



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
24 January 2014
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Международный коллоквиум по вопросам
публично-частного партнерства
Вена, 3-4 марта 2014 года

Возможная будущая работа в области публично-частного партнерства

Документ для обсуждения – Часть II

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
III. Основные вопросы для будущей работы в области публично-частного партнерства (ПЧП) <i>(продолжение)</i>	1-75	3
В. Ключевые темы для включения в законодательный текст о ПЧП <i>(продолжение)</i>	1-62	3
2. Планирование проектов, включая распределение рисков и правительственную поддержку	1-14	3
i) Планирование и подготовка проектов	1-7	3
ii) Распределение рисков	8-14	5
3. Выбор партнера по проекту	15-34	7
i) Процедуры выбора	15-20	7
ii) Национальные преференции	21-23	8
iii) Механизмы обжалования и оспаривания	24-27	9
iv) Незапрошенные предложения	28-34	10
4. Проектное соглашение и эксплуатация инфраструктуры	35-51	12
i) Положение, содержащееся в законодательстве или договоре	35-40	12
ii) Споры, возникающие после принятия решения о выдаче подряда	41-51	14



5.	Другие темы.....	52-59	17
	i) Прозрачность	52-58	17
	ii) Другие вопросы	59	19
6.	Выводы в отношении элементов, подлежащих включению в любой новый законодательный текст по ПЧП	60-62	19
C.	Характер любого законодательного текста, который будет рекомендован	63-70	20
D.	Важное значение возможной будущей работы в отношении ПЧП.....	71-75	23

III. Основные вопросы для будущей работы в области публично-частного партнерства (ПЧП) (продолжение)

В. Ключевые темы для включения в законодательный текст о ПЧП (продолжение)

2. Планирование проектов, включая распределение рисков и правительственную поддержку

i) Планирование и подготовка проектов

Соответствующие рекомендации по законодательным вопросам, ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: Раздел D.1, "Координация подготовительных мероприятий", в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки"

1. Документы по ПИФЧИ предусматривают общие указания в отношении планирования и подготовки проектов, излагая важные элементы оптимальной практики и подчеркивая, в частности, важное значение оценок технико-экономической обоснованности. В этих указаниях подчеркивается, что такая оценка должна включать "экономические и финансовые аспекты, такие, как предполагаемые экономические выгоды от проекта, сметные затраты и потенциальная прибыль, ожидаемая от эксплуатации объекта инфраструктуры, а также экологические последствия реализации проекта"¹.

2. Вместе с тем эксперты утверждают, что эти положения являются недостаточными с учетом свидетельств неприемлемого числа случаев неудачного ПЧП в развивающихся странах (которые, по оценкам, превышают 50 процентов после всего лишь 2 лет реализации проекта). Они отмечают, что расходы, связанные с эффективным планированием и подготовкой, не учитываются надлежащим образом в правительственных бюджетах и многие страны не проводят оценку таких расходов до начала реорганизации проекта. Они добавляют, что примерно 1 млрд. долл. США необходим для покрытия ежегодных расходов на подготовку проектов в отношении всех ПЧП Всемирного банка в Африке, из которых большинство расходов должно относиться к оценке технико-экономической обоснованности, однако на практике на проведение таких оценок расходуется менее 50 млн. долларов США. Кроме того, эти расходы распределяются неравномерным образом в отсутствие координации между многими участвующими секторами. Как сообщается, эта ситуация усложняется ненадлежащим управлением и интересами крупных корпораций. Практические работники указывают на отсутствие соответствующих основ для планирования и подготовки проектов как на основное слабое место институциональных рамок ПЧП (которые затрагиваются в части I настоящего документа) и в целом законодательства о ПЧП. Следовательно, по мнению экспертов, необходимо использовать более

¹ Руководство для законодательных органов, пункт 25, раздел D.1, "Координация подготовительных мероприятий", в главе I "Общие законодательные и институциональные рамки".

детализированный и регламентирующий подход в любом будущем законодательном тексте о ПЧП.

3. Эксперты также утверждают, что экономия средств в результате избежания неудачи в реализации проекта намного превосходит расходы на оптимальное планирование и подготовку проекта и что опыт международных финансовых учреждений и практических работников в области политики по планированию и подготовке проектов на национальном и международном уровнях может быть согласован и обобщен в значительной степени. Уроки, извлеченные с учетом этого опыта и опыта смежных рабочих групп², могли бы способствовать формализации оптимальных видов практики, применимых ко всем формам ПЧП и ко всем его сторонам, а соответствующие стандарты и указания могли бы широко применяться.

4. Меры по планированию и подготовке проектов, которые могут быть рассмотрены, включают: 1) разработку (среднесрочного) генерального плана развития инфраструктуры, в том числе предоставление публичных услуг; 2) последующую приоритетность проектов с учетом социально-экономических целей и соображений, финансовых последствий, воздействия на устойчивое развитие и т.п.; 3) планы в отношении каждого проекта для выбора типа проекта на основе финансового и иного потенциала государства или организации-заказчика (традиционные закупки, проектирование и строительство, ПИФЧИ/ПЧП, ПЧП концессионного типа); 4) планируемые рыночные оценки в отношении каждого проекта; и 5) оценку различными субъектами индивидуальных проектов в соответствии с установленными стандартами, включая требования в отношении прозрачности, отражающие тип соответствующего проекта.

5. Кроме того, было высказано предположение о том, что планы следует публиковать, с тем чтобы вопросы о том, достигнуты ли желаемые социально-экономические результаты и оказались ли точными финансовые оценки, лежащие в основе выбора типа проекта, могли быть оценены транспарентным образом. Эти вопросы также рассматриваются ниже в разделах, посвященных прозрачности и другим вопросам.

6. Эксперты также отмечают, что принятое в последнее время законодательство о ПЧП включает положения о выборе, приоритетности и разработке проектов, хотя существуют некоторые примечательные свидетельства того, что эти положения иногда рассматриваются как препятствие разработке проектов (и таким образом организации-заказчики могут стремиться их обойти и участвовать в неконкурентных процедурах выбора). Кроме того, важное значение инфраструктурного плана, как отмечалось выше, может способствовать учету некоторых аспектов незапрошенных предложений, как это далее подробно рассматривается ниже в разделе, посвященном этой теме.

7. Эксперты утверждают, что содержащиеся в Руководстве для законодательных органов рекомендации, касающиеся обеспечения того, чтобы соответствующие органы располагали ресурсами в надлежащем объеме и были

² Таких, как Консультативный комитет по объектам инфраструктуры (ККОИ), www.ppiaf.org/.

способными координировать в соответствующих случаях вопросы проявления надлежащей бдительности и финансовую подготовку, должны также служить в качестве основы для последующего включения соответствующего положения в будущий законодательный текст по ПЧП. Сфера деятельности и функции соответствующих учреждений, рассматриваемые в части I настоящего документа, будут представлять собой соответствующее соображение в этом контексте.

ii) *Распределение рисков*

Соответствующая рекомендация по законодательным вопросам 12

ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: раздел В, "Риски, связанные с проектами, и распределение рисков", в главе II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка"

8. На Коллоквиуме 2013 года были высказаны предположения о том, что вопрос о распределении рисков должен быть более подробно рассмотрен в любом будущем тексте по ПЧП, что обеспечена слишком незначительная гибкость в отношении этой темы в том, что касается частного сектора, во многих положениях законодательства о ПЧП³ и что Руководство для законодательных органов содержит недостаточные указания по некоторым аспектам этой темы.

