



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
21 January 2014
Russian
Original: English

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

Возможная будущая работа в области публично-частного партнерства (ПЧП)

Документ для обсуждения – Часть I

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1	3
А. Справочная информация	2-6	3
В. Исследования и консультации, проведенные в период после сессии Комиссии в 2013 году и до даты проведения настоящего Коллоквиума	7	4
II. Рекомендации настоящему Коллоквиуму, сформулированные по результатам проведения консультаций и исследований после сессии Комиссии в 2013 году	8-23	4
III. Основные вопросы для дальнейшей работы в области ПЧП	24-92	10
А. Сфера охвата любого будущего законодательного текста по ПЧП	24-42	10
В. Основные темы для включения в законодательный текст по ПЧП	43-92	14
1. Правовая и нормативная среда	47-92	15
i) Институциональные рамки	47-52	15
ii) Трансграничные ПЧП	53-56	17
iii) Управление и социальная ответственность	57-63	18
iv) Вопросы финансирования и инвестирования	64-70	20



v) ПЧП с малыми операторами	71-76	22
vi) Согласованность положений, регулирующих ПЧП, и других законов	77-92	23
a) Меры по борьбе с коррупцией и обеспечению объективности	81-86	24
b) Коллизия интересов	87-92	26

I. Введение

1. Настоящий Коллоквиум по возможной будущей работе в области ПЧП проводится по предложению Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (Комиссия, или ЮНСИТРАЛ), которое она выдвинула на своей сорок шестой сессии в 2013 году¹. Цель Коллоквиума заключается в подготовке для рассмотрения Комиссией на следующей сессии рекомендаций относительно возможной будущей работы в области ПЧП. Настоящий документ представляется участникам Коллоквиума с целью оказать им помощь в проведении обсуждения.

A. Справочная информация

2. На своей сессии, проведенной в 2013 году, Комиссия рассмотрела доклад предыдущего Коллоквиума о возможной будущей работе в области ПЧП ("Коллоквиум 2013 года")².

3. В докладе Коллоквиума 2013 года было указано, что ни тексты ЮНСИТРАЛ, касающиеся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников ("документы по ПИФЧИ")³, ни другие международные документы по ПЧП не могут рассматриваться в качестве "фактического стандарта или модели, которые могли бы использоваться государствами в целях проведения реформы в области ПЧП". Комиссия была проинформирована о широком применении документов по ПИФЧИ, а также об изменениях в области ПЧП, произошедших после их издания, и пришла к выводу о том, что тема ПЧП подходит для унификации и разработки законодательного текста на основе консенсуса. Вместе с тем Комиссия отметила, что "документы по ПИФЧИ, возможно, нуждаются в некотором обновлении и пересмотре с учетом изменений, произошедших на рынке и касающихся ПЧП, и ... что были определены основные компоненты законодательного текста по ПЧП, заимствованные главным образом из документов по ПИФЧИ"⁴.

4. Вместе с тем Комиссия сочла, что для определения сферы охвата любого мандата по разработке законодательного текста, который будет предоставлен Рабочей группе, необходимо будет проделать дополнительную подготовительную работу. В частности, Комиссия отметила:

а) значительные расхождения в терминологии, сфере охвата и содержании существующих документов на национальном уровне; и

¹ См. доклад Комиссии, A/68/17, пункт 331.

² Доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАЛ по ПЧП (Вена, 2-3 мая 2013 года), документ A/CN.9/779: резюме выводов изложено в пунктах 73-85 (размещено на <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html>). Из соображений экономии места в настоящем документе не приводятся ссылки на конкретные пункты этого доклада.

³ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (включая Рекомендации по законодательным вопросам) и ее Типовые законодательные положения по ПИФЧИ размещены на http://www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement_infrastructure.html.

⁴ Доклад Комиссии, выше, пункт 329.

b) некоторые расхождения во мнениях относительно целесообразности разработки типового закона или иного законодательного текста по ПЧП.

5. С учетом вышесказанного основной задачей настоящего Коллоквиума является четкое определение сферы охвата любого мандата по разработке будущего законодательного текста. Такое четкое определение позволит Комиссии убедиться в том, что работу по подготовке законодательного текста по ПЧП можно будет поручить Рабочей группе⁵.

6. Коллоквиум, возможно, пожелает отметить, что Комиссия не будет отдельно рассматривать вопрос о целесообразности предоставления такого мандата Рабочей группе; все предложения, касающиеся запланированной и возможной будущей разработки законодательных текстов, будут рассматриваться вместе, с тем чтобы Комиссия могла определиться с приоритетными темами. В этой связи Коллоквиум, возможно, пожелает высказать замечания относительно важности работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП. Некоторые соображения по этой теме изложены в части II настоящего документа.

V. Исследования и консультации, проведенные в период после сессии Комиссии в 2013 году и до даты проведения настоящего Коллоквиума

7. Комиссия поручила Секретариату организовать подготовительную работу, о которой упоминается выше, путем проведения исследований, консультаций с экспертами и Коллоквиума. Подготовительная работа проводилась в соответствии с указаниями Комиссии относительно обеспечения широкого участия, прозрачности и многоязычия, насколько это возможно, и учета опыта, накопленного во всех регионах, в том числе в публичном и частном секторах⁶. Ниже изложены результаты этой деятельности.

