

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
22 April 2013
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
**Международный коллоквиум по вопросам
государственно-частного партнерства (ГЧП)**
Вена, 2-3 мая 2013 года

Документ для обсуждения**I. Введение**

1. Цель коллоквиума – подготовка рекомендации для Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) относительно возможной будущей работы в области ГЧП. Настоящий документ предоставляется участникам коллоквиума для оказания им помощи в их работе и структурно построен таким образом, чтобы следовать предварительной программе самого коллоквиума.

A. Справочная информация

2. По мнению Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций (ЕЭК ООН), выраженному в 2008 году, "Последние пятнадцать лет для большинства государств явились периодом борьбы за эффективность экономического развития и повышения уровня конкурентоспособности через развитие ключевых элементов национальной инфраструктуры. В результате этого произошло усиление интереса к частным предприятиям со стороны государства с точки зрения использования их потенциала для финансирования, создания и реализации специальных проектов, направленных на развитие инфраструктуры. Ранее плохо развитое и немногочисленное государственно-частное партнерство теперь превратилось в инструмент усиления экономической конкурентоспособности и развития услуг инфраструктуры. Все чаще государственно-частное партнерство начинают



рассматривать как один из эффективных механизмов восполнения дефицита средств для развития инфраструктуры в большинстве стран ЕЭК ООН"¹.

3. Практика показывает, что эта тенденция сохраняется и выходит за рамки стран ЕЭК ООН и хорошо зарекомендовавших себя моделей в развитых странах (таких как Австралия, Канада, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки и Франция). Информация, предоставленная в последнее время Секретариату, показывает, что в стоимостном выражении в ближайшие пять лет в одной только Индии ГЧП может превысить 1 триллион долларов США, и такие партнерства все чаще используются в Китае и других странах Азиатско-тихоокеанского региона, Центральной и Южной Америки².

4. В свете такого все более широкого использования ГЧП как одного из методов развития инфраструктуры организован данный коллоквиум для рассмотрения возможной будущей работы в области ГЧП в ЮНСИТРАЛ, а также с учетом обсуждений, проведенных по этому вопросу Комиссией на ее сорок пятой сессии в 2012 году³. На этой сессии Комиссия высказала следующие предположения: "Возможная целесообразность подготовки типового закона о публично-частных партнерствах на международном уровне с учетом важности этого предмета для развивающихся стран; работа в этой области может быть особенно оправданной в свете заключений, принятых государствами на Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию, проходившей в Рио-де-Жанейро, Бразилия, с 20 по 22 июня 2012 года, согласно которым следует поощрять использование публично-частных партнерств в качестве инструмента экономического развития⁴; и ЮНСИТРАЛ может воспользоваться результатами работы в этой же области, проводимой на региональном уровне, например директивой Европейского парламента и Совета о заключении контрактов на концессии, предложенной Европейской комиссией государствам – членам Европейского союза"⁵. ЮНСИТРАЛ включала вопрос о закупках и развитии инфраструктуры в свою программу работы в течение большинства из последних 22 лет, и ее

¹ Практическое руководство ЕЭК ООН по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства, Введение, размещено на сайте www.unecsc.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf.

² См., например, www.eria.org/projects/PPP.html; www.adb.org/publications/public-private-partnership-infrastructure-projects-case-studies-republic-korea; http://ppp.gov.ph/?page_id=107; <http://www.adb.org/offices/pacific/strategy>; www.iadb.org/en/projects/project-description-title,1303.html?id=co-t1139; www.iadb.org/biz/ppt/0604grahamb.ppt#444.

³ Комиссии была представлена записка Секретариата, озаглавленная "Закупки и развитие инфраструктуры: возможная будущая работа", A/CN.9/755, разделы 2 и 3. Размещена на сайте www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html.

⁴ См. итоговый документ Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию под названием "Будущее, которого мы хотим" (резолюция 66/288 Генеральной Ассамблеи, приложение), пункты 46, 71, 217 и 280 (d).

⁵ A/67/17, доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, сорок пятая сессия, пункт 115, размещен на сайте www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html.

документы получили признание как ключевые инструменты в деле эффективного регулирования развития инфраструктуры и смежных вопросов⁶.

5. Если участники коллоквиума придут к выводу, что ЮНСИТРАЛ следует включиться в работу в области ГЧП, то им необходимо будет рассмотреть положения рекомендации, которая будет дана Комиссии в отношении необходимости и объема предстоящей работы. Порядок представления и рассмотрения таких рекомендаций излагается в разделе II настоящего документа.

В. Исходные материалы

6. Настоящий документ основывается на информации о государственно-частном партнерстве (ГЧП), концессиях и аналогичных типах проектов, которая имеется в подготовленном Всемирным банком, Консультативным механизмом для государственного и частного секторов по вопросам инфраструктуры, Международной финансовой корпорацией и Норвежским агентством по сотрудничеству в целях развития документе "ГЧП и Центр информации по вопросам инфраструктуры – контракты, законодательство и нормативно-правовые акты" (www.worldbank.org/ppp) ("Всемирный банк"); на веб-страницах Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР), посвященных концессиям (www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions.shtml) ("ЕБРР"); на веб-сайте Европейского центра передового опыта в области ГЧП (ЕЦПО ГЧП – совместной инициативы Европейского инвестиционного банка ("ЕИБ"), Европейской комиссии, стран-членов и стран-кандидатов в члены Европейского союза) (www.eib.org/epes/g2g/index.htm) ("ЕЦПО ГЧП"); на веб-страницах Организации экономического сотрудничества и развития ("ОЭСР"), посвященных концессиям (www.oecd-ilibrary.org/governance/concessions_clp-10-5kmhbhp8v9mw); на веб-страницах Европейского союза, посвященных концессиям (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/concessions/index_en.htm); на страницах ЕЭК ООН, посвященных ГЧП (в частности, в Практическом руководстве по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства, размещено на сайте www.unecsc.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf); и на другой информации по отдельным вопросам, о чем говорится ниже. Цитаты из комментариев, сделанных этими организациями, относятся к информации, содержащейся в указанных в настоящем пункте источниках.

⁶ По итогам работы, проводившейся в ее Рабочей группе I в период с 2000 по 2012 год, ЮНСИТРАЛ приняла Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2012 год), Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2011 год) и Типовые законодательные положения по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2003 год). Она приняла Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2000 год, подготовлено Секретариатом и рассмотрено непосредственно Комиссией). По итогам работы, проводившейся в ее Рабочей группе V в период с 1981 по 1994 год, ЮНСИТРАЛ приняла Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (1994 год), Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров и работ (1993 год) и Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (1987 год).

7. Настоящий документ основывается также на следующих материалах, которые имеются в Секретариате только на английском языке (и которые будут в надлежащее время размещены на веб-сайте ЮНСИТРАЛ): "Юридический анализ государственно-частного партнерства в связи с типовыми правилами по ГЧП" ("Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules"), июнь 2012 года, проведен Сенгву Саном (приглашенный исследователь в ЮНСИТРАЛ, 26 июля 2011 года – 25 июля 2012 года, "анализ Сана"); доклад о типовом законодательстве в области ГЧП, который был подготовлен к третьей сессии группы специалистов ЕЭК ООН по государственно-частному партнерству ("Report regarding Model PPP Laws to the Third Session of the Team of Specialists on Public-Private Partnerships of the UNECE"), проведенной 18-19 апреля 2011 года, компанией "Симмонс & Симмонс ЛЛП", Лондон, Соединенное Королевство ("доклад Симмонс и Симмонс"); и резюме находящегося в работе Справочника по ГЧП и его соответствующего индекса оценок, 20 февраля 2012 года, под редакцией Винсента Пайрона (экономические и финансовые вопросы) и Марка Фрайлета (организационные и правовые вопросы) ("резюме Фрайлета").

8. И наконец, данный документ основывается на информации, которая была предоставлена Секретариату экспертами в ходе консультаций, проведенных с лета 2012 года.

С. Терминология

9. За исключением тех случаев, когда приводится цитата из публикации или другого источника, в настоящем документе под "ГЧП" понимаются все проекты в области развития, финансируемые из частных источников (вопрос об определениях рассматривается в разделе II А.3 ниже).