9. В Руководстве для законодательных органов содержится описание различных категорий рисков, связанных с проектами, которые затрагивают различные стороны проекта и его участников, и в качестве общего принципа рекомендуется, чтобы сторона, которая в наибольшей мере в состоянии предупреждать возникновение рисков, несла связанные с рисками расходы или последствия и/или предпринимала шаги по их смягчению, также несла такие риски и управляла ими. Этот принцип широко соблюдается в других международных текстах по ПЧП (и в Принципах ОЭСР, касающихся публичного управления ПЧП, указанного выше).

10. Эксперты предполагают, что определенные риски, например риск с точки зрения спроса и риск с точки зрения публичной доступности, не могут быть с легкостью выявлены, определены и измерены и что стороны ПЧП могут квалифицировать некоторые риски по-разному. В Руководстве для законодательных органов также отмечается, что некоторые риски являются эндогенными только для одной стороны ПЧП и что некоторые риски не поддаются контролю стороной и, таким образом, не могут управляться какой-либо стороной (т.е. являются экзогенными для всех сторон). Следовательно, специальные меры в отношении них следует предусмотреть в проектном соглашении. Примером таких экзогенных рисков, отмеченных ОЭСР, является не поддающийся страхованию риск непреодолимой силы, такой как риск возникновения конфликта.

³ См. также section 3.5.1 of the Simmons and Simmons report, footnote 8 in Part I of this Discussion Paper, A/CN.9/819.

11. В связи с этим проведение переговоров по вопросу о заключении проектного соглашения и подготовке смежных документов будет являться решающим фактором для обеспечения надлежащего распределения рисков, особенно тогда, когда риски трудно определить и т.п. и когда существуют разногласия в отношении их квалификации. Оценка рисков является весьма сложной, а цену, выплачиваемую за передачу таких рисков в этих случаях, будет особенно трудно согласовать (и она может являться ключевым определяющим фактором с точки зрения того, обеспечивает ли ПЧП в конечном счете эффективность расходования средств). Эксперты предполагают, что более жесткие требования в отношении проведения более тщательных оценок технико-экономической обоснованности и решения других вопросов планирования проектов могут способствовать более оптимальному выявлению, определению и измерению рисков и облегчать процесс проведения переговоров, и в связи с этим их необходимо включить в любой будущий законодательный текст по ПЧП. Кроме того, они рекомендуют установить более четкую связь между оценками технико-экономической обоснованности и оценками рисков.

12. Эксперты также рекомендуют, что следует особо учитывать рекомендацию по законодательным вопросам 12 (касающуюся распределения рисков), когда рассматривается сбалансированность договорных условий в законодательстве и договорах (которая рассматривается ниже в разделе, посвященном этой теме), и что методы распределения рисков, которые материализовались, следует включить в такие договорные условия. С точки зрения публичной политики предполагается, что указания должны быть более жесткими в отношении негативных последствий для публичных интересов, когда теоретически риски переносятся на частный сектор, хотя невысказанное предположение заключается в том, что их в конечном счете может нести организация-заказчик. Такая ситуация может возникать в том случае, когда возникновение некоторых последствий, например приостановление процесса оказания услуг, нельзя допустить на практике.

13. Кроме того, было отмечено, что публичный сектор в некоторых случаях может самостоятельно обеспечивать страхование от рисков посредством объединения рисков, которые могут возникать в ходе его широкомасштабных операций. В таких случаях прямое выявление и оплата конкретных рисков могут рассматриваться как противоречащие публичным интересам⁴. Эксперты предполагают, что вопросы, поставленные в данном и предыдущем пунктах, требуют дальнейшей проработки в любом будущем тексте с учетом различных выявленных источников.

14. Правительственные гарантии и другие формы поддержки в целях смягчения рисков (например, выплата компенсации тем, кого затрагивает возникновение рисков, положения о стабилизации) рассматриваются в Руководстве для законодательных органов наряду с определенными программными соображениями. В данном случае эксперты также предполагают, что дальнейшая разработка необходима в любом будущем тексте по ПЧП с учетом, например, того, следует ли обеспечивать поддержку в отношении рисков, затрагивающих проект конкретно, и следует ли не

⁴ См. "PPP – A Decision-maker's Guide", Michael Burnett, EIPA, 2001, page 57.

допускать, чтобы такая поддержка охватывала риски, затрагивающие экономику в целом. И вновь они рекомендуют прямо увязать эти положения и указания с планированием проектов.

3. Выбор партнера по проекту

i) Процедуры выбора

Соответствующие рекомендации по законодательным вопросам: 18-39

ТЗП: 5-27

Руководство для законодательных органов: глава III, "Выбор концессионера"

15. На Коллоквиуме 2013 года было указано, что основными шагами в выборе оператора по проекту является предварительный отбор, участие консорциумов, методы и приемы (один этап, два этапа, один источник, переговоры); сопоставление и оценка предложений; уведомления о решении о заключении договора; и ведение отчетности. Эти шаги осуществляются с учетом справедливости, прозрачности и конкурентности в качестве руководящих принципов и являются объектом обжалования или оспаривания (этот аспект рассматривается в следующем разделе). Эти шаги и принципы отражают требования Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции.

16. Было признано, что традиционные процедуры торгов в целом не являются подходящими для ПЧП. На Коллоквиуме 2013 года было также отмечено, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках содержит в своих положениях то, что по существу представляет собой обновленную и полную форму процедуры выбора, предусмотренной в документах по ПИФЧИ. Этот метод называется запросом предложений с проведением диалога, и им можно воспользоваться при закупках сложных предметов и услуг (таких, как проекты в области инфраструктуры).

17. Каждый из документов по ПИФЧИ содержит подробные положения, касающиеся процедуры выбора, и Коллоквиум может учесть то, что соответствующие положения должны быть обобщены для удобства читателя в дополнение к их обновлению, с тем чтобы они отражали положения, касающиеся метода запроса предложений с проведением диалога, предусмотренного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

18. Этот метод предусматривает двухэтапный процесс, призванный создать возможность для принятия инновационных решений по техническим вопросам, содействия устойчивым закупкам и учета инфраструктурных потребностей. Он позволяет предлагать различные технические решения и обеспечивать взаимодействие между сторонами по техническим, правовым и финансовым вопросам. Однако он не затрагивает все касающиеся закупок вопросы, которые могут иметь отношение к проектам в рамках ПЧП. Ключевые дополнительные вопросы затрагивают необходимость определить, обеспечить и оценить предоставление услуг, а также договор о строительстве, и вопросы о том, каким образом следует предусмотреть проведение оценок с точки зрения эффективного расходования средств, сопряженных с определением результатов работы в течение срока осуществления проекта, каким образом следует учитывать интересы заинтересованных сторон в ходе

предоставления услуг и принимать во внимание более сложные переговоры, которые проводятся в области публичных закупок, в рамках более широкой группы сторон проекта, включая кредиторов.

19. На более детализированном уровне некоторые обязательства, являющиеся относительно гибкими для публичных закупок, могут потребовать дальнейшей разработки в любом будущем законодательном тексте по ПЧП. Они включают степень раскрытия информации о предлагаемых договорах о закупках на этапе запроса предложений и необходимость завершения разработки проектного соглашения после выбора оператора по проекту (переговоры о заключении договора о закупках запрещены в Типовом законе, но возможность их проведения предусматривается в Руководстве для законодательных органов и в ТЗП 17). Эксперты утверждают, что эти вопросы необходимо будет рассматривать в сочетании с рассмотрением содержания проектного соглашения (в отношении которого см. ниже раздел, касающийся положения законодательства или договора), и степени, в которой изменения в договорах и договоренностях об участии в осуществлении проекта могут подразумевать возобновление конкуренции или могут быть сопряжены с другими аспектами процесса закупок. Решения, призванные обеспечивать прозрачность в течение всего осуществления проекта, рассматриваемые выше в разделах, посвященных планированию и подготовке закупок и обеспечению прозрачности ниже, могут также нуждаться в актуализации такой, как публичное заявление о целях и задачах проекта (включая выгоды для заинтересованных сторон), с тем чтобы обеспечить подотчетность в процессе предоставления услуг, а также строительных работ.