II. Рекомендации настоящему Коллоквиуму, сформулированные по результатам проведения консультаций и исследований после сессии Комиссии в 2013 году

8. В основу докладов о различиях между существующими законодательными документами в области ПЧП, представленных Коллоквиуму

⁵ Необходимо четко определить как сферу охвата будущего текста по ПЧП, так и программные вопросы для рассмотрения. Комиссия с удовлетворением отметила, что тема ПЧП, по всей вероятности, подходит для унификации и разработки законодательного текста на основе консенсуса, что законодательный текст по ПЧП позволит усовершенствовать право международной торговли и что предлагаемая работа не будет дублировать работу, проводимую другими органами, занимающимися правовыми реформами. Там же, пункты 328 и 329.

⁶ Доклад Комиссии, выше, пункт 330.

2013 года⁷, были положены результаты исследований и опыт участников. Хотя было выражено широкое согласие с тем, что такой подход позволяет создать верное представление о сложившемся положении, уже на ранних этапах консультаций было решено, что необходимо систематически проводить обзор в целях получения дополнительной подробной информации о внутреннем законодательстве в области ПЧП. Такой подход позволит на практике подготовить в достаточной мере обоснованные рекомендации относительно сферы охвата законодательного текста по ПЧП.

9. В связи с этим Секретариат, эксперты-добровольцы и консультанты-добровольцы провели обширные обзоры существующих законов в области ПЧП в целях оценки того, насколько в этих законах отражены основные темы, затрагиваемые в документах по ПИФЧИ. В рамках обследований были проведены обзоры законов и нормативных актов в области ПЧП на национальном и местном уровнях (как законов в области ПЧП, так и других соответствующих законов) в 58 странах. Страны, по которым проводилось обследование, отбирались таким образом, чтобы обеспечить региональное разнообразие, а также многообразие с точки зрения уровня экономического развития и правовых традиций. Поэтому такой обзор, охватывающий, как считается, значительную часть законодательных текстов в области ПЧП в мире, можно считать репрезентативным.

10. Участники Коллоквиума 2013 года были проинформированы о том, что Типовые законодательные положения и Рекомендации по законодательным вопросам имеют более узкую сферу охвата, чем Руководство для законодательных органов⁸. Поэтому в ходе обследований рассматривались как существующие законодательные акты в области ПЧП, включающие аспекты, не подпадающие под сферу охвата Типовых законодательных положений и Рекомендаций по законодательным вопросам, так и положения, сфера охвата которых шире сферы охвата документов по ПИФЧИ в целом.

Таблица 1: Список стран, по которым проводился обзор

Австралия	Камерун	Нигер	Тунис
Албания	Кения	Нигерия	Уганда
Ангола	Колумбия	Парагвай	Фиджи
Аргентина	Косово	Перу	Филиппины
Бенин	Кот-д'Ивуар	Польша	Франция
Болгария	Кыргызстан	Пуэрто-Рико	Хорватия
Бразилия	Латвия	Республика Корея	Центральноафриканская
Буркина-Фасо	Литва	Российская	Республика
Вьетнам	Маврикий	Федерация	Чешская Республика

⁷ См., например, документ для обсуждения, подготовленный для Коллоквиума 2013 года, пункт 13, документ A/CN.9/782, размещено на www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html, и указанные доклады и документы.

⁸ См. доклад, подготовленный к третьей сессии Группы специалистов по публично-частному партнерству, "Симмонс энд Симмонс", размещено на www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html.

Гвинея	Македония	Румыния	Чили
Египет	Малави	Сенегал	Шри-Ланка
Замбия	Малайзия	Сербия	Южная Африка
Иордания	Марокко	Сингапур	Ямайка
Испания	Мексика	Соединенные	
Казахстан	Мозамбик	Штаты Америки	
Камбоджа	Монголия	Танзания	

11. Законодательство в области ПЧП каждой страны подвергалось трехуровневому анализу:

а) отражена ли основная тема Руководства для законодательных органов в законодательстве страны (Да/Нет);

б) выполняются ли Рекомендации по законодательным вопросам, связанным с этой темой (Да/Частично/Нет);

с) выполняются ли Типовые законодательные положения (Да/Частично /Нет)?

12. Был также задан вопрос о том, содержит ли законодательство страны дополнительные положения помимо положений, включенных в документы по ПИФЧИ.

13. Подробные выводы будут представлены консультантами в ходе Коллоквиума, а их резюме изложено ниже.

14. По сообщениям консультантов, основные темы Руководства для законодательных органов отражены относительно широко в законах стран, в отношении которых проводился анализ. Однако, что касается непосредственно Рекомендаций по законодательным вопросам, то они выполняются намного хуже.

15. Консультанты также сообщают о том, что в отношении основных тем, рассматриваемых в разделах I-VI Руководства для законодательных органов:

"а) на уровне резюме основные темы, рассматриваемые в разделах I-VI Руководства для законодательных органов, нашли отражение в законодательстве в среднем 59 процентов стран, причем этот показатель изменялся с 79 процентов стран (раздел I – Общие законодательные и институциональные рамки) до 33 процентов стран (раздел VI – Урегулирование споров);

б) в отношении раздела III – Выбор концессионера – и раздела IV – Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектные соглашения, на долю которых приходится 66 процентов Рекомендаций по законодательным вопросам, основные темы отражены были в законодательстве в среднем 63 процентов и 66 процентов стран, соответственно;

с) что касается Рекомендаций по законодательным вопросам, то в случае, если основные темы раздела были отражены в законодательстве стран, в среднем 58 процентов стран выполняли связанные с ними Рекомендации по