II. Вопросы для обсуждения

А. Темы, имеющие отношение к рассмотрению возможной будущей работы по ГЧП

10. Участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть следующие темы:

Есть ли техническая необходимость в подготовке документа ЮНСИТРАЛ по ГЧП; и

Сфера охвата будущей работы, связанной с подготовкой любого такого документа

В. Есть ли техническая необходимость в подготовке документа ЮНСИТРАЛ по ГЧП?

1. Создание условий для участия частного сектора в развитии инфраструктуры и предоставлении публичных услуг

11. Традиционно наиболее часто приводимая цель создания условий для ГЧП – это обеспечить участие частного сектора в развитии инфраструктуры, а нередко и в предоставлении соответствующих публичных услуг. При решении этой задачи следует учитывать, что спрос на такие инвестиции превышает объем финансовых ресурсов, имеющихся в распоряжении государственного сектора для финансирования этой сферы, и это стало особенно понятно после того, как осенью 2007 года разразился так называемый "мировой финансовый кризис".

12. Создание условий для участия частного сектора в таком развитии, по мнению ЕБРР, ставит целый ряд вопросов: "Вариант простой продажи государственных активов третьим сторонам неприемлем, поскольку в этом случае не будет конкуренции. [Для правительств] предпочтительнее было бы предоставить концессии или договорные/лицензионные права организациям частного сектора при сохранении других прав государства и государственной собственности в отношении определенных активов. [Перед правительствами] встает задача создания правового режима, поощряющего частные инвестиции в этих секторах. Создавая такой режим, [правительствам] необходимо создать атмосферу, благоприятствующую инвестициям в капитал отечественных предприятий со стороны зарубежных компаний, обладающих опытом в соответствующих секторах. [Правительствам] также необходимо должным образом учесть конкретные обеспокоенности финансовых учреждений, предоставляющих заемные финансовые средства".

2. Обеспокоенность на национальном уровне и в сообществе доноров по поводу того, что нерегулируемое ГЧП может быть неэффективным и не давать оптимальных результатов; относительный приоритет ГЧП и другие вопросы, имеющие значение для сообщества доноров и государств-получателей

13. В некоторых странах есть общие или секторальные законы о ГЧП или же имеются законодательные положения, допускающие регулирование ГЧП другими законами. В анализе Сана отмечается, что законы, конкретно касающиеся ГЧП, приняты в Бельгии, Италии, Польше, Португалии, Республике Корея, Бразилии и Испании⁷. Секретариату сообщили, что

⁷ В анализе Сана отмечается, что в Португалии принят акт DL 96/2003, который возлагает на Центральную группу по ГЧП в рамках MdF, Parpublica, ответственность за "разработку концептуальных моделей ГЧП, оценку, определение и организацию торгов, распределение рисков и контроль за исполнением". Кроме того, одна из основных целей нового акта DL 141/2006 – укрепление управления в сфере ГЧП, однако всего этого по-прежнему недостаточно для создания эффективно функционирующей Центральной группы по ГЧП (цитируется по PPP на португальском языке, МОПТС, 7 May 2008, at page 10). В Республике Корея в 1994 году принят Закон о частных инвестициях в социальную инфраструктуру с целью стимулирования частных инвестиций в строительство и эксплуатацию объектов социальной инфраструктуры. В закон было внесено несколько

некоторые другие государства находятся в процессе разработки законодательства по ГЧП (в том числе Китай). В то же время ясно, что во многих государствах нет соответствующего законодательства общего применения (в том числе в Австралии, Соединенном Королевстве и Соединенных Штатах на федеральном уровне, а все они постоянно используют ГЧП)⁸. Цифры, отражающие долю ГЧП, осуществляемого без соответствующего законодательного регулирования, различаются, но приводимые данные показывают, что она достигает 90 процентов.

14. Высказывалась озабоченность в связи с тем, что ГЧП представляет собой новую область для финансовых, юридических и государственных учреждений и поэтому не регулируется должным образом; наблюдается отсутствие понимания у заинтересованных сторон; многие проекты вызывают споры, и это является источником беспокойства у представителей гражданского общества (в том числе в Южной и Юго-Восточной Азии, Центральной и Южной Америке)⁹. По сообщениям, в частности, из Индии, Канады, Франции и Соединенного Королевства, операции с использованием ГЧП дают неоднозначные результаты¹⁰. Эти вопросы, наряду с озабоченностью по поводу качества консультаций, предоставляемых в связи с проектами ГЧП, вызвали (помимо прочего) скептицизм у общественности по поводу соотношения цены и качества, достигаемого в рамках проектов ГЧП, и в целом относительно их успешного осуществления (этот вопрос рассматривается в пунктах разделов С.2 и С.4 ниже).

15. Высказывалась также озабоченность в связи с последствиями отсутствия единых правил для использования ГЧП в качестве инструмента развития инфраструктуры и предоставления публичных услуг. Отсутствие правовой определенности может вызвать рост издержек по операциям, поскольку стандартные условия, возможно, придется обсуждать отдельно по каждому проекту, а это, как сообщается, может еще больше отбить желание прибегнуть к ГЧП и привести к выработке самых различных условий по проектам, что негативно отразится на их результатах и потенциале. В одних странах, как отмечалось, проекты ГЧП разрабатываются "на месте", без каких-либо внутренних инструкций, и иногда почвой для них служат любые подходящие положения законодательства о публичных закупках. В других странах этот

поправок в целях обеспечения гибких правовых средств, укрепления системы надзора со стороны конгресса и участия граждан, а также для защиты конкуренции в рамках всего этого процесса. В Бразилии в декабре 2004 года принят закон о ГЧП, направленный на стимулирование инвестиций в крайне важные проекты в области инфраструктуры (цитируется по C.V. Filho and J.B.Lee, *Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step forward, Two Step Back*, 22(5) *Journal of International Arbitration* 419426 (2005)).

⁸ Сан, цитируется David W. Gaffey, *Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States*, 39 *Pub. Cont. L. J.* 351, 352-53 (Winter, 2010), the Simmons and Simmons report, p.2; и Henrik Andersen et al., *Public-Private Partnerships 13*, Asia Link (2010). Сан поясняет, что в Австралии приняты законы по конкретным проектам и что в Соединенных Штатах имеется несколько специальных положений, касающихся некоторых ограниченных аспектов ГЧП.

⁹ См., в частности, примеры, приведенные в Nicholas, C: *Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures*, *Uniform Law review/revue de Droit Uniforme*, NS- Vol XVII, 2012.

¹⁰ Цитаты**.

вопрос фактически не затрагивается ввиду отсутствия надлежащей правовой базы. Поэтому эксперты высказали предположение, что эффективность действий государственных участников повысится благодаря разработке стандартных административных процедур, и при этом будет сохранена достаточная гибкость для увязывания проектных соглашений с конкретными потребностями каждого проекта.

16. Секретариату сообщили, что документ, касающийся законодательных рамок для ГЧП, станет важным инструментом не только для развивающихся, но и для развитых стран, в которых по-прежнему активно обсуждается вопрос о том, как регулировать ГЧП, несмотря на множество существующих проектов в этой области. Кроме того, некоторые страны имеют очень ограниченный опыт в плане ГЧП, и они испытывают большую потребность в информации и разъяснениях по этому вопросу¹¹. В связи с соответствующим замечанием в докладе Симмонс и Симмонс говорится, что некоторые инвесторы могут избегать ведения дел с государствами, у которых нет надлежащей правовой базы для регулирования ГЧП¹².

3. Описание и/или определение ГЧП: общая концепция или четко определенный вид проекта?

17. Как отмечала ЮНКТАД, "термин "государственно-частное партнерство" (ГЧП) становится все более популярным в кругах доноров. Однако такое партнерство может строиться на базе чрезвычайно широкого спектра подходов, и, если верить опыту развитых стран, давать не менее широкий спектр результатов"¹³.

18. Термин ГЧП традиционно считается включающим создание физической инфраструктуры с сопутствующими частными инвестициями в оказание услуг, но в настоящее время это становится и одним из путей развития нематериальной инфраструктуры (ИТ), и предоставления публичных услуг без развития инфраструктуры. В последнее десятилетие рынок финансирования проектов значительно изменился, особенно после начала мирового финансового кризиса, и появились новые методы обеспечения участия частного сектора¹⁴. Поэтому четкого понимания относительно тех видов проектов, которые могут подпадать под определение ГЧП, нет, и этот вопрос будет более подробно рассматриваться в следующем разделе.