20. Участники Коллоквиума 2013 года согласились в том, что любой будущий текст по ПЧП должен основываться на использовании вышеупомянутого метода закупок, с тем чтобы обеспечивать последовательность использования процедур и гарантий в отношении проектов, будь то финансируемых из публичных или частных источников. Коллоквиум, возможно, пожелает включить в свой доклад Комиссии свои мнения по этой теме.

ii) Национальные преференции

Соответствующая рекомендация по законодательным вопросам/ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: раздел В.4, "Предварительный отбор и национальные преференции", в главе III, "Выбор концессионера"

21. Руководство для законодательных органов предусматривает в общих чертах указание в отношении национальных преференций, отмечая, что, хотя многие государства стремятся их использовать, такие преференции приводят к возникновению многих программных проблем. Кроме того, в Руководстве для законодательных органов отмечается, что их использование может ограничиваться международными обязательствами принимаемого государства, и содержится ссылка на положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках 1994 года и сопроводительный комментарий по объемам преференций. Эксперты отмечают, что основные причины, по которым правительства стремятся использовать национальные преференции, заключаются в стремлении к достижению их целей социально-экономической

политики и, если говорить в более общем плане, к оказанию поддержки в достижении целей в области развития (связь между этими целями и ПЧП рассматривается дополнительно ниже в разделе, посвященном важному значению возможной будущей работы в отношении ПЧП). Кроме того, национальные преференции могут быть важным инструментом поддержки ПЧП при участии небольших частных операторов, который рассматривается в части I настоящего документа.

22. Нынешний Типовой закон о публичных закупках (2011 год) и Руководство по принятию содержат исчерпывающие положения, касающиеся преференций и других инструментов, которые государства могут использовать для достижения таких целей социально-экономической политики. Гибкость в использовании этих инструментов обеспечивается в той степени, в какой международные обязательства, например обязательства, возникающие в связи с Соглашением ВТО о правительственных закупках, допускают это, и когда закупки осуществляются с использованием кредитов от международных доноров. Такие меры включают надежные механизмы прозрачности, призванные обеспечивать, чтобы потенциальные участники этого процесса понимали, каким образом данные цели будут осуществляться в ходе этой процедуры, что может иметь место на любом из четырех этапов: когда принимается решение об ограничении закупок национальными поставщиками и когда изучаются квалификационные данные, вероятность отдачи и оценка направленных тендерных предложений. Эти положения также призваны предоставлять государствам возможность осуществлять устойчивые закупки с использованием практических инструментов, разработанных другими организациями-донорами (например, Программой Организации Объединенных Наций по окружающей среде, ОЭСР и другими), и допускать установление в каком-либо отдельном государстве любых обязательных требований (например, в отношении экологических критериев).

23. Участники Коллоквиума могут учесть, что в любом будущем законодательном тексте по ПЧП следует придерживаться этого подхода, хотя и отмечая, что его использование в условиях ПЧП является значительно более сложным, чем в случае публичных закупок. Например, применение национальной преференции к главным образом неценовым критериям оценки и предоставлению услуг является чрезвычайно трудным. Кроме того, эксперты утверждают, что в контексте ПЧП потребуются более широкие указания с учетом обязательств по предоставлению публичных услуг и их последствий для всех этапов проектного цикла и что в них следует привести ясные примеры того, каким образом использовать положения по социальным вопросам и другие меры содействия реализации социальной ответственности и осуществлению проектов в интересах бедных слоев населения.

iii) Механизмы обжалования и оспаривания

Сопутствующая рекомендация по законодательным вопросам: 39

ТЗП: 27

Руководство для законодательных органов: раздел I, "Процедуры обжалования", в главе III, "Выбор концессионера"

24. В документах по ПИФЧИ излагаются рекомендации, касающиеся механизмов обжалования и оспаривания, т.е. споров, возникающих в процессе отбора в контексте ПЧП (отдельные от споров после принятия решения о выдаче подряда, которые рассматриваются ниже в разделе, посвященном этой теме). Такие механизмы были отмечены на Коллоквиуме 2013 года в качестве примеров областей регулирования ПЧП, которые были бы подходящими для согласования с законодательством о публичных закупках, поскольку они являются в равной степени применимыми как к публичным закупкам, так и в контексте ПЧП.

25. Типовой закон о публичных закупках содержит главу, включающую всеобъемлющие положения об обжаловании и оспаривании в порядке осуществления основных принципов, установленных в документах по ПИФЧИ. В них допускаются три вида оспаривания (возражения, представляемые организации-заказчику, и/или независимому органу, и/или судебным органам). Эта глава также предусматривает средства защиты, которыми могут воспользоваться потерпевшие поставщики.

26. Эти положения сформулированы гибким образом, поскольку необходимо обеспечить их соответствие правовой системе принимающего государства, как это разъясняется в сопроводительном Руководстве по принятию. Они являются в достаточной мере широкими, с тем чтобы позволять инвесторам и другим сторонам ПЧП использовать соответствующие механизмы. Эта глава призвана обеспечить выполнение требований Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, касающихся механизмов обжалования и подачи апелляции, включая требование о том, чтобы апелляция подавалась на решения об обжаловании, принятые в первой инстанции.

27. В связи с этим участники Коллоквиума могут учесть, что положение, разрешающее сторонам ПЧП прибегать к механизму оспаривания закупок, должно быть включено в любой будущий текст по ПЧП.

iv) *Незапрошенные предложения*

Ссылки: рекомендации по законодательным вопросам 30-35

ТЗП: положения 20-23

*Руководство для законодательных органов: глава III, раздел E:
"Незапрошенные предложения", пункты 97-117*

28. Эксперты утверждают, что незапрошенные предложения сопряжены с противоречивыми вопросами в большинстве стран и что существует мало примеров удовлетворительной разработки в течение последнего десятилетия проектов в результате незапрошенных предложений.

29. Они также отмечают, что в контексте ПЧП в области инфраструктуры и предоставления услуг сфера принятия незапрошенных предложений должна ограничиваться ссылкой на нынешние указания, содержащиеся в документах по ПИФЧИ. Короче говоря, в этих положениях, которые, по мнению экспертов, отражают оптимальную практику, указывается, что незапрошенные предложения, которые, как утверждается, сопряжены с использованием новых концепций или технологий, могут быть приняты, однако те предложения, которые, как утверждается, относятся к неуказанным объектам

инфраструктуры, не должны приниматься. Причины, обосновывающие исключение последних предложений, сопряжены с тем, что организация-заказчик не будет в состоянии оценить, будут ли ее потребности удовлетворены надлежащим образом, и что доступности других проектов, включенных в инвестиционный план, может быть причинен ущерб (см., кроме того, раздел выше, посвященный планированию и подготовке проектов).

30. Эксперты отмечают, что тот простой факт, что незапрошенное предложение может соответствовать публичным интересам (т.е. оно удовлетворяет ранее не указанную потребность), не является достаточным для проведения прямых переговоров без конкуренции. Они далее утверждают, что требуется дополнительное положение о том, могут ли незапрошенные предложения когда бы то ни было быть приемлемыми без конкуренции в любой форме.

