затверджувати або відхиляти рахунки-фактури від приватної сторони відповідно до договору і затверджувати необхідні платежі.

Механізми управління повинні також визначати, *коли саме потрібне схвалення або згода* від іншого підрозділу в рамках державного партнера/концесієдавця або від іншого державного відомства, перш ніж державний партнер/концесієдавець зможе діяти. Наприклад:

- Якщо договір ДПП/концесійний договір з будівництва платних доріг дозволяє приватній стороні тимчасово закрити дорогу для проведення заходів капітального обслуговування, за умови, що приватна сторона має попередню згоду від державного партнера/концесієдавця,

перед тим, як надати таку згоду, менеджер договору повинен проконсультуватися з відділом державного партнера/концесієдавця, відповідальним за загальне оперативне управління дорожньою мережею з тим, щоб гарантувати, що передбачений час закриття дороги не призведе до неприйнятних наслідків для іншої дорожньої мережі.

- Якщо центральне відомство (наприклад, Міністерство фінансів) надало гарантію, або іншу підтримку для проєкту, державний партнер повинен отримати попереднє схвалення від цього центрального відомства, перш ніж починати дії за договором, які істотно змінять суму і терміни або характер підтримки.

Договір ДПП/концесійний договір зазвичай містить *часові рамки*, протягом яких державний партнер/концесієдавець повинен виконати завдання, за які він несе відповідальність. Наприклад, можуть бути встановлені граничні терміни для перевірки документів, поданих приватним партнером/концесіонером (такі як періодичні звіти або рахунки-фактури), або для отримання зворотного зв'язку щодо його пропозицій (наприклад, стосовно зміни характеристик запланованої послуги). Механізми управління повинні дозволяти державному партнеру/концесієдавцю швидко приймати необхідні рішення. Для цього, особи, які приймають рішення, повинні регулярно отримувати належну інформацію. Якщо в договорі не зазначено строк, протягом якого державний партнер/концесієдавець повинен виконати завдання, державному партнеру/концесієдавцю слід розглянути можливість встановлення свого власного цільового строку, а потім внести його в посібник з адміністрування договору. Це слугуватиме гарантією того, що завдання не пропускатимуть або не відкладатимуть до моменту, коли виконувати їх буде занадто пізно (додаткову інформацію про посібник з адміністрування договорів див. в Додатку 1 до Посібника з питань ДПП, Етап 4).

Для того, щоб гарантувати, що всі ключові особи, які приймають рішення, внутрішні зацікавлені сторони та інші установи державного або місцевого рівня *належним чином проінформовані і можуть робити свій внесок в прийняття рішень*, державний партнер може розглянути можливість виконання своєї діяльності на основі комітетів, а саме:

- «Керівний комітет», який відповідає за основні стратегічні рішення з управління ризиками проєкту і договірними подіями, до якого входять представники відділів державного партнера/концесієдавця, що беруть участь в проєкті, і, щонайменше, керівник групи супроводу договорів. Він також буде нести відповідальність за взаємодію зі своїми колегами з боку приватного партнера/концесіонера в ході спільного вирішення питань і проблем, пов'язаних з проєктом. Керівний комітет також буде діяти в якості органу, який приймає остаточні рішення з боку державного партнера/концесієдавця, і вирішує будь-які питання / спори, які не можуть бути вирішені на рівні групи управління проєктом ДПП. Керівний комітет може очолювати головна посадова особа державного партнера/концесієдавця (або його високопоставлений представник, обраний для керівництва проєктом ДПП). До нього можуть приєднатися деякі або всі колишні члени конкурсної комісії для використання їх історичних знань і здійснення оцінки проєкту.

- «Комітет управління», який відповідає за постійний моніторинг договору, до якого входять члени групи супроводу договорів та керівник підрозділу, який є профільним для проєкту.