4. Существующие документы и руководства по ГЧП на международном уровне – нуждаются ли они в усовершенствовании и согласовании?

19. Основными правовыми документами, существующими на международном и региональном уровнях и касающимися ГЧП, как было сообщено Секретариату, являются – в хронологическом порядке – следующие:

¹¹ Сан, цитируется по Henrik Andersen et al, supra.

¹² Simmons and Simmons, Section 5.

¹³ См. сноску 56 в докладе Генерального секретаря ЮНКТАД XIII сессии Конференции – "Глобализация с опорой на развитие: переход на путь устойчивого и всеохватывающего развития", размещен на сайте http://unctad.xiii.org/en/SessionDocument/tdxiii_report_en.pdf.

¹⁴ Доклад Симмонс и Симмонс, резюме.

20. Документ Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО) "Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate Transfer Projects (BOTs)" ("Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП)") (1996)¹⁵: в этих руководящих принципах рассматриваются финансовые и правовые аспекты разработки проектов СЭП и определена основная направленность, которой следует придерживаться при разработке эффективных стратегий СЭП, содержится важная практическая информация о структуре и процедурах функционирования механизмов СЭП, и они призваны помочь сократить время и затраты на разработку проектов СЭП и заключение договоров по ним.

21. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (и Сводные рекомендации по законодательным вопросам, 2000 год), и Типовые законодательные положения по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2003 год) ("документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников")¹⁶: в Руководстве для законодательных органов содержится 71 рекомендация по законодательным вопросам, и их цель – оказать помощь в создании законодательных рамок. Вслед за рекомендациями приводятся пояснительные комментарии и ссылки с аналитическим разъяснением финансовых, регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области. В изданных позднее Типовых положениях содержащаяся в рекомендациях Руководства для законодательных органов информация представлена в форме законодательных положений (51 положение).

22. Разработанные ОЭСР "Базовые элементы законодательства, касающегося концессионных соглашений" (2000 год) преследуют цель содействовать инвестициям частного сектора в инфраструктуру и природные ресурсы стран с переходной экономикой. Базовые элементы были подготовлены группой экспертов, созданной ОЭСР и Стамбульской фондовой биржей для разработки свода из 18 ключевых положений для концессионных соглашений, призванных способствовать созданию условий для того, чтобы проектное финансирование

¹⁵ Размещено на сайте www.unido.org/resources/publications/imported-publications/guidelines-for-infrastructure-development-through-build-operate-transfer-bot-projects.html.

В Руководящие принципы включены главы по следующим темам: введение в концепцию СЭП; этапы проекта СЭП; экономические основы схемы СЭП; роль правительства в обеспечении успешного осуществления проектов СЭП; передача технологии и создание потенциала с помощью проектов СЭП; вопросы закупок и выбор спонсоров; финансовая и экономическая оценка проектов СЭП; определение рисков и управление ими; финансовая структурная организация проектов СЭП; контрактный пакет; проектное соглашение; договор о выполнении строительных работ; договоры на эксплуатацию и обслуживание; передача права собственности; и факторы, определяющие успех.

¹⁶ Размещено на сайте www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

стало более практичным вариантом финансирования инфраструктуры в регионе Черного моря/Юго-Восточной Европы¹⁷.

23. Разработанные Европейским банком реконструкции и развития (ЕБРР) "Основные принципы современного законодательства о концессиях" (2006 год) были выпущены "для определения и развития действенных современных принципов законодательства о концессиях в странах, в которых работает ЕБРР," и с целью защиты инвесторов и государственного сектора. При разработке Основных принципов в качестве главных источников использовались Руководство и Типовые положения ЮНСИТРАЛ. Во всех десяти Основных принципах, кроме одного, в качестве источника конкретно указаны одна или несколько рекомендаций, содержащихся в Руководстве ЮНСИТРАЛ. Использовались также Базовые элементы ОЭСР¹⁸. (Документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, Базовые элементы ОЭСР и Основные принципы ЕБРР совместно именуется в остальной части данного документа как "правовые документы".)

24. Европейский союз пока еще не ввел в действие конкретные правила по ГЧП, но издал ряд документов по концессиям. В то же время ряд государств-членов высказали мнение, что необходим общий свод правовых норм Европейского союза по ГЧП, и уже имеется предложение по новой директиве, касающейся концессий¹⁹.

25. Помимо этих правовых документов есть много директивных указаний и интерпретирующих документов, совместно именуемых в остальной части данного документа как "опубликованные директивные указания" по ГЧП. Они включают подготовленное Европейской комиссией (ЕК) "Заявление, разъясняющее применение закона Сообщества о публичных закупках и концессиях к институционализованному государственно-частному партнерству"²⁰, которое призвано решить проблему, связанную с отсутствием юридической определенности в отношении участия частных партнеров в таких проектах, когда, как считает ЕК, это может подорвать их успех. "Руководство по рекомендациям" ЕЦПО ГЧП (см. "Исходные материалы", раздел I. В выше) направлено на выявление оптимальных рекомендаций, содержащихся в настоящее время в директивных указаниях по ГЧП во всем мире, с тем чтобы оказать публичным должностным лицам помощь при реализации проектов

¹⁷ См. дополнительно доклад Симмонс и Симмонс, в котором отмечается, что подготовленные ЮНСИТРАЛ Руководство и Типовые положения послужили основой ("отправной точкой") для Базовых элементов, размещенных на сайте www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_33816563_33816964_33959803_1_1_1_1,00.html.

¹⁸ Доклад Симмонс и Симмонс. Ключевые принципы ЕБРР размещены на сайте www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions/core_principles.shtml.

¹⁹ См. документы, размещенные на сайте http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_en.htm, включая текст предложения, "зеленый документ" по партнерским отношениям между государственным и частным секторами и закону Сообщества о публичных контрактах и концессиях, COM (2004) 327 final, 30th April 2004; и резолюцию о партнерских отношениях между государственным и частным секторами и закон Сообщества о публичных контрактах и концессиях, (2006/2043(INI)), 26 October 2006.

²⁰ Размещено на сайте <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:EN:PDF>.

ГЧП и улучшить понимание ими ключевых вопросов и процедур, связанных с закупками в рамках ГЧП. Его основной целью не является нормативно-правовая база для ГЧП, хотя оно и включает краткое приложение по данному вопросу²¹. Документ Всемирного банка "ГЧП и Центр информации по вопросам инфраструктуры – контракты, законодательство и нормативно-правовые акты"²² был подготовлен как источник информации для правительственных должностных лиц, руководителей проектов и юристов, участвующих в проектах ГЧП по созданию инфраструктуры, при решении договорных и правовых вопросов, связанных с правовой реформой в области инфраструктуры и проектами ГЧП, причем справочные материалы были заимствованы из реформаторских инициатив во всем мире. "Национальный инструмент для оценки готовности к ГЧП"²³ был разработан ЕЭК ООН в интересах государственных структур, занимающихся вопросами стратегии и политики, для оценки их готовности к созданию потенциала и рынков в сфере ГЧП и является частью набора инструментальных средств ЕЭК ООН по ГЧП. Эти последние два источника регулярно обновляются; Руководство по рекомендациям ЕЦПО ГЧП последний раз издавалось в 2011 году, и эти три документа являются единственными директивными указаниями, опубликованными после финансового кризиса (ни один из правовых документов после первоначального опубликования не обновлялся).

26. Поэтому сначала нужно рассмотреть, имеется ли свод достаточно последовательных, согласованных и современных рекомендаций для правительств и других сторон по правовым аспектам проектов ГЧП. Вполне понятно, что существует значительный объем материалов консультативного характера. Однако, как отмечается в докладе Симмонс и Симмонс, "при проведении наших исследований в рамках подготовки настоящего доклада ряд респондентов выразили озабоченность по поводу большого количества подходов и практических методов в отношении ГЧП, разрабатываемых и публикуемых различными органами Организации Объединенных Наций, многосторонними органами и такими учреждениями, как ЕЦПО ГЧП и [многосторонние банки развития]"²⁴.