31. Документы по ПИФЧИ также предусматривают, что если предмет незапрошенного предложения рассматривается в качестве проекта, соответствующего публичным интересам, однако не сопряжен с предложением новых концепций или технологий или не защищается правами интеллектуальной собственности или аналогичными правами, то можно исходить из положения о том, что организация-заказчик должна приступить к проведению обычных конкурентных процедур отбора. Вместе с тем опыт последнего времени показывает, что предложение, которое выходит за рамки инфраструктурного плана правительства, и вытекающие из этого бюджетные договоренности не могут, как правило, рассматриваться соответствующими публичным интересам: необходимо, чтобы существовали особые обстоятельства до того, как это предложение может быть дополнительно рассмотрено.

32. Кроме того, эксперты соглашались с рекомендациями, содержащимися в Руководстве для законодательных органов, о том, что обычные процедуры отбора могут потребовать внесения некоторых изменений в случаях, когда предложения содержат новые концепции или технологии. Например, организация-заказчик может опубликовать описание основных элементов, связанных с отдачей от предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить конкурирующие предложения. Эксперты добавляют, что эта процедура может включать проведение диалога (в смысле метода закупок, описание которого дано выше в разделе, посвященном процедурам отбора), включая определенное положение о выплате надбавки лицу, представившему первоначальное предложение, если оно выбрано. Эксперты отмечают, что этот процесс не является простым даже с учетом существующих указаний в отношении функционирования такого подхода⁵ и что нынешнее положение требует определенного укрепления.

33. Если незапрошенное предложение затрагивает исключительные права интеллектуальной собственности, то нынешние положения разрешают организации провести прямые переговоры с лицом, направившим предложение, хотя вынесена общая рекомендация, направленная на

⁵ См., например, "Competitive Dialogue Charter, IGD January 2007", размещено на www.fondation-igd.org/files/pdf/The%20Competitive%20Dialogue%20Charter%20%204.pdf, и главу V Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

обеспечение конкуренции в возможной степени. Эксперты отмечают, что если предложение касается ПИФЧИ/ПЧП, то могут применяться положения законодательства о закупках, касающиеся процедур, хотя они, как правило, допускают возможность проведения прямых переговоров (вероятные случаи дублирования между положениями законодательства о закупках и о ПЧП рассматриваются в части I настоящего документа). Эксперты добавляют, что в отношении данного вида незапрошенного предложения требуется дополнительная детализация.

34. Эксперты заключают, что после десятилетнего опыта положения документов по ПИФЧИ в целом, касающиеся этой темы, оказались справедливыми и жизнеспособными. Они рекомендуют не вносить какие-либо основополагающие изменения, но обеспечить обобщение и определенное усиление положений, содержащихся в этих трех документах, обновляя их по мере необходимости, с тем чтобы отразить изменения в практике. В дополнение к вышеупомянутым вопросам эти изменения включают последующие процедуры, касающиеся определения того, соответствует ли какое-либо предложение публичным интересам и является ли оно "уникальным" в смысле предложения новых концепций и технологий, включая институциональные сдержки и противовесы. Что касается процедур рассмотрения незапрошенных предложений, то такие вопросы, как оспаривание в порядке, предусмотренном в швейцарском законодательстве, допускающее подачу лицом, направившим первоначальное предложение, заявки на выплату ему надбавки, возмещение расходов на разработку первоначального предложения (или финансирование лица, направившего первоначальное предложение, для осуществления процедуры отбора), могут также быть рассмотрены в любом будущем тексте.

4. Проектное соглашение и эксплуатация инфраструктуры

i) Положение, содержащееся в законодательстве или договоре

*Основные соответствующие рекомендации по законодательным вопросам:
12, 40*

ТЗП: Положение 28

Руководство для законодательных органов: раздел A, "Общие положения проектного соглашения", в главе IV, "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение"

35. Правовая определенность признается в качестве необходимого условия обеспечения инвестиций в рамках ПЧП. В документах по ПИФЧИ излагается предлагаемое содержание проектного соглашения и отмечается, что степень, в которой содержание такого соглашения предписывается законом, разнится в различных государствах. Аспекты, благоприятствующие законодательному регулированию, включают обеспечение согласованности и сокращение сферы и продолжительности переговоров, и аспекты, благоприятствующие тому, чтобы договорное положение включало возможность обеспечения гибкости в ходе переговоров.

36. Эксперты расходятся во мнениях относительно того, когда может быть установлен надлежащий баланс между этими подходами. Однако они

соглашаются в том, что правовые системы в целом рассматривают свободу заключения договора в качестве и решающей для коммерческих сделок, и нуждающейся в ограничении для защиты более слабой стороны этих сделок и публичных интересов. Такие ограничения существуют уже в течение многих десятилетий. Примеры этого включают положения об ограничении ответственности не исполняющей свои обязательства стороны, защите потребителей (расширяющаяся сфера законодательства в Европе, например, и сфера, которая может включать защиту конечного пользователя какой-либо публичной услуги), ограничениях в отношении приватизации и полных имущественных прав посредством установления программ обязательного приобретения. Такие положения содержатся в системах и общего права, и гражданского права независимо от того, кодифицировано ли договорное право и существует ли отдельный свод норм права, регулирующих публично-частные договорные соглашения.

37. В целом признано, что запретительные основные правовые принципы, установленные заблаговременно и доведенные до сведения всех сторон, а также ключевые принципы толкования договоров имеют жизненно важное значение для достижения успеха в большинстве ПЧП⁶. Долгосрочный характер ПЧП требует включения договорного положения по вопросам, простирающимся от права организации-заказчика на изменение договорных условий или прекращение договора до выплаты компенсации при исключительных экономических обстоятельствах и использования обязательных исключительных процедур в случае приостановления предоставления какой-либо публичной услуги. Основные характерные черты какой-либо публичной услуги и сфера ее охвата иногда представляют собой серьезную проблему (пример: установление тарифов, недискриминация, преемственность, адаптация).

38. С другой стороны, признается риск излишнего договорного ограничения, хотя он уменьшается благодаря мнению о том, что стороны ПЧП должны всегда быть в состоянии обосновать, что их соглашение может удовлетворять интересам общества и публичным интересам в целом. Такое мнение иногда именуется "социальной лицензией на функционирование" (например, в горнодобывающей промышленности)⁷.

39. В связи с этим предлагаемые решения разнятся, отчасти отражая различные соображения в случае ПЧП и ПИФЧИ/ПЧП концессионного типа. В ПЧП концессионного типа незначительный опыт развивающихся стран, в частности, указывает на то, что не может быть легких и простых переговоров:

⁶ См., например, "A new approach to public private partnerships", HM Treasury, United Kingdom, December 2012; размещено на https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastucture_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf. "Infrastructure productivity: How to save \$1 trillion a year", McKinsey Global Institute, January 2013, размещено на www.mckinsey.com/insights/engineering_construction/infrastructure_productivity, в котором подчеркивается важный потенциал для того, чтобы пенсионные фонды, финансирующие проекты в области публичной инфраструктуры и ПЧП, если существуют надлежащие правовые основы и оптимальные виды практики.

⁷ См., например, "Conflict and Coexistence in the Extractive Industries", Chatham House, November 2013, размещено на www.chathamhouse.org/publications/papers/view/195670.

многие условия, являющиеся важными для долгосрочного успеха предприятия, также противоречат договорному праву и правовой культуре организации-заказчика. В рамках ПИФЧИ/ПЧП, с другой стороны, финансовые аспекты проекта указывают на то, что существует меньшая необходимость в широкой совокупности предписывающих или толковательных положений публичного договорного права для обеспечения долгосрочного успеха таких проектов, пусть даже в той степени, в какой инвестиционный климат и положения о защите инвестиций соответствуют определенным стандартам.