Якщо проєкт передбачає надання гарантій або іншу підтримку, що надається центральним відомством, органом місцевого самоврядування як державним партнером/концесієдавцем або двома чи більше державними партнерами/концесієдавцями, ці організації також повинні бути представлені в керівному комітеті.

15.3. Створення групи супроводу договорів

У всіх проєктах ДПП державний сектор завжди несе повну відповідальність за регулювання послуг, що надаються в цьому секторі, незалежно від того, чи надаються послуги організаціями - постачальниками державного чи приватного сектора. Без цієї функції було б неможливо точно визначити, чи дійсно досягаються початкові цілі та договірні вимоги за проєктом ДПП. Процес створення групи супроводу договорів включає визначення процесу формування органу, який буде відповідати за збір даних, необхідних для визначення того, який саме рівень продуктивності (результативності) фактично забезпечується для належного дотримання умов договору ДПП/концесійного договору, а також для забезпечення того, щоб окремі затребувані зміни в цьому договорі, такі як коригування тарифів або цін, були належним чином проаналізовані і щоб відносно них були прийняті рішення.

Головна роль групи супроводу договорів пов'язана з самим договором ДПП/концесійним договором і процесом нагляду, що здійснюється по відношенню до приватного партнера/концесіонера в процесі досягнення цілей проєкту та співвідношення VfM. Другорядні ролі пов'язані з більш широкою участю в реалізації державної політики і комунікаціями з низкою зацікавлених сторін, щодо яких приватний партнер/концесіонер не є підзвітним.

Головні ролі (обов’язки) включають:

1. Дії в якості договірного представника державного партнера/концесієдавця (для захисту державних (територіальних) інтересів) при виконанні зобов'язань та забезпеченні додержання прав державного партнера/концесієдавця за договором ДПП/концесійним договором.
2. Моніторинг результатів діяльності приватного партнера/концесіонера щодо надання послуг, зазначених в договорі ДПП/концесійному договорі, і забезпечення дотримання механізму оплати або штрафних механізмів, пов'язаних з моніторингом виконання.
3. Підтримка зв'язку з приватним партнером/концесіонером в досягненні цілей проєкту.
4. Забезпечення належного обслуговування фінансових інструментів, таких як цінні папери і гарантії.
5. Врегулювання будь-яких спорів, що виникають у зв'язку з договором ДПП/концесійним договором.

6. Управління змінами (варіаціями і доповненнями) до договору ДПП/концесійного договору відповідно до державної політики і законодавства з метою досягнення належного співвідношення VfM за допомогою таких змін.
7. Нагляд за процесом управління активами проєкту і забезпечення їх належного обслуговування, обліку та звітності.
8. Забезпечення змін в тарифах для користувачів відповідно до договору ДПП/концесійного договору, державної політики і законодавства (якщо потрібно).
9. Звітування про фінансові результати проєкту відповідно до загальноприйнятої практики бухгалтерського обліку, що застосовується в країні.
10. Звітування про умовні фіскальні зобов'язання, що виникають в уряду (міської влади) в зв'язку з проєктом, і будь-які зміни в таких зобов'язаннях.
11. Регулярна координація дій з відомством з питань ДПП для надання оновлених даних, а також отримання вказівок з питань управління договорами, особливо у випадках настання договірних подій.
12. Регулярне звітування перед керівником організації державного партнера/концесієдавця і керівним комітетом про хід реалізації проєкту ДПП/концесії.
13. Моніторинг, оцінка та звітність про хід реалізації проєкту, а також визначення отриманих уроків для проєкту і майбутніх проєктів ДПП/концесій.

Другорядні ролі включають:

1. Підтримка зв'язку і розвиток співробітництва між урядовими і муніципальними структурами в усіх сферах державного управління щодо проєкту.
2. Моніторинг політики та законодавчого середовища проєкту.
3. Поліпшення інтеграції проєкту з іншими суспільно значущими послугами, програмами та проєктами.