27. В этой связи следует отметить, что сфера применения правовых документов и опубликованных директивных указаний неодинакова. Во-первых, документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, посвящены только проектам в области инфраструктуры и не охватывают проекты, связанные с природными ресурсами или концессиями, в то время как Базовые элементы ОЭСР включают и то, и другое. В результате предоставления концессий на освоение природных ресурсов в последнее время возникает много вопросов, вызывающих озабоченность, – например, использование сельскохозяйственных земель для разработки полезных ископаемых и связанные с этим вопросы

²¹ Сан, выше.

²² Размещен на сайте <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership>.

²³ См. www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2011/ppp/eArticles4/20.2_UNECE_National_PPP_readiness_self-assessment_english.pdf.

²⁴ Доклад Симмонс и Симмонс, 3.5.3.

продовольственной безопасности²⁵. Во-вторых, правовые документы, если брать в целом, касаются лишь концессий или операций, связанных с созданием физической инфраструктуры. Соответственно концессии только на предоставление услуг, о которых Секретариату сообщали как о новой форме ГЧП, как правило, остаются неохваченными.

28. В-третьих, в некоторых системах неясно, где проходит граница между публичными закупками и ГЧП. В проектах СЭП (предмет Руководящих принципов ЮНИДО и основная модель, используемая в частных финансовых инициативах в Соединенном Королевстве), по данным Всемирного банка, компании или операторы, занимающиеся осуществлением данных проектов, обычно получают свои доходы за счет платы, взимаемой с коммунальных предприятий или правительства, а не за счет тарифов, установленных для потребителей. В свете этой функции в некоторых (но не во всех) системах проекты СЭП могут квалифицироваться как публичные закупки, однако в других такие проекты признаются одной из форм ГЧП. С другой стороны, отличительной чертой концессий (которые часто считаются одним из основных видов ГЧП)²⁶ является то, что источником большей части или всех доходов служат тарифы для потребителей. (Вообще говоря, такие концессии исключены из Директивы Европейского союза о закупках 2004/18/ЕС)²⁷. Определение "приобретения" в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках исключает концессии, но, возможно, не проекты СЭП. Такие проекты были названы в качестве одного из основных видов проектов, которые обусловили разработку Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (как это отмечается в предисловии), а в Типовом законе о публичных закупках или сопровождающем его Руководстве по принятию прямо они не рассматриваются. Хотя в Соглашении о правительственных закупках (СПЗ) Всемирной торговой организации нет конкретных положений, касающихся ГЧП, и мнения комментаторов относительно того, охватывает ли этот документ те или иные модели ГЧП, расходятся, ряд государств включили некоторые проекты СЭП в сферу их действия²⁸.

29. В-четвертых, в этих документах не затрагивается прямая продажа или изъятие активов в пользу частного сектора для текущего оказания услуг (например, как это имело место на рынках телекоммуникаций и мобильной связи), равно как и не рассматривается сколь-нибудь подробно вопрос распоряжения активами, находящимися в государственной собственности.

30. Соответственно, первый вопрос, который предстоит решить участникам коллоквиума, состоит в том, поможет ли правительствам согласование

²⁵ См. дополнительно Fairer Mining Concessions in Africa: How Can this be Achieved?, размещено на сайте www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS_AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS.pdf, и Nicholas, выше, и цитируемые там источники.

²⁶ См. дополнительно резюме Фрайлета в разделе 5.

²⁷ Размещена на сайте <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:en:NOT>.

²⁸ Включая, например, Японию, Корею и Европейский союз. См. также "The new text of the Agreement on Government Procurement, an analysis and assessment", A.Reich, Journal of International Economic Law 12(4), 989-1022, размещен на сайте www.unpcdc.org/media/132243/ox.pdf.

основных элементов правовых документов и опубликованных директивных указаний в рамках одного четкого и всеобъемлющего документа, посвященного этим правовым аспектам.

31. В этом контексте участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об определении операций ГЧП, который может быть затронут в рамках любой будущей работы в этой области. Однако Секретариату сообщили, что попытки дать определение ГЧП могут быть контрпродуктивными как из-за сложностей с достижением консенсуса, так и в связи с вероятностью появления новых моделей, которые не подпадают под какое-либо установленное определение.

32. В более широком стратегическом плане было также предложено разработать согласованный подход ко всем методам развития инфраструктуры и предоставления публичных услуг, будь то с использованием публичных закупок, ГЧП или даже изъятия активов. Основная цель, которая стоит за этим предложением, связана с тем, что все такие операции предусматривают передачу национальных активов (основных средств или доходов) частному сектору в рамках соответствующих проектов. Таким образом, все они должны подпадать под действие одного и того же режима управления и других основных обязательств, а также одних и тех же норм, касающихся конкуренции, прозрачности, объективности в процессе принятия решений и так далее. В связи с этим Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции в статье 9 ("Публичные закупки и управление публичными финансами") и статье 12 ("Частный сектор") требует от каждого государства-участника принимать надлежащие меры по содействию прозрачности и отчетности в управлении публичными финансами и по предупреждению коррупции в частном секторе и устанавливая надлежащие гражданско-правовые, административные или уголовные санкции за несоблюдение таких мер²⁹. Поэтому участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть, нужны ли согласованные рекомендации по всем операциям, предполагающим управление публичными финансами и национальными активами. В правовом документе с таким более широким охватом необходимо будет также затронуть проблему выбора между различными методами финансирования конкретного проекта по созданию инфраструктуры, если такой выбор есть (например, путем ссылки на сопоставимый элемент публичного сектора), и участники коллоквиума, возможно, пожелают изучить данный вопрос ввиду больших расхождений в методах, о которых сообщили Секретариату.

5. Сфера охвата существующего национального законодательства по ГЧП – есть ли фактический стандарт?

33. Сфера охвата специального национального законодательства по ГЧП, как сообщили Секретариату (см. раздел 1 выше), показывает, что нет ни одной новой доминирующей формы национального законодательства, которая выступала бы в качестве фактического стандарта. Однако можно использовать отдельные элементы существующих законов вместе с правовыми документами и опубликованными директивными указаниями для содействия выработке

²⁹ См. дополнительно www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2012-August-27-29/Presentations/UNODC_Article_12_WG_Prevention_August_2012_FINAL.pdf.

согласованного подхода. Участники коллоквиума, возможно, пожелают запросить дополнительную информацию о текущем развитии событий в этом направлении как на национальном, так и на международном уровне.

6. Является ли отсутствие специального законодательства по ГЧП – или наличие разрозненных правовых положений – препятствием для действенного и эффективного ГЧП? Поможет ли документ, касающийся законодательных рамок для ГЧП, устранить такие препятствия?

34. Участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть, является ли отсутствие соответствующих законодательных рамок для ГЧП препятствием для действенного и эффективного ГЧП, сославшись на информацию о нынешней практике и результатах деятельности. В частности нередко отмечается, что препятствия возникают не только из-за отсутствия специального закона, но и из-за отсутствия надлежащих учреждений и потенциала для осуществления самих операций³⁰.

7. Согласование правовых рамок для публичных закупок и ГЧП, например в том что касается процедуры заключения договоров на осуществление проектов в области инфраструктуры и других этапов проектного цикла

35. Сославшись на нечеткое проведение границы между проектами, которые могут подпадать под государственное определение публичных закупок, и проектами, которые под это определение не подпадают (см. раздел 4 выше), эксперты сообщили ЮНСИТРАЛ, что, вероятно, целесообразно рассмотреть вопрос о предоставлении государствам возможности одновременно модернизировать все виды моделей создания инфраструктуры и предоставления публичных услуг.