законодательным вопросам. Еще 36 процентов стран выполняли такие Рекомендации частично, причем 6 процентов попавших в выборку стран, в законодательстве которых были отражены основные темы, не выполняли Рекомендации по законодательным вопросам;

d) если рассматривать в целом выборку, включавшую 58 стран, то:

i) в среднем 36 процентов выполняли Рекомендации по законодательным вопросам;

ii) 23 процента выполняли Рекомендации по законодательным вопросам частично;

iii) 41 процент не выполняли Рекомендации по законодательным вопросам;

e) в отношении раздела III – Выбор концессионера – и IV – Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение, на которые приходится 66 процентов Рекомендаций по законодательным вопросам:

i) в отношении раздела III было выполнено 33 процента Рекомендаций по законодательным вопросам и еще 27 процентов выполнялись частично, однако 40 процентов стран, попавших в выборку, не выполняли Рекомендации по законодательным вопросам в полной мере;

ii) в отношении раздела IV выполнялись 27 процентов Рекомендаций по законодательным вопросам и еще 34 процента выполнялись частично, однако 38 процентов стран, попавших в выборку, не выполняли Рекомендации по законодательным вопросам в полной мере;

f) в отношении раздела VI – Урегулирование споров – выполнялись 25 процентов Рекомендаций по законодательным вопросам и еще 7 процентов выполнялись частично, однако 68 процентов стран, попавших в выборку, не выполняли Рекомендации по законодательным вопросам в полной мере.

16. Показатели невыполнения Рекомендаций по законодательным вопросам по сравнению с показателями выполнения, согласно данным консультантов, были выше в отношении следующих основных тем:

a) общие законодательные и институциональные рамки: в двух третях стран, в которых проводилось обследование, Рекомендации по законодательным вопросам, касающиеся полномочий на регулирование услуг в области инфраструктуры, не нашли отражения;

b) риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка: более половины стран, по которым проводился обзор, отразили полностью или частично в своем законодательстве Рекомендации по законодательным вопросам в целом, однако в том, что касается гарантий, предоставляемых международными финансовыми учреждениями и агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию, Рекомендации по законодательным вопросам в отношении которых отсутствуют, но имеются соответствующие руководящие указания в Руководстве для законодательных органов, только 28 процентов включили правовые положения во внутреннее законодательство о ПЧП;

с) выбор концессионера (37 процентов Рекомендаций по законодательным вопросам): хотя во многих странах, по которым проводился обзор, основные положения Рекомендаций по законодательным вопросам, касающиеся метода отбора, были выполнены полностью или частично, в большинстве стран не были учтены Рекомендации по законодательным вопросам, касающиеся представления отчетов о процедурах отбора и принятия решений о выдаче подряда, а также процедур обжалования. Кроме того, ровно половина стран не учли положения Рекомендаций по законодательным вопросам, касающиеся выдачи подряда без проведения процедур ПЧП, и только 52 процента стран выполнили полностью или частично положения, касающиеся незапрошенных предложений;

д) сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение: большинство стран не учли Рекомендации по законодательным вопросам, касающиеся обеспечительных интересов, уступки концессии, передачи контрольного пакета акций проектной компании и строительных работ;

е) срок действия, продление и прекращение проектного соглашения: значительное число стран выполнили положения в этом отношении, однако 45 процентов стран, по которым проводился обзор, не выполнили Рекомендации по законодательным вопросам, касающиеся последствий истечения или прекращения проектного соглашения;

ф) урегулирование споров: в законодательстве стран, по которым проводилось обследование, этот раздел был отражен в наименьшей степени, особенно положения, касающиеся других споров помимо споров между организацией-заказчиком и концессионером.

17. Эта изложенная выше тенденция также наблюдалась во многих случаях в отношении отражения Типовых законодательных положений в законодательстве стран. И вновь, в наименьшей степени были учтены положения об урегулировании споров.

18. В отношении данной темы уже отмечалось, что она требует пересмотра в документах по ПИФЧИ, поэтому консультанты также отдельно рассмотрели положения об урегулировании споров, а именно провели обзор внутреннего законодательства в Кыргызстане, Египте, Кении и Монголии, разделов, посвященных процедурам обжалования и средствам правовой помощи, принятым в 14 национальных компаниях, занимающихся правовой практикой⁹, Рекомендаций Малайзии по ПЧП, а также документов, касающихся ПЧП и действующих в Австралии, Индии, Японии, Российской Федерации, Турции и Марокко. Ниже изложено резюме сделанных выводов:

а) непосредственно в контексте договоров по ПЧП предусмотрен ограниченный набор процедур обжалования и средств правовой защиты, однако, как правило, применяются нормы, применимые к аспектам ПЧП, связанным с публичными закупками. В этом отношении с процедурами обжалования, предусмотренными главой III Руководства для законодательных органов, во многом согласуются законы следующих 14 стран: Бразилии,

⁹ <http://us.practicallaw.com/>.

Канады (в которой может быть также согласован арбитраж в качестве формы урегулирования споров), Китая (как правило, законодательство о закупках не применяется к ПЧП или концессиям), Чешской Республики, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Франции, Германии, Италии, Нидерландов, Польши, Южной Африки, Швейцарии, Украины и Соединенных Штатов Америки; и

б) в законодательстве этих стран не рассматриваются споры между поставщиками услуг или другие коммерческие споры (споры между учредителями проекта и между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками и споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры).