40. Эксперты утверждают, что документы по ПИФЧИ содержат многие элементы, которые могут образовывать основу законодательных положений, касающихся договорных условий: примеры этого включают рекомендации по законодательным вопросам и ТЗП, касающиеся обязательств концессионера, продолжительности и возможности продления срока действия договора, выплаты компенсации за внесение изменений в законодательство, поправок к договору, прекращения срока его действия организацией-заказчиком, сбора информации и пересмотра тарифов, регулирования и передачи активов, передачи контролирующих пакетов акций и т.п. Хотя дополнительные положения потребуются принять, существуют достаточный объем материалов, почерпнутых из документов по ПИФЧИ, и практика для определения принципов более или менее универсального характера в интересах обеспечения успешности ПЧП, представляющих весьма значительную долю всех договорных прав и обязательств в любом соглашении об устойчивом ПЧП.

ii) *Споры, возникающие после принятия решения о выдаче подряда*⁸

Ссылки: Рекомендации по законодательным вопросам 69-71

ТЗП: Положения 49, 50 и 51

Руководство для законодательных органов: раздел E.6, "Обжалование решений регулирующего учреждения", в главе I, "Общие законодательные и институциональные рамки"; глава VI: Урегулирование споров

41. Вопрос об урегулировании споров был отмечен в качестве проблемного Комиссией в 2012 году, и Комиссия также заслушала рекомендацию ЮНСИТРАЛ о разработке национальной системы предупреждения и урегулирования споров на основе положений об урегулировании споров, содержащихся в главе VI Руководства для законодательных органов, и рассмотрении вопроса о надлежащем судебном органе. Комиссия отметила, что дальнейшая работа в отношении урегулирования споров должна учитывать предложения, вынесенные на Конгрессе ЮНСИТРАЛ 2007 года по теме "Современное правовое регулирование для глобальной торговли" (Вена, 9-12 июля 2007 года)⁹.

42. Ключевые рекомендации, вынесенные на данном Конгрессе, включали рекомендацию в отношении развития местного потенциала для урегулирования

⁸ В отношении споров, возникающих в период до принятия решения о выдаче подряда, см. раздел, посвященный механизмам обжалования и оспаривания.

⁹ См. the Proceedings of the Congress, chapter V; размещено на www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

споров в области ПЧП и разработки типового закона, включающего положения об урегулировании споров и механизмов предупреждения споров. Предупреждение споров будет также поддерживаться посредством предоставления инвесторам возможности высказывать замечания относительно разработки применимых к ним правил и норм.

43. В документах по ПИФЧИ содержится рекомендация о том, чтобы споры между организацией-заказчиком и концессионером были урегулированы в проектном соглашении; чтобы был создан механизм для рассмотрения жалоб потребителей и пользователей и чтобы концессионер и другие стороны проекта были свободными с точки зрения выбора механизма урегулирования своего спора.

44. На Конгрессе было отмечено, что вышеупомянутые рекомендации и указания, содержащиеся в Руководстве для законодательных органов, являются недостаточными для учета многих видов споров, которые могут возникать в контексте ПЧП. Структура ПЧП, установленная в разделе, посвященном коллизии интересов, в части I настоящего документа, ведет к заключению множества правовых соглашений, многие из которых являются взаимосвязанными: от проектных соглашений, соглашений между акционерами/спонсорами до различных кредитных соглашений, соглашений, касающихся проектирования, строительства и функционирования какого-либо объекта, консорциума и субподрядных соглашений и т.п.

45. В докладе Коллоквиума 2013 года также отмечается, что документы по ПИФЧИ не являются достаточными для учета этих различных кластеров соглашений в области ПЧП. В нем подчеркивается, что возникающая в результате этого сложность правовых взаимоотношений обеспечивает достаточный потенциал для возникновения споров, которые могут возникать из одного соглашения и переходить в другое соглашение. Примеры споров, которые были сочтены неадекватным образом урегулированными в документах по ПИФЧИ, включают споры между регулирующим органом и оператором и споры между СЦМ, его подрядчиками и субподрядчиками (например, в отношении элементов проектирования и строительства). Такие споры могут возникать в период после принятия решения о выдаче подряда и касаться заключения проектного соглашения и смежных соглашений; этапа строительства; этапа операций; и прекращения осуществления проекта.

46. Документы по ПИФЧИ также были сочтены ненадлежащим образом учитывающими сложный характер механизмов урегулирования споров в контексте ПЧП: в них не подчеркиваются достаточным образом решающая роль регулирующего законодательства (и выбор норм права во время формирования проекта), арбитражные регламенты и судебное учреждение для урегулирования споров, а также аспекты их взаимодействия.

47. На Коллоквиуме 2013 года с указанием на недостаточно оптимальные результаты, полученные в ходе международного арбитража, также был высказан настоятельный призыв установить более оптимальный баланс в режимах международного арбитража и внутреннего урегулирования споров. Многочисленные инвестиционные договоры, многочисленные судебные учреждения международного арбитража, дела и решения, а также неадекватное приведение в исполнение международных арбитражных решений отмечались в

качестве основных озабоченностей. Было указано, что создание местного потенциала в отношении местного урегулирования споров должно быть основной целью документов по ПИФЧИ. На Конгрессе и впоследствии эксперты заявляли Секретариату о том, что увеличение числа некоторых форм арбитража с участием правительств должно быть отражено в законодательном тексте по ПЧП; и при этом, однако, отмечали озабоченности относительно того, что некоторые государства запрещают арбитраж с участием государства как суверенного образования и что взаимосвязь между любыми механизмами ПЧП и положениями о регулировании инвестиций потребует принимать во внимание.

48. На Конгрессе было высказано предположение о необходимости разработки законодательства, касающегося "надлежащего национального режима для предупреждения и урегулирования споров между регулирующим органом и оператором". Хотя существо такого режима будет основываться на документах по ПИФЧИ, было высказано мнение о том, что Руководство для законодательных органов должно сосредоточиваться на механизмах урегулирования споров "абстрактным" образом и что роль регулирования в предупреждении и урегулировании споров недооценивается.

49. Впоследствии, с учетом вышеупомянутых аспектов, это предположение было расширено, с тем чтобы в нем указывалось, что такой режим, касающийся всех элементов ПЧП, является необходимым. Особые области в этих целях, упоминавшиеся на Коллоквиуме 2013 года, включают: а) обеспечение необходимого опыта, навыков и специальных знаний судебных органов для решения сложных проблем в контексте ПЧП; б) устранение узких мест в судебных системах; в) решение вопроса об отсутствии независимости; г) обеспечение фактической доступности (процедуры могут быть сопряжены с дискриминацией в отношении иностранных инвесторов по сравнению с национальными организациями); и е) обеспечение эффективного внутреннего приведения в исполнение международных решений. На Конгрессе упоминалась необходимость наличия механизма урегулирования, которая упоминалась в качестве соответствующего вопроса и в ходе консультаций экспертов до проведения этого форума. Коллоквиум может рассмотреть вопрос о том, какие уроки от тех государств, которые создали специальные судебные учреждения для заслушивания споров, следует принимать во внимание (секретариату сообщалось о таком опыте, как о, в лучшем случае, смешанном опыте).