Ролі та обов'язки щодо окремих функцій повинні бути включені в офіційний мандат групи супроводу договорів. Вони також повинні бути добре узгоджені з положеннями договору ДПП/концесійного договору, шляхом запровадження зобов'язання щодо звітності про виконання (результативність) і активи, які дозволяють групі супроводу договорів виконувати свою роль. Повноваження групи супроводу договорів також повинні бути відображені в описі процесу вирішення спорів в договорі ДПП/концесійному договорі, оскільки невідповідність повноважень знижує здатність групи супроводу договорів уникати затратних спорів.

Група супроводу договорів повинна володіти необхідними навичками і здібностями для управління звичайним робочим навантаженням в сфері супроводу договорів і мати гнучкість з тим, щоб при необхідності поповнювати ресурси групи супроводу договорів, в тому числі шляхом залучення зовнішніх радників (додаткову інформацію щодо взаємодії з радниками з супроводу договорів див. в Посібнику з питань ДПП, Етап 4).

Для невеликих і менш складних проєктів державний партнер/концесієдавець повинен призначити менеджера із супроводу договорів з широким набором вмінь, включаючи вміння в сфері управління

проєктами, навички управління ризиками, навички ведення переговорів і інші вміння і навички, які стосуються проєкту. Для великих і складних проєктів державний партнер повинен призначити групу супроводу договорів.

Склад групи буде залежати від потреб проєкту. В таку групу, як правило, входять:

1. менеджер із супроводу договорів, який в якості керівника групи діє як представник державного партнера/концесієдавця у відносинах з приватним партнером/концесіонером;

2. один або декілька членів групи з технічною освітою (наприклад, інженер-будівельник у випадку реалізації проєкту ДПП в сфері дорожнього будівництва, фахівець в сфері охорони здоров'я у випадку реалізації проєкту ДПП щодо лікарні), роль яких полягатиме у моніторингу надання послуг та їх якості на щоденній основі; і

3. один або декілька членів групи з економічною, фінансовою або юридичною освітою, які будуть займатися адмініструванням юридичних і фінансових аспектів договору.

При необхідності група супроводу договорів повинна також спиратися на підтримку інших підрозділів, які надають внутрішні послуги в рамках організації державного партнера/концесієдавця, таких як ІТ-відділ і відділ кадрів.

Робоче навантаження, пов'язане з управлінням договором ДПП/концесійним договором, буде значно змінюватися протягом життєвого циклу проєкту. Постійна група супроводу договорів, що призначається державним партнером/концесієдавцем, повинна бути достатнього розміру для комфортного управління звичайним робочим навантаженням з супроводу договорів. Державний партнер/концесієдавець також повинен бути готовим до розширення цієї групи в ті моменти часу, коли будуть потрібні великі ресурси. Наприклад, ймовірно, виникне потреба у великих ресурсах під час великих змін (щодо супроводу договорів та реалізації процесу управління змінами див. Додаток 2 до Посібника з питань ДПП, Етап 4) та в частині підходів до повернення (див. Завдання, що виконуються в процесі повернення в Посібнику з питань ДПП, Етап 4 «Супровід і реалізація договорів»). Під час таких заходів державний партнер/концесієдавець повинен збільшити розмір групи супроводу договорів за проєктом за допомогою однієї або декількох з наступних стратегій:

1. Якщо державний партнер/концесієдавець управляє більш ніж одним договором ДПП/концесійним договором, він може розділити членів групи за цими договорами. Наприклад, Міністерство економіки і торгівлі формує окрему групу для кожного проєкту, але деякі члени можуть входити в кілька груп.

2. У органу публічної влади можуть бути співробітники з відповідними навичками в інших підрозділах і він може тимчасово направити цей персонал в групу супроводу договорів.

3. Якщо державний партнер/концесієдавець, використовуючи зазначені вище варіанти, не може забезпечити достатні ресурси для супроводу договорів у вигляді персоналу з необхідними навичками, йому необхідно буде залучити зовнішніх радників з тим, щоб допомогти собі

справитися з тимчасовим збільшенням робочого навантаження в сфері супроводу договорів (для отримання додаткової інформації про взаємодію з радниками див. «Вступ» і Додаток 3 до Посібника з питань ДПП, Етап 4).