19. Основные темы, которые предусмотрены, по сообщениям консультантов, в законодательстве стран, но либо не рассматриваются в документах по ПИФЧИ, либо рассматриваются менее подробно или иначе, чем в упомянутых текстах, во многом подтверждают выводы Коллоквиума 2013 года. Первый вывод заключался в том, что, хотя документы по ПИФЧИ являются прочной основой для правовой реформы в области ПЧП, определенные аспекты документов по ПИФЧИ требуют некоторого обновления и пересмотра. В частности, к таким аспектам относятся предоставление услуг, незапрошенные предложения, некоторые аспекты рисков, связанных с проектами, и правительственной поддержки, некоторые аспекты процедуры отбора, некоторые аспекты контроля за исполнением договоров и осуществления проекта, а также механизмы урегулирования споров.

20. Во-вторых, по всей видимости, наблюдается более широкий консенсус по вопросам, в отношении которых ранее не существовало принятого программного решения. В частности, к таким вопросам относятся управление и социальная ответственность, предупреждение мошенничества и коррупции, борьба с коллизией интересов и взаимодействие между законами в области ПЧП и другими законами.

21. В-третьих, разночтения между различными документами по ПИФЧИ и тот факт, что некоторые вопросы рассматриваются в документах по ПИФЧИ неоднократно, указывают на то, что повторное издание руководящих указаний и положений позволило бы повысить степень их удобства для чтения. В качестве примеров можно привести ссылки на другие соответствующие законы и финансовые и инвестиционные вопросы.

22. После завершения сессии Комиссии Секретариат также провел консультации с экспертами и учреждениями, занимающимися реформой в области ПЧП, путем обмена документами, организации телеконференций и личных встреч, с целью дополнить данные описанного выше обследования мнениями этих экспертов и учреждений.

23. В целом, в ходе консультаций был выявлен ряд вопросов, заслуживающих особого рассмотрения в качестве основных элементов для пересмотра текста по ПИФЧИ. В этой связи в следующем разделе рассматривается каждая из соответствующих тем.

III. Основные вопросы для дальнейшей работы в области ПЧП

A. Сфера охвата любого будущего законодательного текста по ПЧП

24. В рамках консультаций в первую очередь рассматривался вопрос сферы охвата любого будущего законодательного текста. В Руководстве для законодательных органов предусматриваются варианты видов концессий, подлежащих регулированию¹⁰, однако ни в одном из документов по ПИФЧИ не рассматривается сфера охвата соответствующего закона, позволяющего их использовать.

25. Этот вопрос является более сложным, чем может показаться на первый взгляд, в частности, поскольку не существует универсального определения ПЧП. На Коллоквиуме 2013 года было отмечено, что издавна наиболее распространенным видом ПЧП является проект в области инфраструктуры, в рамках которого связанные с ним услуги предоставляются общественной частным сектором ("инфраструктура плюс ПЧП по услугам"), и услуги оператора оплачиваются с помощью механизма концессии. Именно этому уделяется основное внимание в документах по ПИФЧИ. Вместе с тем также сообщалось о том, что в рамках ПЧП осуществляется теперь и создание нематериальной инфраструктуры, предусматривающей оказание услуг, предоставление общедоступных услуг частными структурами без создания инфраструктуры, и другие договорные соглашения (партнерство, создание объединений, некоторые институциональные ПЧП, долгосрочные договоры об аренде и об управлении)¹¹. Соответствующие услуги включают в себя теперь как простые, так и сложные услуги: например, в рамках ПЧП в области здравоохранения – от медицинских услуг до более простых – уборки и организации питания.

26. Еще одним видом ПЧП является предоставление частной стороной услуг, которые обычно считаются общедоступными услугами, однако ранее не предоставлялись. В таком случае власти могут впоследствии предпринять попытки регулировать такие услуги и сотрудничать в деле их предоставления. В качестве примеров были приведены услуги по водоснабжению и утилизации отходов во франкоязычных странах Африки, а также вышеописанные услуги в области здравоохранения.

27. Кроме того, Секретариат был проинформирован о расширении финансирования создания инфраструктуры из частных источников (без предоставления связанных с ней услуг) в таких странах, как Франция, Марокко, Катар, Тунис, Турция и Объединенные Арабские Эмираты.

28. Не вызывают удивления данные обследований, свидетельствующие о том, что законодательство разных стран существенно отличается как по форме, так

¹⁰ См. главу I, раздел C.2, в частности пункт 19.

¹¹ См. документ для обсуждения, подготовленный для Коллоквиума 2013 года и упомянутый выше, пункты 11-12, 17-18, доклады и документы, ссылка на которые в нем содержится, и доклад о работе Коллоквиума 2013 года.

и по сфере охвата. В некоторых государствах существуют законы о публичных закупках и концессиях, однако отсутствуют законы, регулирующие другие формы ПЧП; в законах о закупках других государств, по сообщениям, рассматриваются несколько форм ПЧП, аренда и продажа правительственных активов и отчуждение, хотя приватизация, как правило, рассматривается в рамках законодательных актов, касающихся конкретных проектов.

29. Кроме того, отличается сфера охвата действующих международных документов по ПЧП или документов, которые могут иметь к ним отношение: Базовые элементы ОЭСР¹² предусматривают концессии в отношении природных ресурсов (не рассматриваются в документах по ПИФЧИ). По сообщениям консультантов, законы Кении, Косово и Кыргызстана исключают проекты по освоению природных ресурсов.