50. Связанная с этим цель такого режима будет заключаться в том, чтобы избегать принятия противоречивых решений и возникновения других вопросов в связи с параллельными или сопутствующими спорами, поскольку решения предусматриваемого органа должны будут быть обязательными для всех соответствующих сторон и, следовательно, все заинтересованные стороны должны располагать возможностью участвовать в этом. Необходимо будет урегулировать коллизии интересов, возникающие в ходе разбирательства с учетом множественности сторон; обеспечить самостоятельность при назначениях, функционировании и соблюдении надлежащих стандартов поведения в рамках организации.

51. Конгресс заслушал замечания о том, что ЮНСИТРАЛ следует рассмотреть возможность принятия типовых законодательных положений

и/или законодательных указаний для решения этих вопросов; Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть эти аспекты, которые могут быть включены в любой будущей законодательный текст по ПЧП.

5. Другие темы

i) Прозрачность

Ссылки: Рекомендация по законодательным вопросам 1

ТЗП: Положение 1

Руководство для законодательных органов: раздел А, "Введение", в разделе "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников"; раздел В.1(а), "Прозрачность", раздел D.2, "Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений", раздел E.5, "Процесс и процедуры регулирования", все в главе I, "Общие законодательные и институциональные рамки"; глава III, "Выбор концессионера"; раздел В, "Организационное устройство концессионера", раздел G, "Передача контрольного пакета акций проектной компании", раздел J.1(а), "Выбор субподрядчиков", все в главе IV, "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение"; раздел С, "Продление проектного соглашения", и раздел D, "Прекращение", в главе V, "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения"; раздел В.9, "Правовое регулирование вопросов налогообложения", и раздел 14, "Меры по борьбе с коррупцией", в главе VII, "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам"

52. На Коллоквиуме 2013 года было отмечено важное значение обеспечения прозрачности во время всех этапов осуществления проектов в контексте ПЧП, а не только в процессе отбора. Приведенный пример касался необходимости обеспечения прозрачности при передаче ресурсов из публичного сектора оператору по проекту в течение периода операций. Настоящий Коллоквиум, возможно, пожелает отметить, что работа ЮНСИТРАЛ в отношении обеспечения прозрачности в контексте споров между инвесторами и государствами содержит положения, имеющие отношение к этой теме. Правила ЮНСИТРАЛ по данной теме основываются на важном значении обеспечения прозрачности для надлежащего управления, наличия предсказуемых регуляционных основ и на важном значении этих элементов в поощрении инвестиций и, следовательно, устойчивого развития, обеспечения права на публичный доступ к информации¹⁰ и связи с правилами и процедурами в области публичных закупок и публичного финансового управления (как это предусматривается в Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции).

53. Было признано, что, хотя в документах по ПИФЧИ подчеркивается общее значение прозрачности в законодательных основах, в регуляционных и административных процессах и решениях в процессе отбора (в том числе в отношении режима незапрошенных предложений), и в ходе функционирования

¹⁰ Право, признанное международными трибуналами, например, по делам Клод Рейес против Чили (2006 год) (Межамериканский суд по правам человека); Тарсагаг против Венгрии (2009 год) (Европейский суд по правам человека).

объектов инфраструктуры, другие ссылки на прозрачность сосредоточиваются на описании соответствующих положений, содержащихся в некоторых внутренних системах стран. Примеры последних положений включают обеспечение прозрачности в проектных сметах, административных решениях о передаче акций, в любых правилах, регулирующих выбор субподрядчиков и продление срока действия концессии. В действительности, в Рекомендациях по законодательным вопросам и в ТЗП в рекомендации 1 содержится только одна ссылка, предусматривающая, что конституционные, законодательные и институциональные рамки должны обеспечивать прозрачность (в числе других целей).

54. Важное значение прозрачности как средства обеспечения подотчетности и надлежащего управления давно уже было признано и реализовано в международных текстах о публичных закупках и ПЧП. Как отмечалось, это является основополагающим принципом Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. В контексте ПЧП прозрачность также имеет решающее значение для поощрения частного участия в проектах. Вышеупомянутые принципы ОЭСР предусматривают, что система ПЧП "должна обеспечивать осведомленность общественности об относительных расходах, выгодах и рисках [ПЧП] [и должна предусматривать] активные консультации и взаимодействие с заинтересованными сторонами, а также участие конечных пользователей в определении параметров проекта и впоследствии в контроле над качеством предоставляемых услуг"¹¹.

55. По этой причине было высказано предположение о том, что любой будущий законодательный текст по ПЧП должен включать более жесткие положения об обеспечении прозрачности во всех вышеупомянутых областях в форме типовых положений, а не только руководящих принципов. Требования в отношении прозрачности при использовании процедур отбора могут опираться на результаты работы в области публичных закупок и на нынешние положения документов по ПИФЧИ. Что касается этапа планирования ПЧП, то необходимость тщательного контроля со стороны общественности над принятием решений, лежащих в основе инфраструктурных планов, и решений в отношении индивидуальных проектов также была настоятельно подчеркнута. Например, по сравнению с традиционными закупками "серый" характер некоторых обязательств в контексте ПЧП, как было указано, создает помехи ответственному принятию решений в отношении финансовой устойчивости и имеет негативные последствия для будущего заимствования и способности обеспечивать инвестиции. МВФ рекомендовал включать требования о раскрытии информации в отношении финансовых аспектов ПЧП¹²; предполагается, что такого рода подход может быть сопряжен с поддержкой принятия более оптимальных решений по финансовым вопросам.

56. Ясность в отношении социально-экономических целей и целей в области развития, достижение которых обеспечивается посредством ПЧП, может способствовать определению того, достигнуты эти цели или нет: кроме того, поскольку платежи оператору по проекту, по всей вероятности, основываются

¹¹ Principle 1, OECD Principles for the public governance of PPPs, *supra*.

¹² См. PPPs, Government Guarantees and Fiscal Risk, IMF, 2006, размещено на www.imf.org/External/Pubs/NFT/2006/ppp/eng/ppp.pdf.

на определенных результатах работы, прозрачность соответствующих результатов, несомненно, необходима для объективной оценки итогов работы. В ходе консультаций, проведенных до настоящего Коллоквиума, также подчеркивалось, что любой будущий законодательный текст по ПЧП должен учитывать степень, в которой проектные соглашения следует публиковать в качестве средства содействия обеспечению подотчетности. Вопросы, связанные с договорным управлением в стране, указывались как вызывающие большие трудности в этом контексте, поскольку существуют необходимые исключения из обязательства раскрывать информацию. Обсуждение в ЮНСИТРАЛ, касающееся исключений из обязательства раскрывать информацию в коммерческих и других публичных интересах в контексте споров между инвесторами и государствами, может также позволить определить полезные параметры для оценки ситуации, когда информация не должна быть раскрыта в контексте ПЧП. Кроме того, с практической точки зрения авторы ссылаются на необходимость избегать того, что было названо огульным опубликованием "зомби-данных"¹³, которое фактически может причинить ущерб подотчетности.

57. На Коллоквиуме 2013 года было также высказано предположение о том, что ЮНСИТРАЛ следует поощрять надлежащее управление путем создания глобального регистра прозрачности, регистрирующего отчетность операторов, данные о которой могут быть предоставлены правительствам для проведения консультаций при оценке потенциальных партнеров.

58. В связи с этим Коллоквиум, возможно, пожелает изложить ключевые аспекты прозрачности, которые он рекомендует включить в любой будущий законодательный текст по ПЧП.

ii) Другие вопросы

59. Другие темы, которые указали эксперты, могут потребовать менее значительного пересмотра документов по ПИФЧИ, включают орган, участвующий в ПЧП, в процедурах несостоятельности и предоставлении обеспечительных интересов после издания текстов ЮНСИТРАЛ по этим темам¹⁴, а также по вопросам бухгалтерского и финансового учета, касающимся финансовой устойчивости, таким как раскрытие информации о ПЧП и их возможных обязательствах в правительственных балансовых ведомостях (включая правила для содействия в выполнении трудной задачи оценки рисков в этих целях).