Державний партнер/концесієдавець повинен також розробити план управління наступництвом для групи супроводу договорів (додаткову інформацію про планування наступництва див. в Додатку 6 до Посібника з питань ДПП, Етап 4 «Супровід і реалізація договорів»).

Додаток 1 Конкурентний діалог і інші процеси розширеної взаємодії для концесійних проєктів[24]

Оскільки проєкти ДПП часто бувають великими і складними, широка взаємодія між державним партнером та потенційними учасниками конкурсу під час конкурсного процесу може бути корисною для забезпечення того, щоб:

- вимоги конкурсної комісії були реалістичні і досяжні, і в результаті призвели до того, що учасники конкурсу запропонують пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості; та
- потенційні учасники конкурсу добре розуміли всі аспекти проєкту і вимоги конкурсної комісії.

Можливий перелік різних форм взаємодії і найбільш підходяща форма буде залежати від того, що саме дозволено законом, що є практичним без шкоди для цілісності та неупередженості конкурсного процесу, а також від конкретних потреб проєкту.

Якщо державний партнер/концесієдавець планує конкурсний процес для великого і складного проєкту ДПП/концесії, він повинен з'ясувати, чи можливими є форми взаємодії, описані нижче (або деякі їх варіанти), в рамках правової бази, відповідно до якої проводиться конкурсний процес, і, якщо вони є можливими, слід подумати про те, чи буде конкурсний процес більш ефективним при використанні однієї з цих форм взаємодії.

a. Типові форми широкої взаємодії в конкурсних процесах ДПП - Конкурентний діалог (відповідно до правил закупівель ЄС)

В процесі «конкурентного діалогу» відповідно до правил закупівель ЄС, а також в даний час в Україні, взаємодія відбувається до того, як державний партнер завершить підготовку запиту про надання конкурсних пропозицій і проєкту договору.

Це є найбільш корисним в тих проєктах, де державний партнер/концесієдавець не впевнений в тому, чи є його вимоги реалістичними і досяжними і призведуть до того, що учасники конкурсу зроблять пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості.

Взаємодія дозволяє учасникам конкурсу, включеним в короткий список, переглянути проєкт запиту про надання конкурсних пропозицій, частково підготувати свої конкурсні пропозиції і надати зворотний зв'язок конкурсній комісії. Ключові етапи процесу включають:

- Процес прекваліфікації, який використовується для вибору учасників конкурсу, які запрошуються для участі в процесі конкурентного діалогу.
- Послідовні етапи діалогу проводяться з запрошеними учасниками конкурсу.

[24] Конкурентний діалог як форма закупівель в Україні застосовується тільки в концесійних проєктах.

- Після завершення діалогу, конкурсна комісія завершує підготовку свого запиту про надання конкурсних пропозицій і запропонованого проєкту договору, і учасники конкурсу представляють свої остаточні пропозиції.

Самий ранній етап конкурентного діалогу зазвичай зосереджений на технічних рішеннях, запропонованих учасниками конкурсу, які можуть включати питання проєктування.

Конкурсна комісія може структурувати процес таким чином, щоб кількість учасників конкурсу могла бути зменшена на етапах діалогу шляхом відсіювання тих учасників конкурсу, чиї рішення, як очікується, не будуть відповідати потребам органу закупівлі.