30. В ходе Коллоквиума 2013 года было сочтено, что ЮНСИТРАЛ следует рассмотреть новые виды ПЧП, которые в настоящее время не подпадают под сферу охвата документов по ПИФЧИ. Однако большинство экспертов, с которыми проводились консультации, сообщают, что для наиболее вероятных пользователей законодательного текста – развивающихся стран и стран, находящихся на переходном этапе, – в подавляющем большинстве случаев речь будет идти о ПЧП в области инфраструктуры, предусматривающих оказание услуг, и что, возможно, 20 процентов вопросов, которые возникают в рамках этих проектов, создают 80 процентов проблем, которые считаются препятствующими эффективным ПЧП.

31. Основными характерными чертами ПЧП в области инфраструктуры, предусматривающими оказание услуг, являются создание и эксплуатация инфраструктуры и предоставление связанных с ней публичных услуг частным сектором. Эти элементы предусматривают, в частности, уделение основного внимания предоставлению услуг частным сектором, а также финансированию из частных источников; это в свою очередь предполагает смещение акцентов в документах по ПИФЧИ, в которых предоставление услуг подробно не рассматривается¹³.

32. Вместе с тем в отношении понятия ПЧП в области инфраструктуры с оказанием связанных с ней услуг многое остается неясным. Во-первых, проекты в области инфраструктуры, не предусматривающие оказание связанных с ней услуг, на практике могли бы охватываться положениями разделов, касающихся только инфраструктуры. Однако такие проекты существенно отличаются от проектов, рассматриваемых в документах по ПИФЧИ, в которых основное внимание уделяется финансированию проекта как основному финансовому механизму. Частные инвестиции возвращаются за счет поступлений от осуществления рамочного концессионного соглашения об эксплуатации соответствующего объекта инфраструктуры¹⁴. В случае, если соответствующие услуги не предоставляются, частные инвестиции должны

¹² Размещено на <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements>.

¹³ См., например, главу IV Руководства для законодательных органов, стр. 154, Рекомендацию 53 и Типовое законодательное положение 28(h).

¹⁴ См., например, раздел II Руководства для законодательных органов, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", стр. 45-72.

возмещаться организацией-заказчиком, а не пользователями. Такой тип ПЧП зачастую определяется как "ПЧП, оплачиваемое государством" или "ЧФИ/ПЧП"¹⁵. Кроме того, могут заключаться смешанные договоры.

33. Если Коллоквиум сочтет, что в будущий законодательный текст следует включить некоторые или все ПЧП, оплачиваемые государством, то его участники, возможно, пожелают указать дополнительные вопросы, которые могут быть с этим связаны. В частности, какое право будет регулировать такие сделки – будут ли они подпадать под сферу действия законов о публичных закупках¹⁶? Некоторые последствия договора и другие последствия рассматриваются в разделе ниже, посвященном вопросам финансирования и инвестиций, а также в разделе о законодательстве и договорах в части II настоящего документа.

34. К ПЧП в области инфраструктуры, не предусматривающим оказание связанных с ней услуг, как правило, относятся концессии на освоение природных ресурсов и сельскохозяйственные концессии, и они являются проектами по созданию инфраструктуры (в широком смысле). В докладе о работе Коллоквиума 2013 года, было указано, что такие проекты было бы предпочтительным исключить, поскольку они связаны с широким кругом вопросов, многие из которых не будут иметь значения за рамками конкретных проектов или этих секторов, а также поскольку существуют международные руководящие указания в отношении, например, нефте- и газодобычи и разработки месторождений полезных ископаемых¹⁷. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос в своем докладе.

35. При рассмотрении ПЧП в области инфраструктуры, предусматривающих оказание связанных с ней услуг, можно было бы аналогичным образом рассмотреть проекты по оказанию общедоступных услуг, не предусматривающих создания инфраструктуры, в том случае, если положения, касающиеся инфраструктуры, не применяются к соответствующим проектам. Следовательно, такой подход учитывает рекомендацию Коллоквиума 2013 года относительно того, что создание физической инфраструктуры не следует рассматривать в качестве обязательного элемента будущего текста, а также последние изменения на рынке. Указанное расширение сферы услуг в рамках проекта по оказанию услуг – в частности, упомянутое выше расширение услуг в области здравоохранения – может, однако, свидетельствовать о необходимости более сложных договорных положений, в частности более высокой степени гибкости условий договоров, которая позволяла бы учитывать и изменения, и другие вопросы, возникающие в связи с различными техническими факторами. Коллоквиум, возможно, пожелает сообщить также о

¹⁵ "ЧФИ", как правило, означает частную финансовую инициативу в Соединенном Королевстве.

¹⁶ См. далее пункты 41 и 79.

¹⁷ См., например, а) публикации, подготовленные в рамках Инициативы "Транспарентность в добывающих отраслях промышленности" (ИТДО), размещено на <http://eiti.org/>. ИТДО представляет собой международный стандарт, обеспечивающий прозрачность в отношении природных ресурсов стран, и разрабатывается и контролируется коалицией правительств, компаний, гражданского общества, инвесторов и международных организаций; и б) пособия по различным областям, подготовленные Всемирным банком, размещено на <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>.

других вопросах, с которыми может быть связано такое ПЧП, если пожелает включить их в рекомендуемую сферу охвата любого будущего текста.

36. Еще одним видом ПЧП является "институциональное ПЧП", в рамках которого проект представляет собой совместное предприятие организации-заказчика и поставщика услуг. В качестве примеров Секретариату были приведены институциональные ПЧП в таких областях, как электроэнергетика и здравоохранение. К другим новым структурам ПЧП относятся, в частности, структуры, в которых частная сторона является по сути государственным предприятием. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости каких-либо дополнительных положений, если такие ПЧП будут включены в будущий законодательный текст по ПЧП.