36. У этого общего вопроса, поднятого экспертами, есть несколько аспектов. Во-первых, это процедуры заключения договоров (в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках и Руководстве по принятию они называются "процедуры отбора"). У многих стран сейчас есть детальные законодательные рамки для договоров о публичных закупках, и последние события, происходящие во многих организациях, которые активно занимаются реформой системы публичных закупок, свидетельствуют о том, что достигнут существенный консенсус по этим процедурам на международном уровне; это проявляется во все большем сходстве многих моделей законодательства в сфере публичных закупок. Однако процедуры отбора собственно для ГЧП – которое в ряде случаев отличается от некоторых проектов СЭП – обычно в законодательстве о публичных закупках не рассматриваются. Тем не менее во многих странах ГЧП считается побочным продуктом публичных закупок, и правительства могут добиваться заключения договоров в связи с ГЧП в соответствии с законодательством о публичных закупках. Этот подход вызывает серьезную озабоченность ввиду характера проектов ГЧП, предусматривающих заключение долгосрочных договоров, условия которых зачастую невозможно установить заранее, поскольку они должны быть предметом переговоров или по крайней мере обсуждаться со сторонами, которым предстоит исполнять договор.

³⁰ Доклад Симмонс и Симмонс, 3.5.2 и 3.5.3.

37. В докладе Симмонс и Симмонс отражено касающееся Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов замечание о том, что в то время не было какого-либо подходящего метода закупок для ГЧП, и сделана ссылка на принятую позднее директиву Европейского союза (2004/18/ЕС), которая предусматривает "конкурентные переговоры" и другие методы закупок, допускающие гибкость и взаимодействие между закупающей организацией и поставщиками. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, который также является более новым документом, предусматривает равноценные методы. Если государственный закон о публичных закупках не обновлялся с целью охвата и процедур отбора, включая взаимодействие на этапе отбора, правительство может добиваться использования не столь гибких методов закупок, которые будут менее приемлемы ввиду сложного характера ГЧП. Поэтому было высказано предположение, что государства могут быть заинтересованы в разработке закона о ГЧП параллельно с усилиями, предпринимаемыми с целью обновить свое законодательство о публичных закупках, добиться согласованности применяемых методов и предусмотреть метод (методы) отбора, подходящий для различных видов проектов, как бы они ни финансировались.

38. В этой связи участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть, следует ли в рамках любой будущей работы по ГЧП изучить важный вопрос, о котором сообщили Секретариату, а именно: необходимость обеспечения эффективной конкуренции даже при наличии ограниченного или концентрированного рынка в сфере ГЧП. В Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках этот вопрос затрагивается и говорится, что "при определенных обстоятельствах, например, закупках высокосложных предметов, конкуренция наилучшим образом обеспечивается путем ограничения числа участников. Эта, как кажется, парадоксальная ситуация возникает тогда, когда расходы на участие в данной процедуре являются значительными; если только поставщики не оценивают свои шансы на заключение в конечном счете договора как разумные, они не будут желать участвовать вообще", а также упоминаются два метода закупок, призванных обеспечить закупку таких высокосложных предметов, – торги с ограниченным участием и запрос предложений с проведением диалога³¹. В этой связи было также отмечено, что в тех случаях, когда уже имеется эффективный и обновленный закон о публичных закупках, в законе о ГЧП может содержаться ссылка на предусмотренные в нем процедуры отбора (и, соответственно, учреждения, создаваемые при необходимости на основе имеющегося потенциала).

39. Сфера регулирования процедур отбора в законе о ГЧП также является примером, свидетельствующим о необходимости рассмотрения вопроса о надлежащем уровне регулирования. Так, если закон, возможно, обычно рекомендует использовать комитет для оценки предложений, то дополнительно можно рассмотреть, должен ли этот закон регулировать работу и организационные уставные документы этого комитета, полномочия и обязанности его членов и другие аспекты управления, или же эти вопросы лучше осветить в дополнительных руководящих указаниях.

³¹ См., например, пункт 19 преамбулы.

40. Во многих законах о публичных закупках не затрагиваются вопросы планирования закупок, а также исполнения договора после процедуры отбора и этапа управления в процессе закупок. Комментаторы отмечали повышенные риски, связанные с управлением и исполнением на этих этапах публичных закупок, и рекомендовали проработать этот вопрос в законодательных рамках, а также на практическом уровне с учетом также содержащихся в статье 9(2) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции требований в отношении эффективных и действенных систем управления рисками и внутреннего контроля³². Однако в сообщениях также отмечается отсутствие консенсуса на международном уровне в отношении требований, касающихся исполнения, и соответствующих пунктов договора. Тем не менее во всех упомянутых выше правовых документах и опубликованных директивных указаниях по ГЧП особо отмечается крайняя необходимость уделения надлежащего внимания данным аспектам ГЧП; параллельное решение этих вопросов в связи с публичными закупками и ГЧП может дать государствам эффективные и действенные результаты: сближение процедур позволит также в согласованной манере выполнить требования в отношении управления, предусмотренные в Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, по всем соответствующим аспектам развития инфраструктуры и связанного с этим предоставления публичных услуг.

41. Этап планирования проектного цикла включает – в контексте ГЧП – распределение рисков и правительственную поддержку, определение при необходимости программных целей правительства (например, следует ли использовать преференции для поддержки тех или иных секторов экономики) и установление баланса между потребностями государственного и частного секторов: справедливое обращение по отношению к пользователям, ценообразование, раскрытие информации, условия договора, гибкость для адаптации к изменяющимся условиям, компания, осуществляющая проект, и соответствующие права, права вмешательства, изменение в праве собственности на проект и контроле над ним. Большинство из этих элементов не затронуты в процедурах публичных закупок.

42. Договоры в рамках ГЧП предусматривают не только долгосрочные проекты – это может быть общей чертой с некоторыми договорами о публичных закупках, – но и финансирование значительных инвестиций. В этом финансовом аспекте исполнения, как считается, состоит самое существенное различие между ГЧП и договорами о публичных закупках, и он являлся предметом серьезных прений во время обсуждения в ЮНСИТРАЛ Руководства для законодательных органов. Поэтому вопрос о том, что можно было бы рекомендовать в качестве минимальных требований в законе о ГЧП, возможно, требует дальнейшего рассмотрения.

43. Таким образом, в положениях о ГЧП необходимо будет затронуть более широкий круг вопросов, чем это требуется в связи с законодательными

³² Эти этапы, по мнению организации "Транспэрэнси интернэшнл" и других организаций, "в большей степени подвержены коррупции" (Transparency International Handbook, "Curbing Corruption in Public Procurement", 2007, размещено на сайте www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook).

рамками для публичных закупок. Учитывая это, а также трудности с организацией различных групп у правительств и заинтересованных сторон с вероятным возникновением коллизии интересов, эксперты рекомендовали придерживаться осторожного подхода к параллельной модернизации всех аспектов публичных закупок и ГЧП.

С. Сфера охвата любой рекомендуемой работы по ГЧП

44. Если участники коллоквиума намерены рекомендовать Комиссии поручить разработку согласованного правового документа по ГЧП, то они, возможно, пожелают рассмотреть на предмет возможного включения в него следующие основные элементы, на которые эксперты обратили внимание Секретариата.

45. Эти определенные экспертами основные вопросы, как правило, уже охвачены, хотя и с различной степенью детализации, в Основных принципах ЕБРР, Базовых элементах ОЭСР и документах ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Из этих трех текстов документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, в совокупности являются наиболее детальными и могут быть приняты в качестве контрольного перечня для определения, подходит ли та или иная правовая система для ГЧП. Участники коллоквиума, возможно, пожелают рекомендовать произвести оценку ряда общих программных и законодательных областей во всех вышеупомянутых правовых документах и опубликованных директивных указаниях, а также в их национальных эквивалентах, с тем чтобы определить ключевые элементы, которые необходимы для оказания поддержки в осуществлении проектов ГЧП, и установить, все ли они охвачены документами ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Именно этот подход принят в "Руководстве по рекомендациям" ЕЦПО ГЧП и, как отмечается в докладе Симмонс и Симмонс, в наборе инструментальных средств ЕЭК ООН по ГЧП. Это "включает инструмент для оценки готовности к ГЧП, который основан на аналогичном "контрольном перечне" общих программных и законодательных областей [сноска опущена]. Набор инструментальных средств ЕЭК ООН по ГЧП – это живой документ, который периодически сопоставляется с аналогичными публикациями для достижения определенной согласованности в рамках ИДБ, ЕЦПО ГЧП и Организации Объединенных Наций. В ходе любого будущего пересмотра Руководства ЮНСИТРАЛ всегда можно будет произвести увязку и перекрестное сопоставление этих "предоставляющих определенные возможности" программных и законодательных областей с инструментом ЕЭК ООН для оценки готовности к ГЧП в рамках такой более широкой инициативы по согласованию"³³.