В процесі конкурентного діалогу учасники конкурсу уточнюють свої запропоновані рішення, а конкурсна комісія уточнює свою договірну позицію щодо кожного запропонованого рішення. В результаті, коли конкурсна комісія просить учасників представити свої остаточні конкурсні пропозиції, вона може попросити кожного претендента взяти участь в конкурсі на основі окремого договору. Потім конкурсній комісії необхідно подумати про те, як оцінювати заявки послідовним чином.

b. Конкурсний процес на основі взаємодії у відповідності до Національних рекомендацій уряду Австралії в галузі ДПП

В «конкурсному процесі на основі взаємодії», що проводиться у відповідності до Національних рекомендацій уряду Австралії в галузі ДПП, взаємодія відбувається після того, як конкурсна комісія завершить підготовку запиту про надання конкурсних пропозицій і проєкту договору і відправить їх учасникам, включеним в короткий список. Цей процес включає в себе проведення серії індивідуальних інтерактивних семінарів з учасниками конкурсу, включеними в короткий список, після того, як конкурсна комісія опублікує запит про надання пропозицій. З кожним учасником конкурсу проводяться окремі семінари.

Конкурсний процес на основі взаємодії дає учасникам, включеним в короткий список, можливість обговорити підготовку своїх концепцій і проєктів, а також отримати роз'яснення та відгук в контексті вимог конкурсної комісії до результатів проєкту, перш ніж подавати свої пропозиції. Семінари також зводять до мінімуму ризик неналежного розуміння вимог конкурсної комісії.

Це є найбільш корисним в тих проєктах, де державний партнер/концесієдавець упевнений, що його вимоги реалістичні і досяжні і призведуть до того, що учасники конкурсу зроблять пропозиції з належним співвідношенням ціни і якості, але він бажає переконатися, що учасники конкурсу мають чітке розуміння всіх аспектів проєкту і вимог конкурсної комісії.

c. Ключові міркування при підготовці конкурентного діалогу або конкурсного процесу на основі взаємодії

i. Необхідність складання короткого списку

Широка взаємодія вимагає значних ресурсів як для учасників конкурсу, так і для державного партнера/концесієдавця. Тому зазвичай це доцільно тільки в тому випадку, якщо конкурсна комісія проводить попередній кваліфікаційний відбір і складає короткий список, в якому попередньо відібрані претенденти розставлені за рейтингом, і невелику кількість претендентів з найвищим рейтингом вибирають і вносять в короткий список для переходу до етапу запиту про надання конкурсних пропозицій.

ii. Потрібні чіткі правила і протоколи

Конкурсна комісія повинна надати чіткі процедури, графіки та протоколи взаємодії в запиті про надання конкурсних пропозицій. Вона повинна просити учасників конкурсу, включених в короткий список, підтвердити в письмовій формі свою згоду з процедурами, графіком і протоколами до початку взаємодії.

Конкурсна комісія повинна забезпечити те, щоб її юридичні радники включали в умови конкурсу відповідні заходи захисту, що стосуються взаємодії. Наприклад, якщо учасникам конкурсу будуть надані проєкти запиту про надання конкурсних пропозицій до його остаточного доопрацювання, умови конкурсу повинні гарантувати, що пропозиції учасників конкурсу відповідають положенням остаточного запиту про надання конкурсних пропозицій, а конкурсна комісія не бере на себе зобов'язання будь-якого суперечливого змісту, які були в більш ранньому проєкті запиту.

iii. До учасників конкурсу слід ставитися однаково

Конкурсна комісія повинна однаково ставитися до всіх учасників конкурсу в процесі взаємодії, тобто надавати учасникам рівні можливості для такої взаємодії. Наприклад, якщо процес взаємодії включає семінари, на яких учасники конкурсу можуть отримати роз'яснення і зворотний зв'язок за своїми пропозиціями по мірі їх розробки, конкурсна комісія повинна запропонувати однакову кількість семінарів кожному учаснику конкурсу на одних і тих же етапах конкурсного процесу. Потім кожен учасник конкурсу може сам прийняти рішення щодо того, скільки з цих можливостей участі в семінарах він використає.