37. В целом в ходе консультаций было отмечено следующее:

а) вместо разработки строгого определения ПЧП следует сохранить гибкость определения этого понятия, которое можно было бы сформулировать как всеобъемлющее и которое позволяло бы разбить его на характерные составляющие. Выявленные таким образом основные составляющие могли бы затем служить описанием ПЧП;

б) основным элементом, требующим дополнительного регулирования, является предоставление общедоступных услуг частными структурами; и

с) необходимы общие принципы, которые могли бы применяться для регулирования характерных для всех ПЧП элементов.

38. Вместе с тем в ходе консультаций не удалось достичь единого мнения относительно конкретной сферы охвата ПЧП, которая будет рассматриваться. В этом контексте определенное значение, возможно, будет иметь объем работы и предполагаемая степень заинтересованности государств – членов ЮНСИТРАЛ в проекте по ПЧП. В ходе Коллоквиума 2013 года было отмечено, что ЮНСИТРАЛ следует взять на себя такой объем работы, который можно было бы выполнить в сроки, позволяющие проекту соответствовать требованию обеспечения так называемой "срочной необходимости в более общем стандарте ЮНСИТРАЛ в отношении ПЧП".

39. С учетом этого замечания, необходимости рекомендовать Комиссии достаточно определенный объем работы, противоречий, связанных с попытками рассмотреть все формы ПЧП и подготовить текст в относительно сжатые сроки, большинство экспертов, с которыми проводились консультации, рекомендовали ЮНСИТРАЛ сосредоточить усилия на разработке законодательного текста по ПЧП в области создания инфраструктуры и оказания связанных с ней услуг. См. конкретные примеры решений, принятие которых подразумевает эти связанные с ресурсами вопросы, в пунктах 55-56 раздела, посвященного трансграничным ПЧП, ниже.

40. Коллоквиум, возможно, пожелает указать в своем докладе Комиссии типы ПЧП, которые необходимо включить в любой будущий законодательный текст, которые необходимо будет исключить, и типы ПЧП, решение в отношении которых еще не принято. Коллоквиум может также отметить, что структуры, регулирующие исключенные типы ПЧП, могут опираться на темы и руководящие указания по основным типам ПЧП, которые будут содержаться в

будущем тексте ЮНСИТРАЛ (и ЮНСИТРАЛ могла бы в дальнейшем принять решение рассмотреть другие типы ПЧП в качестве отдельных будущих тем).

41. Еще один вопрос, связанный с определением сферы охвата, касается проведения разграничения между законами о публичных закупках, концессиях и ПЧП. Комиссии ранее сообщалось, что проекты в области инфраструктуры бывают самыми разными – от публичных закупок с помощью ПЧП до приватизации¹⁸. В ходе консультаций с экспертами было подчеркнуто, что четкое определение сферы охвата жизненно необходимо для того, чтобы государства могли обеспечить ясность в отношении применимости конкретного (-ых) закона (-ов) к каждому проекту. В частности, можно было бы регулировать все связанные с закупками элементы таких сделок в рамках законодательства о публичных закупках и принять отдельные законы, регулирующие все этапы различных типов проектов и предусматривающие в целях обеспечения согласованности в надлежащих случаях идентичные положения (например, в отношении планирования, закупок и основных элементов предоставления услуг). Какое-либо первичное решение этого вопроса могло бы способствовать оценке Комиссией сроков и сферы охвата любого мандата, который будет предоставлен.

42. Коллоквиум, возможно, также пожелает отметить в своем докладе Комиссии, что в отношении разработки законодательного текста необходимо будет в первую очередь определить на основе данных вышеуказанных исследований и соответствующих международных документов основные вопросы, которые, скорее всего, можно будет урегулировать с помощью законодательства по соответствующим ПЧП (включая любые вышеупомянутые варианты, которые, по мнению Коллоквиума, необходимо будет рассмотреть) для рассмотрения Рабочей группой. Программные решения в отношении этих вопросов будут основываться на результатах уже проделанной научной работы и данных проводящихся исследований.

В. Основные темы для включения в законодательный текст по ПЧП

43. Как сообщалось на Коллоквиуме 2013 года, для регулирования ПЧП существенное значение имеют следующие четыре основные области: правовая и нормативная среда; планирование проектов, включая распределение рисков по проекту и поддержку со стороны правительства и доноров; выбор партнеров по проектам (поставщика или концессионера); и проектное соглашение и осуществление проекта и руководство работами по проекту. По этим четырем областям не проводится четкое разграничение между различными аспектами ПЧП, но они объединены таким образом для удобства рассмотрения и обсуждения на нынешнем форуме. (Если ЮНСИТРАЛ будет рассматривать тему ПЧП, то впоследствии она, возможно, сочтет необходимым рассмотреть вопрос о том, как наилучшим образом сгруппировать эти области в одном законодательном тексте.)

¹⁸ Пункт 32, документ для обсуждения для Коллоквиума 2013 года, см. также пункт 79 настоящего документа, касающийся потенциально дублирующихся положений законов.

44. В последующих разделах настоящего документа изложены основные вопросы, которые были определены в ходе Коллоквиума и которые необходимо, согласно результатам консультаций с экспертами, пересмотреть или представить по-иному, чем в нынешних документах по ПИФЧИ, или которые следует включить в законодательный текст по ПЧП в качестве новых тем. Они сгруппированы по четырем тематическим областям, которые упоминаются в предыдущем пункте. В ходе консультаций было подчеркнуто, что эти вопросы являются основными вопросами и не призваны представлять собой исчерпывающий список тем для пересмотра.