6. Выводы в отношении элементов, подлежащих включению в любой новый законодательный текст по ПЧП

60. На Коллоквиуме 2013 года и в ходе консультаций, проведенных после сессии Комиссии 2013 года, указывалось, что эксперты достигли широкого

¹³ Упомянуто в "Public-Private Partnerships (PPPs) in International Development: Are we asking the right questions?", CAFOD, 2013, размещено на www.cafod.org.uk/curation/search?SearchText=ppps.

¹⁴ См. тексты, принятые после 2003 года, размещены на www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html и www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security.html.

согласия в отношении основных рекомендуемых тем для пересмотра документов по ПИФЧИ.

61. В связи с этим Коллоквиум, возможно, пожелает оценить и сообщить о сфере работы, требуемой для рассмотрения этих тем и других тем, которые он считает важными. Кроме того, он, возможно, пожелает дать указание о вероятном содержании и сроках осуществления программы работы по подготовке законодательного текста, включая соответствующие темы и допуская появление дополнительных аспектов. В своем докладе Коллоквиум, возможно, также сочтет целесообразным изложить предположения, на которых основываются такие выводы, а также соответствующие непредвиденные аспекты.

62. Кроме того, отметив предварительный характер исследований и обследований, проведенных до настоящего времени, Коллоквиум может рассмотреть вопрос о том, что в его рекомендациях следует подчеркнуть, что любой предоставленный мандат должен быть достаточно гибким, с тем чтобы позволять разработку законодательного текста без последующих или неоднократных случаев его передачи Комиссии для изменения мандата по мере возникновения вопросов.

С. Характер любого законодательного текста, который будет рекомендован

63. На Коллоквиуме 2013 года преобладающее мнение заключалось в том, что желаемое законодательное решение в отношении любой будущей работы по ПЧП будет предусматривать типовой закон, поскольку это обеспечит относительно легко используемые основы для законодателей и будет поощрять надлежащий уровень предсказуемости и неприкосновенности в правовых основах (снижая подверженность политическим изменениям при регулировании вопросов ПЧП посредством только представления указаний, например). Отметив, что не все вопросы поддаются законодательному решению, Коллоквиум 2013 года призвал ЮНСИТРАЛ дать пояснения относительно аспектов ПЧП, подходящих для типового закона, и тех аспектов, которые должны быть затронуты в сопроводительных руководящих указаниях или в других формах регулирования. Кроме того, Коллоквиум отметил, что преимущества типового закона включают то, что он содержит гибкий, не предписывающий текст с учетом оптимальной практики, в отношении которой существует международный консенсус, который охватывает все важнейшие положения для (в данном случае), регулируемых типов ПЧП. Такой типовой закон будет определять минимальные требования в отношении каждого проекта (т.е. те требования, в отношении которых целесообразным является законодательное решение) и того, какие положения требуются, однако они должны составляться на основе каждого проекта. Кроме того, Коллоквиум подчеркнул, что сопроводительное Руководство по принятию будет иметь решающее значение для обеспечения эффективного осуществления и применения типового закона, а также для разъяснения возможных вариантов и отступлений от текста.

64. Альтернативная точка зрения, предусматривающая обновление Руководства для законодательных органов вместо разработки типового закона, также получила некоторую поддержку на Коллоквиуме. Причины того, чтобы поступить таким образом, включают традиционное политическое противодействие участию ЮНСИТРАЛ в тех областях, которые выходят за рамки его основной компетенции (таких как институты в принимающих государствах), озабоченности относительно сложного характера этой темы и необходимость сохранения существенной гибкости. И вновь, было отмечено, что аналитические указания, которые могут быть даны в Руководстве для законодательных органов, будут способствовать выявлению и преодолению препятствий эффективному функционированию ПЧП.

65. В связи с этим форма желательного законодательного текста по ПЧП была признана важным элементом консультаций, проводимых до настоящего Коллоквиума. Хотя большинство экспертов по-прежнему рекомендуют принять типовой закон и сопроводительное руководство по принятию, были выражены следующие озабоченности относительно стремления подготовить типовой закон. Они могут быть подразделены на озабоченности относительно типовых законов в целом и озабоченности, конкретно касающиеся ПЧП.

66. Основные выраженные озабоченности относительно типовых законов в целом сопряжены с трудностями их разработки для приспособления к местным условиям без причинения ущерба их полезности и, с другой стороны, со стремлением включить текст типового закона в местное законодательство без такой адаптации. Хотя эти вопросы представляются диаметрально противоположными, они также ставят вопросы возможности их включения: приводит ли правовой, социально-экономический, культурный и политический контекст к неэффективности применения типового закона? Коллоквиум, возможно, пожелает учесть опыт ЮНСИТРАЛ в поощрении и поддержке применения типовых законов в различных областях при рассмотрении этого вопроса, например опыт последнего времени, связанный с изданием namного более объемных руководств по принятию типовых законов, одобренных ЮНСИТРАЛ в последнее время.

67. По вопросу об институтах в принимающем государстве опыт ЮНСИТРАЛ последнего времени в области несостоятельности, публичных закупок и обеспеченных сделок¹⁵, а также результаты консультаций, проведенных до настоящего Коллоквиума, показывают, что внутренние институты, которые ранее считались политически чувствительными и, возможно, выходящими за пределы основных областей компетенции ЮНСИТРАЛ, в настоящее время признаются в качестве части сферы компетенции ЮНСИТРАЛ.

68. В связи с конкретно выраженными озабоченностями в отношении ПЧП были поставлены следующие вопросы:

процесс отбора, если он основывается на традиционных процедурах закупок, будет недостаточно гибким для ПЧП. И вновь, Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть и замечания, высказанные на

¹⁵ См. также документ для обсуждения Коллоквиума 2013 года выше, пункт 35.

Коллоквиуме 2013 года по этому вопросу, и вопросы, затронутые в разделе, посвященном процедурам отбора, выше;

современное законодательство о ПЧП включает положения о приоритетности и разработке проектов и других аспектах планирования, которые было бы трудно включить в типовой закон о ПЧП. И вновь, Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вышеуказанные вопросы выше в разделе, посвященном планированию и подготовке проектов;

сочетание общей озабоченности относительно функции "вырезать и вставить" в типовой закон и необходимости принимать во внимание широкую совокупность других соответствующих законов в области ПЧП будет сопряжено с риском установления непоследовательных и неэффективных законодательных основ. И вновь, Коллоквиум, возможно, пожелает отделить законы, которые будут значимыми с точки зрения всех крупных инфраструктурных проектов, и законы, принимаемые в контексте ПЧП. Упомянутые первыми законы должны учитываться в публичных закупках и, по этой причине, затрагиваться в работе ЮНСИТРАЛ по данной теме (в том числе в Руководстве по принятию Типового закона о публичных закупках), хотя в их отношении ранее не выражалась такая же озабоченность. Упомянутые последними законы могут включать конституционное право, законодательство о приватизации, корпоративное право, законодательство об обеспечительных интересах, законодательство о несостоятельности, изменения в законодательстве и вопросы, возникающие в связи с долгосрочными договорами (например, изменения в договорных условиях), а также финансовые и инвестиционные вопросы. Многие из этих вопросов рассматриваются в нынешнем Руководстве для законодательных органов, как отмечалось выше в разделе, посвященном другим областям права, имеющим отношение к рассматриваемым вопросам, и Коллоквиум может рассмотреть возможность того, что они будут оставаться вопросами руководящих указаний, а не включаться в Типовой закон. Если это так, то возникает вопрос о том, являются ли эти темы столь существенными, что типовой закон будет охватывать недостаточную область ПЧП для обеспечения его эффективности.