Рівне ставлення до всіх учасників конкурсу в інтерактивному процесі не обов'язково вимагає від конкурсної комісії надання ідентичної інформації всім учасникам конкурсу, якщо ця інформація не актуальна для всіх учасників конкурсу. Наприклад, у проєкті ДПП з очищення води для забезпечення водорозподільної мережі державного партнера/концесієдавця питною водою, різні учасники конкурсу можуть пропонувати використання різних технологій очищення води, які можуть мати різні результати і, отже, різні наслідки для державного партнера. Якщо державний партнер надав конкретний відгук в процесі взаємодії щодо однієї конкретної технології, то надання цієї інформації іншим учасникам конкурсу, які пропонують використовувати інші технології, може не знадобитися.

Конкурсна комісія повинна мати підготовлені процеси оцінки того, чи є інформація актуальною для всіх учасників конкурсу і, отже, чи повинна вона надаватися всім учасникам, чи, навпаки, вона повинна надавати інформацію тільки одному або декільком учасникам конкурсу.

iv. Взаємодія не повинна ставити під загрозу справедливість оцінки пропозиції

Конкурсна комісія повинна переконатись, що взаємодія не ставить під загрозу справедливість оцінки пропозицій. Це означає, наприклад, що інформація, яка була отримана від учасника конкурсу під час взаємодії, але яка не міститься в остаточній пропозиції учасника конкурсу, не повинна братися до уваги в ході оцінки цієї пропозиції.

v. Захист інтелектуальної власності учасників конкурсу

Конкурсна комісія повинна приділяти особливу увагу захисту конфіденційної інформації та інтелектуальної власності кожного претендента в процесі взаємодії. Конкурсна комісія не повинна передавати ідеї одного претендента іншим претендентам і повинна створити протоколи для забезпечення конфіденційності будь-якої інформації, наданої учасниками конкурсній комісії в процесі взаємодії.

Додаток 2 - Вимоги до інформації, що міститься у фінансовій моделі

Нижче наведено загальний контрольний список ключових вимог до фінансової моделі, представленої приватним учасником конкурсу. Цей контрольний список слід доопрацювати / налаштувати відповідно до потреб і специфіки кожного проєкту:

- фінансовий режим повинен бути представлений в електронному та паперовому форматі і бути сумісний з певною комп'ютерною програмою;
- модель повинна супроводжуватися ретельним і докладним поясненням того, як нею користуватися;
- містити чіткий опис всіх макро-, мікро- і загальних припущень;
- містити базову дату, зазначену в RFP - в міру зміни вартості грошових коштів в RFP повинен бути встановлений конкретний момент часу, який є загальним для всіх пропозицій;
- подаватись щомісяця протягом періоду розробки, а потім раз на півроку;
- надавати щорічні зведення за кожен рік до закінчення терміну дії договору ДПП/концесійного договору;
- представляти всі необхідні дані у вигляді номінальної, реальної і чистої поточної вартості (NPV) (використовуючи ставку дисконтування, зазначену в RFP);
- детально описувати структуру конкурсного консорціуму або корпоративну структуру проєкту;
- містити детальні дані про джерела і таблицю використання коштів для проєкту, включаючи капітальні витрати, загальні витрати на експлуатацію та технічне обслуговування (включаючи заміну обладнання), а також докладну розбивку всіх припущень і розрахунків доходів - від єдиних платежів до зборів з користувачів;
- містити детальну інформацію про суми, які повинні бути виплачені на користь державної установи за земельну ділянку, виділену для проєкту, або на користь будь-якого іншого державного підприємства за активи, виділені будь-якою з цих структур для використання в проєкті, а також виплачені державній установі за законні права на реалізацію проєкту, або у вигляді певної суми або відсотка від отриманого прибутку;
- містити структуру фінансування проєкту, включаючи види і пропоновані рівні боргу та власного капіталу; план фінансування та графік фінансових припущень із зазначенням всіх джерел, сум і напрямів фінансування; умови, терміни, базові витрати, коефіцієнт дохідності і комісії; надавати дані про ймовірний внесок капіталу кожного члена консорціуму із зазначенням відсотка від загального капіталу, який він представляє;
- надавати дані про основу і вартість пропонованих механізмів хеджування процентних ставок;
- містити припущення щодо інфляції;
- виявляти будь-які товари або послуги, номіновані в іноземній валюті, і надавати інформацію про валютні ризики, стратегії хеджування та розрахунки обмінних курсів;
- надавати вичерпне і докладне пояснення всіх припущень щодо податкового режиму;
- надавати дані про залишки на всіх резервних рахунках і страхові структури;