³³ Доклад Симмонс и Симмонс, раздел 3.5.3.

1. Возможные минимальные положения, или основные элементы, правового документа по ГЧП

46. Первой ключевой областью, выделяемой в действующих правовых документах, является наличие стабильной и предсказуемой нормативно-правовой среды. Согласно общему мнению, это должно включать:

- a) четкие конституционные, законодательные и институциональные рамки (общие и секторальные в зависимости от необходимости);
- b) четкие правила для участия частного сектора;
- c) беспристрастность, прозрачность и доступность норм и процедур, касающихся концессий;
- d) порядок учета, прозрачность бухгалтерских книг и записей и обеспечение доступа к ним;
- e) согласованность с правовой системой государства;
- f) взаимосвязь с другими законами;
- g) объем полномочий на предоставление концессий и заключение договоров;
- h) административная координация между органами государственной власти (например, в связи с выдачей лицензий и разрешений);
- i) полномочия на регулирование услуг в сфере инфраструктуры;
- j) прозрачность на всех этапах проекта и
- k) последствия коррупции.

Многие из этих вопросов уже затронуты в документах по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и других правовых документах, хотя и не во всех из них рассматриваются все вопросы, в частности последствия коррупции.

47. Второй ключевой областью, также рекомендованной всеми экспертами и рассматриваемой в правовых документах и опубликованных директивных указаниях, является обеспечение эффективного планирования проекта, включая распределение рисков по проекту и оказание поддержки правительством и донорами. Как отмечает Всемирный банк, существует целый ряд потенциальных рисков, которые необходимо учитывать в ГЧП. На системном уровне сюда входят риски, возникающие вследствие отсутствия надлежащей нормативно-правовой базы и нынешнего характера ответственности правительства за предоставление услуг, а также вследствие того, что расходы на разработку, закупки и текущие издержки по проектам ГЧП могут быть выше, чем в случае традиционных публичных закупок (элементы, которые могут быть включены в сопоставимые показатели для публичного сектора или другие методы оценки, используемые для выбора путей развития инфраструктуры, как это отмечалось выше). На уровне проектов Всемирный банк упоминает вопросы финансирования, возникающие в рамках проектов ГЧП, и необходимость определения непредвиденных обстоятельств, которые должны быть оговорены в договоре. Отмечая, что

определить и предусмотреть такие чрезвычайные обстоятельства невозможно и что непредвиденные проблемы и события неизбежно будут возникать в ходе выполнения таких долгосрочных договоров, необходимо запланировать возможное проведение переговоров о пересмотре договора и изменении проекта или даже его прекращение. Некоторые элементы могут быть рассмотрены в соглашении по проекту ГЧП, включая и вопрос распределения рисков. Этот вопрос рассматривается в правовых документах и опубликованных директивных указаниях вместе с вопросом правительственной поддержки в случае изменения нормативного бремени или экономических обстоятельств. В рекомендации 12 ЮНСИТРАЛ по законодательным вопросам говорится, что не следует устанавливать излишних законодательных или регулятивных ограничений применительно к способности согласовывать распределение рисков по проекту ГЧП, однако Секретариату сообщили, что это положение привело к а) чрезмерному ограничению до сих пор гибкости концессионного законодательства, в том что касается частного сектора³⁴; и к появлению противоположной точки зрения, заключающейся в том, что б) оно не содержит надлежащих инструкций. Участники коллоквиума, возможно, пожелают рекомендовать провести в рамках любой будущей работы по ГЧП детальный обзор практики в этой области.

48. Третья ключевая область, которая рассматривалась в предыдущем разделе, связана с процедурами отбора. По сути основные принципы и процедуры являются зеркальным отражением практики, которая является общепринятой в контексте публичных закупок, а именно:

- а) беспристрастность, прозрачность и конкуренция как руководящие принципы;
- б) санкционированные процедуры для предварительного отбора, участия консорциумов, методов и приемов (один этап, два этапа, один источник, переговоры); сопоставление и оценка предложений;
- в) требования в отношении прозрачности (условия объявления, критерии оценки, разъяснения и изменения);
- г) конфиденциальность;
- д) уведомления о решении о заключении договора;
- е) ведение учета; и
- ж) средства правовой защиты и оспаривание (положения, предусмотренные также Конвенцией Организации Объединенных Наций против коррупции).

49. Четвертая ключевая область - это проектное соглашение. Что касается охвата вопросов, касающихся проектного соглашения и функционирования проекта, то эксперты рекомендовали рассмотреть в положениях следующие элементы:

- а) условия концессионного соглашения;

³⁴ Доклад Симмонс и Симмонс, раздел 3.5.1.

- b) регулирующее законодательство и юрисдикция;
- c) обязательная сила, юридическая действительность концессионного договора;
- d) автономия сторон;
- e) организация концессионера, право собственности на активы, приобретение прав в месте осуществления проекта, сервитуты, финансовые механизмы, обеспечительные интересы, уступки и передачи договора или контрольных интересов в концессионере;
- f) эксплуатация инфраструктуры, компенсации за изменения в законодательстве и стабилизационные оговорки (для международных ГЧП);
- g) срок действия, продление и прекращение действия проектного договора;
- h) изменения в проектном договоре, включая замену концессионера; и
- i) права третьих лиц, как, например, права вмешательства, права банков, инвесторов, субподрядчиков, пользователей.

50. И опять, многие из этих вопросов уже рассмотрены в документах по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и других правовых документах, однако это лишь поверхностный подход. В рекомендации 40 ЮНСИТРАЛ по законодательным вопросам говорится, что в законодательстве могут быть определены соответствующие положения для включения в проектное соглашение, но не устанавливается, какими они должны быть. Комментаторы отмечают, что общее внимание в правовых документах сосредоточено на основном содержании законодательных положений, допускающих использование ГЧП, а не на структуре проектов ГЧП и условиях проектного соглашения. Такая ситуация отличается от того, что наблюдается, согласно некоторым сообщениям, во внутреннем законодательстве, и Секретариату было высказано предложение, что, может быть, целесообразно пересмотреть уровень положений любых будущих правовых документов (в том числе и для обеспечения определенности и административной эффективности, с тем чтобы рассеять обеспокоенность по поводу нерегулируемого ГЧП, как это отмечается в разделе В.2 выше). Некоторые эксперты, в том числе и участвовавшие в подготовке доклада Симмонс и Симмонс, согласны с необходимостью обеспечения надлежащего уровня гибкости при обсуждении условий договора, подходящих для соответствующего проекта, и недопущения чрезмерной юридической жесткости в законодательстве³⁵. Другие указывают на возможное поступление просьб о подготовке инструкций и, не исключено, типовых положений от государств и других субъектов, не имеющих особого опыта в проведении переговоров по проектам ГЧП, особенно если коммерческие требования в отношении таких статей, как стабилизационные оговорки, являются устоявшимися и с учетом того, что в проектном соглашении должны быть четко изложены стимулы и требования в отношении результатов деятельности (Всемирный банк). Упор следует сделать на требованиях в отношении

³⁵ Там же, раздел 3.5.1.

показателей работы, которые ориентированы на достигнутый результат и которые относительно легко контролировать. Таким образом, ясно, что в ходе любой будущей работы над этим аспектом ГЧП необходимо будет улаживать разногласия по данному вопросу, а также содержанию всех рекомендуемых или обязательных положений, поскольку, как отмечается в докладе Симмонс и Симмонс, будут возникать определенные последствия в плане выбора законодательства для соответствующего ГЧП³⁶. Участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть этот вопрос более подробно, так как это может оказать существенное воздействие на возможность достижения консенсуса по тому или иному важному аспекту любого будущего правового документа.