69. В докладе Коллоквиума 2013 года также отмечается необязательный характер типовых законов, руководств для законодательных органов и руководств по принятию и делается вывод о том, что только обновление Руководства для законодательных органов не обеспечит легко используемые основы, упоминавшиеся выше.

70. В связи с этим настоящий Коллоквиум, возможно, пожелает вновь рассмотреть данный вопрос: отсутствие консенсуса в отношении типа рекомендуемого законодательного текста является одним из вопросов, на которые Комиссия полагалась при направлении Секретариату инструкций заняться дальнейшей подготовительной работой до того, как Комиссия примет решение о передаче ПЧП в качестве одной из тем на рассмотрение Рабочей группы.

D. Важное значение возможной будущей работы в отношении ПЧП

71. Комиссия согласилась с выводом Коллоквиума 2013 года о том, что ПЧП стало важным средством "обеспечения ресурсов для инфраструктуры и другой деятельности в области развития на международном и региональном уровнях и для государств, независимо от их уровня развития"¹⁶. Эти мнения Комиссии согласуются с заявлениями глав государств и правительств и представителей высокого уровня, сделанными на Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию в 2012 году ("Саммит Рио+20"), в которых признается, "что обеспечение устойчивого развития будет зависеть от активного вовлечения как государственного, так и частного сектора", и признается, "что активное участие частного сектора может способствовать достижению целей устойчивого развития, в том числе за счет использования такого важного инструмента, как государственно-частное партнерство"¹⁷. В декларации, принятой на саммите "Рио+20":

предусматривается, что "мы вновь подтверждаем, что международная торговля является одной из движущих сил развития и поступательного экономического роста, и вновь подтверждаем также, что универсальная, основанная на правилах, открытая, недискриминационная и справедливая многосторонняя торговая система, а также реальная либерализация торговли могут сыграть чрезвычайно важную роль в стимулировании экономического роста и развития во всем мире, что позволит всем странам вне зависимости от уровня развития продвинуться в направлении устойчивого развития. В связи с этим мы будем и далее целенаправленно добиваться прогресса в решении целого комплекса важных вопросов, включая, в частности, вызывающую перекосы в торговле практику субсидирования и торговлю экологическими товарами и услугами"¹⁸; и

объявляется о поддержке "национальных нормативно-правовых рамок, которые позволяют деловым и промышленным кругам реализовывать инициативы в области устойчивого развития с учетом важного значения социальной ответственности корпораций"¹⁹.

72. На сессии Комиссии в 2013 году делегации подчеркнули, что содействие устойчивому экономическому и социальному развитию и верховенство права являются весьма важными при оценке приоритетности тем²⁰. Как отмечалось выше, важное значение ПЧП в создании возможности для осуществления проектов в интересах бедных слоев населения и обеспечения социальной ответственности, а также в качестве более общих вопросов обеспечения устойчивого развития, было подчеркнуто на Коллоквиуме 2013 года.

¹⁶ Доклад ЮНСИТРАЛ о работе его сорок шестой сессии, документ A/68/17, пункт 36.

¹⁷ Итоговый документ под названием "Будущее, которого мы хотим", принятый в Рио-де-Жанейро 22 июня 2012 года на Саммите Рио+20, пункт 46, резолюция 66/288 Генеральной Ассамблеи, размещено на www.un.org/en/sustainablefuture/.

¹⁸ Там же, пункт 281.

¹⁹ Там же, пункт 46.

²⁰ Доклад Комиссии о работе ее сорок шестой сессии, выше, пункт 297.

73. Как отмечалось в части I настоящего документа, Комиссия рассмотрит вопрос о том, следует ли предоставить мандат для развития законодательства в области ПЧП не только на основании технических положительных сторон рекомендации в этих целях, но и посредством ссылки на другие виды рекомендуемой работы. На последних двух сессиях Комиссии в 2012 и 2013 годах с точки зрения приоритетности тем были отмечены следующие аспекты:

важное значение определения потенциальных пользователей текста, если такой текст будет разработан;

необходимость указания на важность разработки текста и проведения ЮНСИТРАЛ работы в контексте Организации Объединенных Наций;

желательность использования стратегического подхода при реагировании на глобальные события, достижения в области технологии и изменения в тенденциях ведения коммерческой деятельности (с приведением примеров различных методов привлечения частного капитала для удовлетворения общественных потребностей, например, посредством установления партнерских отношений между публичным и частным секторами и предоставления частным сектором публичных услуг, финансовых договоров и несостоятельности потребителей);

необходимость указания степени приоритетности этой работы для государств;

необходимость количественной оценки экономических последствий или необходимости проведения этой работы;

избежание создания фактически постоянных рабочих групп;

обеспечение гибкости, в сохранении которой нуждается ЮНСИТРАЛ для адаптации к новым возникающим приоритетам; и

изучение работы, ведущейся другими организациями, которая может иметь отношение к темам, рассматриваемым Комиссией на предмет будущей работы²¹.

²¹ См. следующие документы, представленные Комиссии на ее сорок пятой сессии в 2012 году: "Стратегическое направление развития ЮНСИТРАЛ", документ A/CN.9/752, пункты 19-22, размещен на www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html, и документ A/CN.9/752/Add.1, пункт 24 (размещен на том же веб-сайте), в котором отмечаются "роль и востребованность ЮНСИТРАЛ как в рамках системы Организации Объединенных Наций, так и в сфере международной торговли и коммерции. Роль и востребованность ЮНСИТРАЛ можно оценить путем сравнения с работой и приоритетами Организации Объединенных Наций, сообществ доноров и приоритетами национальных правительств. Приоритеты этих органов будут зависеть от основных достижений, таких как Парижская декларация по повышению эффективности внешней помощи 2005 года, и основных вызывающих беспокойство международных проблем – задач в области борьбы с коррупцией, глобального финансового кризиса 2008 года, конфликтных/постконфликтных ситуаций". См. также раздел IV.B ("Установление приоритетности тематических областей") в документе для сорок шестой сессии в 2013 году, озаглавленном "Планируемая и возможная будущая работа", документ A/CN.9/774, размещен на www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/46th.html.

74. На своей сессии в 2013 году Комиссия подчеркнула, что "степень, в которой предполагаемый законодательный текст будет способствовать развитию права международной торговли в соответствии с мандатом ЮНСИТРАЛ, полученным от Генеральной Ассамблеи, должна быть главным фактором, определяющим решения Комиссии относительно рассмотрения той или иной темы"²². Применяя свои общие соображения относительно будущей работы, Комиссия в контексте предоставления мандата Рабочей группе I подчеркнула важное значение уменьшения числа "правовых препятствий, с которыми сталкиваются микро-, малые и средние предприятия, в особенности в развивающихся странах, на протяжении своего жизненного цикла" (см. далее разделы, касающиеся ПЧП с малыми частными операторами, в части I настоящего документа и выше раздел, посвященный национальным преференциям²³.

75. Коллоквиум, возможно, пожелает оказать Комиссии содействие в ее работе по определению соответствующих фактических соображений, относящихся к этим вопросам, в его докладе.

²² Доклад Комиссии о работе ее сорок шестой сессии, выше, пункт 297.

²³ Там же, пункт 321.