- надавати дані про прогнозні баланси, прибутки і збитки та черговість використання грошових коштів;
    a. розраховувати прогнозовану внутрішню норму прибутку (IRR) до вирахування фінансування і податків як в реальному, так і в номінальному вираженні;
    b. розраховувати реальну і номінальну прибутковість власного капіталу в якості компенсації з тим, щоб відобразити базову прибутковість власного капіталу протягом усього терміну дії договору ДПП/концесійного договору;
    c. забезпечувати аналіз чутливості капітальних вкладень, операційних витрат, процентних ставок, пільгових періодів погашення основної суми, терміну погашення боргу, інфляції, девальвації гривні і валютних курсів;
    d. вказувати основу і вартість котирувань ризику; та
    e. для цілей проєктного фінансування в рамках ДПП також вказується пропоноване співвідношення боргу до власного капіталу, річні коефіцієнти обслуговування (покриття) боргу (DSCR), коефіцієнт покриття боргу грошовими потоками на протязі терміну позики (LLCR) і коефіцієнт покриття боргу грошовими потоками на протязі терміну проєкту (PLCR).

Додаток 3 - Закупівлі на основі незапрошених пропозицій

Метою закупівель та присудження договорів в рамках незапрошених пропозицій (НЗП) є створення конкурентної напруженості при збереженні законних інтересів ініціатора пропозиції про здійснення ДПП. НЗП підлягають такому ж підходу до оцінки ефективності та процесу затвердження, що і проєкти, розроблені органами публічної влади, і повинні отримати рішення про доцільність здійснення ДПП до початку закупівель. Приватний партнер повинен бути обраний відповідно до процедури, викладеної в Законі України «Про державно-приватне партнерство», шляхом проведення конкурсу, при цьому слід дотримуватися процедури, викладеної в даному посібнику.

У разі якщо конкурс з визначення приватного партнера проводиться відповідно до пропозиції про здійснення ДПП, поданої особами, які відповідно до Закону можуть бути приватними партнерами, ініціатор пропозиції про здійснення ДПП може бути визнаним переможцем конкурсу, якщо його конкурсна пропозиція отримала найвищу оцінку або якщо він погоджується укласти договір на умовах конкурсної пропозиції, яка отримала найвищу оцінку (Закон України «Про державно-приватне партнерство» (стаття 14)).

Права інтелектуальної власності ініціатора пропозиції про здійснення ДПП в будь-якому випадку будуть захищені. Якщо використання будь-якого означеного вище права є необхідним для виконання запропонованого проєкту, його ініціатор до початку конкурсної процедури, повинен узгодити компенсацію, яка буде виплачена переможцем конкурсу в разі, якщо договір не буде присуджений ініціатору для використання такого захищеного права протягом усього проєкту і виключно для мети проєкту.

Правові положення про захист конфіденційної інформації та прав інтелектуальної власності спонукають інвесторів подавати новаторські незапрошені пропозиції. У той же час, державний партнер/концесієдавець повинен проявляти обережність, щоб не дозволити приватним ініціаторам занадто легко заявляти про конфіденційність (складових) своєї пропозиції з єдиною метою - обмежити конкуренцію.

Крім того, інтелектуальна власність зазвичай охороняється законом. Хоча державні партнери/концесієдавці, очевидно, повинні поважати права інтелектуальної власності при роботі з незапрошеними пропозиціями, це, звичайно, не вимагає спеціального додаткового захисту.