2. Согласование и консолидация правовых документов и опубликованных директивных указаний

51. При определении рамок любой будущей работы над правовым документом актуален будет вопрос о согласовании и консолидации различных элементов документов ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и других правовых документов и опубликованных директивных указаний, о которых говорится в разделе В.4 выше. На этом более техническом уровне в докладе Симмонс и Симмонс определен ряд моментов, которые не затронуты в Типовых положениях ЮНСИТРАЛ, но рассматриваются в Рекомендациях по законодательным вопросам, включая вопросы общего применения, например разрешение на предоставление концессий на новые и существующие объекты инфраструктуры; юрисдикция органов, заключающих договор, и сферы охвата предоставляемых концессий; обеспечение скоординированных утверждений в публичном секторе; обеспечение надлежащего разделения функций между регулируемыми органами и поставщиками услуг и независимость этих регулирующих органов; необходимость принятия мер для обеспечения прозрачности и независимого рассмотрения в рамках регулирующих процессов и решений; и соответствующие механизмы урегулирования споров. Что касается мер, принимаемых в связи с проектами ГЧП, то, как отмечается в докладе Симмонс и Симмонс, среди вопросов, которые следует рассмотреть на предмет включения в любой будущий правовой документ, – механизмы мониторинга и утверждения для инфраструктуры и основных субподрядчиков; свобода выбора законодательства, регулирующего договорные отношения, обстоятельства непреодолимой силы и средства правовой защиты в случае неисполнения обязательств. В докладе Симмонс и Симмонс также говорится, что обсуждаемые в руководстве вопросы внутренних предпочтений и компенсации расходов на проведение торгов не фигурируют ни в Рекомендациях по законодательным вопросам, ни в Типовых законодательных положениях, но упомянуты как вопросы, заслуживающие внимания, в Руководстве для законодательных органов, что в положениях о средствах правовой защиты не затрагивается вопрос судебной помощи и что необходимо рассмотреть вопрос о суверенном иммунитете, который имеет важнейшее значение для обеспечения исполнения обязательств и является ключевым

³⁶ Там же.

определяющим фактором правовой определенности (эти моменты отмечались также в ходе консультаций экспертов). К тому же, как показывает доклад Симмонс и Симмонс, определенную пользу может принести более детальное рассмотрение в любом новом документе по ГЧП таких вопросов, как юрисдикция, распределение рисков, выбор законодательства, содержание договора, прекращение действия или изменение контроля, обеспечительные интересы, охрана окружающей среды и антикоррупционные меры.

52. Во всех правовых документах содержатся ссылки на другие сферы законодательства, которые необходимо учитывать (в частности по закупкам, обеспеченным сделкам, охране окружающей среды, борьбе с коррупцией и санкциям, арбитражному разбирательству и несостоятельности). Участники коллоквиума, возможно, пожелают рекомендовать пересмотреть комментарий по этому вопросу в документах ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, с тем чтобы привести его в соответствие с современными требованиями.

53. Эксперты также рекомендовали рассмотреть на предмет включения в любую будущую работу еще три темы: обеспечение экономической сбалансированности предприятия для успешного и устойчивого осуществления ГЧП; вопросы, связанные с объективностью договорного права; и как оценивать предложения в сфере ГЧП, если нет никакой цены, которую платит правительство. Последний вопрос будет актуальным при изучении, обеспечивает ли ГЧП или обеспечивало ли оно ранее соответствующему правительству эффективность расходования средств, и это один из вопросов, по которым можно определить успех ГЧП (другие вопросы см. в разделе ниже).

3. Урегулирование споров и незапрошенные предложения

54. Два других вопроса, которые вызывают серьезную озабоченность и которые были поставлены перед Секретариатом в ходе консультаций, – это средства правовой защиты и урегулирование споров как до заключения договора, так и во время осуществления проекта, а также подход к незапрошенным предложениям. Хотя эти темы затрагиваются в документах по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, было высказано предположение, что необходимы более детальные положения, которые будут также учитывать опыт, накопленный за годы, прошедшие с момента выхода этих документов.

55. Комиссия, как было отмечено, занялась вопросом урегулирования споров в 2012 году³⁷. В частности отмечалось, что, хотя иногда споры в сфере ГЧП

³⁷ См. "Закупки и развитие инфраструктуры: возможная будущая работа", записка Секретариата, A/CN.9/755, пункты 27-28 (размещено на сайте www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html). В этом документе отмечается, что "любой будущий текст по этой теме мог бы предусматривать "включение в соглашения и правовые нормы положения о регулярном обмене информацией между регулирующим учреждением и оператором; системы "раннего предупреждения" о возникающих проблемах, по возможности, постоянные механизмы (аналогичные советам по экспертизе договоров или другой постоянной механизм для проведения независимой экспертизы) в целях решения проблем на этапе их возникновения путем обеспечения законного

передаются в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), ЮНСИТРАЛ следует разработать национальную систему предупреждения и урегулирования споров на основе положений об урегулировании споров, содержащихся в главе VI Руководства для законодательных органов, и при этом рассмотреть вопрос о надлежащем судебном органе. Как отметила Комиссия, "что касается вопросов надзора и внутреннего урегулирования споров, то были подчеркнуты следующие моменты: эти темы следует рассматривать совместно, сообразно подходу к этой тематике на Конгрессе ЮНСИТРАЛ 2007 года по теме "Современное правовое регулирование для глобальной торговли"; следует рассмотреть вопрос о создании местного потенциала для разрешения споров, связанных с публично-частными партнерствами; подготовка типового закона по этим темам может существенно способствовать созданию такого потенциала; и такая тематика должна охватывать механизмы предупреждения возникновения споров, и в этой связи следует разработать правила, учитывающие потребности частного сектора, путем предоставления инвесторам возможности представить свои замечания в процессе подготовки применимых к ним правил и норм"³⁸.

56. Что касается незапрошенных предложений, то в рекомендации 30 ЮНСИТРАЛ по законодательным вопросам предусматривается, что (в порядке исключения из применения процедур отбора), "организации-заказчику может быть разрешено рассматривать незапрошенные предложения в соответствии со специальными процедурами, установленными в законодательстве для рассмотрения незапрошенных предложений, при условии, что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым организацией-заказчиком уже были начаты или объявлены процедуры отбора", а затем приступить к процедурам определения их приемлемости (как, например, специальные неконкурентные процедуры рассмотрения предложений, которые, как утверждается, предусматривают использование новых концепций или технологий). В руководстве подробно рассматриваются основные связанные с этим вопросы; Секретариату сообщили, что и программный подход, и рекомендацию следует пересмотреть с учетом практики, сложившейся после выхода документов ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.

57. Комиссия отметила, что среди других вопросов, которые в настоящее время не затрагиваются в документах ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, но заслуживают

соблюдения нормативных положений регулирующим органом и добросовестного их соблюдения оператором". В связи с этими положениями было рекомендовано обеспечить как на деле, так и в восприятии общественности независимость механизмов урегулирования споров (в том числе в вопросах выбора членов соответствующих органов и гарантии их компетентности) и соответствующих руководящих структур от политики и краткосрочных правительственных стратегий".

³⁸ A/67/17, Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, сорок пятая сессия, пункт 118, размещено на сайте www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html.

рассмотрения в рамках будущей работы в области ГЧП, – запрет подрядчику продавать объект концессии другому субъекту без согласия правительства³⁹.

4. Какой вид (виды) ГЧП следует рассмотреть?

58. В свете обсуждения по различным сферам охвата правовых документов и опубликованных директивных указаний участники коллоквиума, возможно, пожелают дать рекомендации относительно видов ГЧП, которые могут быть рассмотрены в рамках любой будущей работы в этой области. Во-первых, в конкретных секторах могут возникнуть проблемы, которые, возможно, потребуют особого подхода⁴⁰. Во-вторых, могут быть категории ГЧП, которые вызовут столь сложные проблемы, что их включение может привести к задержкам в подготовке согласованного документа по ГЧП, и по этой причине их необходимо будет выделить в отдельный проект, если ЮНСИТРАЛ вообще захочет заняться ими. Приведенный пример, который, возможно, пожелают рассмотреть участники коллоквиума, – это использование концессий для разработки нефтяных и газовых месторождений.