45. С учетом выводов Коллоквиума 2013 года и последующих рекомендаций экспертов, согласно которым за отправную точку следует брать документы по ПИФЧИ, действующий режим, предусмотренный в документах по ПИФЧИ, в надлежащих случаях резюмирован, а также сформулированы рекомендации относительно того, в каком объеме следует пересматривать и изменять формулировки документов по ПИФЧИ.

46. В настоящем разделе также указан ряд дополнительных тем, рассматриваемых в документах по ПИФЧИ, в отношении которых, возможно, потребуется внесение менее существенных поправок.

1. Правовая и нормативная среда

i) Институциональные рамки

Соответствующие Рекомендации по законодательным вопросам: 1, 6-8

ТЗП: не указаны

Руководство для законодательных органов "Административная координация", раздел D в главе I ("Общие законодательные и институциональные рамки")

47. Широко признается тот факт, что важнейшее значение для налаживания эффективных ПЧП и привлечения инвесторов к участию в ПЧП имеют прочная институциональная основа и четкие соответствующие процедуры. По мнению экспертов, связанные с этим вопросы являются не только новыми для большинства стран, но они также по многим аспектам существенно отличаются от традиционных проектов в области публичных закупок. Они предусматривают, в частности, определение сферы охвата и оценку доступности услуг, использование земельных участков (включая, возможно, отчуждение, переселение и др.) и более сложные договоры, отражающие долгосрочный характер проекта и финансовые и эксплуатационные вопросы. Необходимы координация между различными министерствами, оценка финансовых, налоговых и бухгалтерских аспектов большинства проектов (в частности, связанных с ними обязательств и других вопросов, рассматриваемых в разделе "Вопросы финансирования и инвестирования" ниже); решение вопросов о публичных платежах, субсидиях или государственных гарантиях потребует, по меньшей мере, координации и, в большинстве случаев, поддержки министерства, отвечающего за финансы и/или бюджет.

48. Следовательно, для планирования, подготовки, проработки проектов и руководства работами по их осуществлению необходимы подходящие и всеобъемлющие институциональные рамки, созданные с учетом

международных оптимальных видов практики. По этой теме в последнее время было опубликовано много справочных материалов, однако в них по-прежнему охватываются лишь некоторые аспекты¹⁹; например, во многих из них рассматриваются в основном вопросы планирования, подготовки и прозрачности ПЧП, тогда как вопросам закупок уделяется недостаточно внимания²⁰.

49. Группы по ПЧП, которые рекомендуется создавать согласно Руководству для законодательных органов, доказали свою эффективность в ряде развитых стран (например, в Соединенном Королевстве, Австралии и Франции, в особенности в отношении договоров в рамках ПЧП/ЧФИ и в отношении национальных проектов). В развивающихся странах результаты были менее успешными. Как отмечает ОЭСР, "группы по ПЧП должны создавать для органов власти (например, министерств) возможности для результативного и эффективного налаживания, оценки ПЧП и управления ими. Для этого группе по ПЧП необходимы сотрудники, обладающие глубокими финансовыми, правовыми, экономическими знаниями, а также знаниями в области управления проектами"²¹.

50. Кроме того, и в особенности в странах с формирующейся экономикой, для эффективных институциональных рамок ПЧП необходимо намного больше, чем создание центральной группы по ПЧП и ее поддержка. И вновь, по мнению ОЭСР, следует четко определить основные институциональные функции и обязанности для урегулирования налоговых и бюджетных вопросов, аспектов закупок, вопросов, связанных с ревизией ПЧП и правилами мониторинга и порядком приведения в исполнение решений²². Поэтому требуется комплексный подход к институциональным основам.

51. Учреждениям необходимо будет придерживаться основополагающих принципов независимости и прозрачности в деле организации и управления; по мнению экспертов, эти аспекты не рассматриваются в достаточной мере в действующем законодательстве и их следует надлежащим образом отразить в любом будущем законодательном тексте по ПЧП.

52. В этой связи эксперты предложили внести поправки в Руководство для законодательных органов с целью учесть изменения, связанные с учреждениями по вопросам ПЧП, а также предложили расширить сферу охвата Рекомендаций по законодательным вопросам и Типовых законодательных положений. Более подробная информация по этим вопросам и замечания, касающиеся выводов консультантов о том, что в законодательстве стран в

¹⁹ См. подготовленное ККОИ "Справочное руководство по ПЧП", 2012 год, размещено на <http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/WBIPPIAFPPPReferenceGuidev11.0.pdf>.

²⁰ См., например: записку № 4 ККОИ "Developing a PPP framework: policies on PPP unit" ("Разработка рамок ПЧП: политика в отношении групп по ПЧП") (май 2012 года), размещено на www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf.

²¹ ОЭСР, "Principles for the public governance of Public-Private Partnerships" ("Принципы публичного управления публично-частным партнерством"), размещено на www.oecd.org/governance/oecdprinciplesforpublicgovernanceofpublic-privatepartnerships.htm, section 2.

²² Ibid.