Залежно від характеру пропозиції про здійснення ДПП, існують різні підходи до поводження з інтелектуальною власністю в рамках НЗП. Там, де це можливо, державний партнер/концесієдавець може запропонувати проєкт на конкурс, вказавши необхідні результати, а не технологію, необхідну для їх досягнення. Цей підхід узгоджується з кращими практиками визначення вимог до виконання (результативності) на основі вихідних даних. В якості альтернативи, у випадках, коли інтелектуальна власність має вирішальне значення для проєкту, таким чином, що він не може бути реалізований в інший спосіб, рекомендації ЮНСІТРАЛ передбачають, що було б доцільно дозволити державному

партнеру/концесієдавцю вести переговори про виконання проєкту безпосередньо з ініціатором незапрошеної пропозиції[25].

Компенсація для приватного ініціатора

В разі, якщо проєкт присуджено іншому учаснику конкурсу (не ініціатору НЗП), ініціатор НЗП може отримати компенсацію без впливу на конкуренцію, у вигляді премії за подачу пропозиції. Максимальний рівень відшкодування витрат ініціатора підготовки пропозиції - 2,5% відсотка від вартості проєкту[26].

Хоча в даний час це не практикується в Україні, деякі країни використовують систему балів для оцінки фінансових і технічних пропозицій, за якою премія дорівнює процентній маржі, що є вищою за остаточний об'єднаний рейтинг, отриманий цим підприємством згідно фінансових і не-фінансових критеріїв оцінки. Однак існує ризик встановлення такої високої преференційної маржі, що конкуруючі і варті схвалення конкурсні пропозиції можуть бути не схвалені, що призведе до отримання менш цінного проєкту в обмін на преференції, що були надані учаснику конкурсу, який виявив інноваційний підхід.

В якості альтернативи, приватному ініціатору можуть бути відшкодовані витрати на підготовку незапрошеної пропозиції, повністю або частково. З метою забезпечення прозорості, будь-які стимули такого виду слід публікувати в запиті про надання конкурсних пропозицій. Закон України «Про державно-приватне партнерство» (стаття 14) передбачає, що у разі якщо переможцем конкурсу визнано іншу особу, ніж ініціатор незапрошеної пропозиції, переможець конкурсу має компенсувати ініціатору пропозиції про здійснення ДПП обґрунтовані, справедливі і належним чином задокументовані витрати, що виникли внаслідок підготовки незапрошеної пропозиції. І відповідно до Постанови КМУ № 384 (пункт 20), ініціатор пропозиції ДПП може отримати від переможця конкурсу відшкодування обґрунтованих, справедливих і належним чином задокументованих витрат, що виникли внаслідок підготовки пропозиції про здійснення ДПП, але не більше 2,5 відсотка вартості проєкту, що реалізується на умовах ДПП (якщо це зазначено в конкурсній документації).

Інші учасники кваліфікаційного відбору повинні бути поінформовані про те, що закупівля базується на НЗП. Оскільки вартість проєкту ДПП включається в висновок за результатами аналізу ефективності здійснення ДПП і є частиною конкурсної документації, учасникам конкурсу також буде відома сума компенсації, яку переможець конкурсу повинен буде виплатити ініціатору.

[25] Розділ «Незапрошені пропозиції» Рекомендацій ЮНСІТРАЛ для законодавчих органів щодо інфраструктурних проєктів, які фінансуються з приватних джерел (UNCITRAL 2001, 91–97).

[26] Наразі цей рівень визначений тільки для неконцесійних проєктів ДПП (п. 20 Порядку 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 (Постанова КМУ від 11.04.2011 № 384)). Закон України «Про концесію» не містить цю цифру.

Такий рівень компенсації може бути визнаний ініціатором пропозиції про здійснення ДПП недостатньо привабливим. Однак слід зазначити, що приватний ініціатор має глибокі знання про проєкт, що саме по собі дає значну перевагу перед пропозиціями інших конкурентів.