5. Достижение стратегических социально-экономических целей с помощью ГЧП

59. Еще одна проблема, на которую было обращено внимание Секретариата, – это вопрос прозрачности в достижении стратегических целей в области развития, ради которых используются частные инвестиции в инфраструктурные проекты и предоставление публичных услуг и на основании которых ГЧП можно квалифицировать как "успешное" или нет. Среди составных элементов этого вопроса – как следует и как можно сформулировать такие цели, как подходить к противоположным стратегическим целям и как установить баланс между этими целями и коммерческими потребностями концессионера из частного сектора и его инвесторов и финансистов. Некоторые проблемы, поднятые в связи с концессиями на освоение природных ресурсов и касающиеся воздействия на окружающую среду и последствий для местного населения и коренных народов, свидетельствуют о необходимости проявлять деликатность при решении этих вопросов. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках достижение целей социально-экономической политики с помощью системы закупок регулируется строгими механизмами обеспечения прозрачности и требованием о том, чтобы такая политика была закреплена в законодательстве или нормативно-правовых актах⁴¹. Участники коллоквиума возможно, пожелают рекомендовать рассмотреть этот вопрос в рамках любой будущей работы.

60. В целом государства, возможно, пожелают поощрять и стимулировать инвестиции частного сектора (большая часть которых будет поступать из-за границы) для повышения потенциала в области экономического и социального развития и обеспечения его устойчивости. В докладе Симмонс и Симмонс

³⁹ См. A/67/17, там же, пункт 119.

⁴⁰ См., например, документы по разным секторам во Всемирном банке.

⁴¹ См. статьи 8-11 Типового закона и комментариев по социально-экономической политике в Руководстве по принятию.

отмечается, что государства, обладающие эффективной правовой базой для поддержки проектов ГЧП, "в случае конкуренции за получение таких капиталов будут находиться в более выгодном положении по сравнению со странами, у которых такой базы нет"⁴². Участники коллоквиума, возможно, пожелают рассмотреть, насколько детально следует затронуть вопрос об инвестиционном климате для ГЧП в связи с разработкой того или иного будущего правового документа.

6. Варианты любого будущего документа по ГЧП

61. В основе мандата ЮНСИТРАЛ лежит задача устранить препятствия на пути международной торговли путем согласования законов, касающихся осуществления предпринимательской деятельности в контексте международной торговли. Этот мандат реализуется гибко и функционально. Организация выпускает целый ряд различных законодательных документов, включая конвенции, типовые законы, руководства для законодательных органов и типовые положения. Конвенции устанавливают императивные правовые обязательства; в типовых законах рекомендуются правовые тексты для включения во внутреннее законодательство (в последнее время они сопровождаются руководствами по их принятию, для того чтобы облегчить их осуществление и использование); руководства для законодательных органов отражают принципы или рекомендации по законодательным вопросам в тех случаях, когда может отсутствовать консенсус, единый подход или типовая норма; и типовые положения содержат элементы, которые должны быть включены в будущие конвенции или другие правовые документы⁴³.

62. Секретариату сообщили, что документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, используются и признаются не в полной мере, и содержащиеся в них полезные программные рекомендации все еще не находят должного понимания. Одна из причин, приводимых для объяснения такой ситуации, заключается в том, что данная ситуация возникает в результате стремления правительств получить полный набор типовых законодательных положений, а не программные рекомендации и разъяснения. Кроме того, ЮНСИТРАЛ часто сообщают, что созданию потенциала способствуют четко определенные законодательные рамки, закрепленные в как можно меньшем количестве документов. Эти соображения показывают, что документ по ГЧП желательно было бы разработать в форме типового закона.

63. Документ ЮНСИТРАЛ по публичным закупкам – Типовой закон о публичных закупках – дополняется одним из весьма детальных руководств ЮНСИТРАЛ по принятию, которое было рассмотрено Комиссией и принято в 2012 году⁴⁴. Поэтому он содержит как типовые законодательные положения,

⁴² Доклад Симмонс и Симмонс, раздел 5.

⁴³ В отношении более подробного обсуждения документов и методов работы ЮНСИТРАЛ см. "Справочник по ЮНСИТРАЛ: Основные факты о Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли", размещен на сайте www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf.

⁴⁴ В Руководстве по принятию содержится разъяснение "и целей Типового закона (изложенных в его преамбуле), и способов достижения этих целей с помощью положений

так и подробные разъяснения в отношении принципиального выбора, который предстоит сделать; в тех немногих случаях, когда в документе приводятся несколько вариантов, даются разъяснения, позволяющие сделать выбор между ними. Существующие документы ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, включают как руководство для законодательных органов, так и типовые законодательные положения; благодаря этому они должны дать ряд возможных законодательных решений по определенным вопросам – причем некоторые варианты зависят от политических соображений, – но не всегда единый набор типовых решений для таких вопросов. В документах обсуждаются преимущества и недостатки различных основных вариантов, они помогают читателю оценить различные подходы в конкретных национальных условиях и тем самым устанавливают стандарты, на основании которых правительства и законодательные органы могут рассматривать вопрос о приемлемости существующей законодательной базы, но не содержат единого набора типовых законодательных положений, затрагивающих все правовые аспекты проектов ГЧП, как это имеет место в случае типового закона (и даже при сведении воедино всех элементов все равно останется много принципиальных вариантов).

64. С другой стороны, серьезную проблему при разработке типового закона представляет наличие существенных различий между правовыми системами государств, которые могут рассмотреть вопрос о построении своего законодательства на основе международной модели, а по некоторым принципиальным вопросам консенсус может вообще отсутствовать. В контексте ГЧП любая модель должна будет учитывать другие смежные области права (как отмечалось выше, сюда входят публичные закупки, обеспеченные сделки, охрана окружающей среды, антикоррупционные меры и санкции, правовые и альтернативные методы урегулирования споров и несостоятельность). Многие из этих вопросов рассматриваются в других документах ЮНСИТРАЛ, однако вполне очевидно, что на обсуждение и согласование типового закона уйдет больше времени, чем, например, на обновление и консолидацию документов ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, особенно если такой типовой закон должен сопровождаться подробным, отвечающим современным требованиям руководством по принятию.

Типового закона. Таким образом Руководство призвано способствовать более эффективному применению Типового закона как средства модернизации и реформирования систем закупок, особенно в тех случаях, когда описываемые в Типовом законе виды закупочных процедур известны недостаточно хорошо". В Руководстве по принятию также отмечается, что "с учетом того, что Типовой закон представляет собой рамочный законодательный документ и предусматривает только основные принципы и процедуры, в настоящем Руководстве рассматривается необходимость в подзаконных актах и дополнительных руководящих указаниях, подкрепляющих принятое на основе Типового закона законодательство, определяются основные проблемы, которые следует урегулировать в таких подзаконных актах и указаниях, и рассматриваются вопросы правовой и другой инфраструктуры, которую необходимо будет создать в поддержку эффективного применения этого текста".

7. Координация и сотрудничество с другими учреждениями, занимающимися реформой и поддержкой ГЧП

65. В целях обеспечения надлежащего уровня координации и сотрудничества, оказания взаимной поддержки и недопущения какого-либо дублирования усилий участники коллоквиума, возможно, пожелают заслушать информацию о текущей деятельности учреждений, занимающихся реформой и поддержкой ГЧП, включая многосторонние банки развития и ЕЭК ООН (которая открыла на Филиппинах Международный центр передового опыта в области ГЧП). Кроме того, они, возможно, пожелают получить информацию о связанном с ГЧП опыте государств в законодательной сфере и создании потенциала.

8. Дополнительная информация о процедурах ЮНСИТРАЛ (информация Секретариата)

66. На коллоквиуме Секретариат ЮНСИТРАЛ предоставит при необходимости информацию по следующим вопросам, которая, возможно, поможет участникам коллоквиума при подготовке их рекомендаций:

- a) методы работы и вероятные сроки рекомендуемой работы по ГЧП;
- b) подготовка доклада для Комиссии с рекомендациями в отношении любой будущей работы по ГЧП;
- c) приоритеты в деятельности ЮНСИТРАЛ;
- d) в случае предоставления мандата на выполнение такой работы подготовка к созданию рабочей группы с использованием консультаций экспертов;
- e) обеспечение широкого представительства всех регионов и всех сторон при осуществлении операций ГЧП; и
- f) время, необходимое для проведения подготовительной работы.