целом не выполняются рекомендации в отношении органов власти, регулирующих предоставление услуг в области инфраструктуры, будут представлены в ходе Коллоквиума.

ii) *Трансграничные ПЧП*

Отсутствие ссылок в документах по ПИФЧИ

53. Трансграничные проекты (ТГПЧП) существуют столько же, сколько существуют проекты в области инфраструктуры или предоставления услуг. Однако при разработке документов по ПИФЧИ вопросам, связанным с ТГПЧП, практически не было уделено внимания, и поэтому эта тема в них не рассматривается. Консультанты также сообщили о том, что в странах, по которым проводился обзор, отсутствуют нормативные положения, позволяющие создавать ТГПЧП. Во времена глобализации, расширения регионального сотрудничества и технического развития значительно увеличилось число заключаемых трансграничных соглашений о сотрудничестве. Данные различных исследований свидетельствуют о существенных конкретных преимуществах ТГПЧП: если говорить кратко, то ТГПЧП позволяют увеличить объемы торговли, обеспечить более высокую степень открытости торговли и способствуют более широкому экономическому развитию. Примеры ТГПЧП можно найти на всех континентах и во всех сферах – от проектов в области инфраструктуры до проектов в области туризма и космической деятельности. Еще одной важной причиной для налаживания ТГПЧП является то, что некоторые проблемы не могут быть решены силами только одной страны (например, в ином случае невозможно обеспечить финансирование).

54. Несмотря на широкое признание весьма существенных преимуществ ТГПЧП, можно также отметить распространенное нежелание создавать ТГПЧП. Сообщается, что главным препятствием на пути создания ТГПЧП является отсутствие руководящих указаний относительно надлежащего урегулирования конкретных правовых проблем, связанных с ТГПЧП, которое в основном, как представляется, и не позволяет использовать их общепризнанный огромный положительный потенциал. По предположениям экспертов, наиболее подходящим органом для решения проблемы отсутствия руководящих указаний является ЮНСИТРАЛ как международная платформа. ЮНСИТРАЛ могла бы также надлежащим образом рассмотреть правовые аспекты, связанные с ТГПЧП, и, по сообщениям экспертов, опыт применения документов по ПИФЧИ также указывает на необходимость рассмотрения ТГПЧП в любом будущем тексте по ПЧП.

55. Эксперты предложили три варианта включения таких положений, касающихся ТГПЧП:

а) во-первых, этот вопрос мог бы регулироваться за счет создания нового правового режима ("режим X") на международном уровне, предусматривающего разработку новых и дополнительных норм/положений. Такие положения должны быть достаточно подробными и в то же время обеспечивать необходимую гибкость и приемлемость, согласовываться с другими существующими международными документами (включая другие документы ЮНСИТРАЛ) и документами таких международных организаций,

как ЮНКТАД, ВТО и ОЭСР. Этот вариант предполагает проведение широкой подготовительной и нормотворческой работы;

b) вторым вариантом является разработка специальных положений, касающихся определенных необходимых основных аспектов ТГПЧП, а также руководящих указаний относительно использования, принятия и корректировки уже действующих положений с учетом международного контекста и соответствующих аспектов. Поэтому задачей ЮНСИТРАЛ по сути будет разработка руководящих указаний относительно соображений, которые необходимо будет учитывать при принятии соответствующих положений по ТГПЧП. Однако, как уже отмечалось, такой вариант также потребует проведения нормотворческой работы (в отношении необходимых обязательных правовых условий для реализации этого варианта, особенно способов создания своего рода режима коллизии и правовой защиты);

c) третий вариант представлял бы собой сочетание варианта 1 ("режим X") и варианта 2. В случае применения этого варианта потребуется принять решение относительно того, какие области будут полностью (заново) регулироваться на международном уровне и в каких областях необходимо будет ссылаться на действующие правовые режимы.

56. Ввиду самых разнообразных соображений и правовых вопросов, связанных с ТГПЧП, весьма ограниченных ресурсов ЮНСИТРАЛ и критериев в отношении будущей работы и методов работы, по мнению экспертов, осуществление первого и третьего вариантов является слишком обременительным и ресурсоемким. Процесс принятия решений относительно областей, требующих (нового) регулирования, в рамках третьего концептуального варианта, может оказаться весьма продолжительным и сложным. В этой связи эксперты рекомендуют придерживаться второго концептуального варианта.

iii) *Управление и социальная ответственность*

Отсутствие ссылок в документах по ПИФЧИ

57. В декларации "Рио+20" к частному сектору был обращен призыв "придерживаться ответственной деловой практики, примером которой может служить практика, предусмотренная в Глобальном договоре Организации Объединенных Наций"²³. Принципы корпоративного управления призваны обеспечить более высокую степень прозрачности и подотчетности в корпоративной среде. Общественная заинтересованность в обеспечении надлежащих стандартов поведения корпораций (некоторые виды конкурентной тактики, используемые обычно в частном секторе, не будут уместными в рамках ПЧП) очевидна, однако не до конца ясно, что именно под ними подразумевается.

58. Поскольку ПЧП представляет собой сотрудничество публичного и частного секторов, необходим надлежащий баланс между корпоративным управлением и эквивалентными публичными стандартами в отношении обязательств по обеспечению подотчетности и прозрачности. Например, каким

²³ Пункт 46, будущее, которого мы хотим.

образом следует рассматривать необходимость обеспечения должной осмотрительности, учитывая, что компания, осуществляющая проект, отвечает не только перед акционерами, но и перед более широкой группой заинтересованных сторон и имеет текущие обязательства по оказанию общедоступных услуг? В рамках публичных закупок в отношении принципа должной осмотрительности действуют общепринятые правила, однако ПЧП имеет более сложный характер и урегулировано в меньшей мере. Кроме того, какие структуры частного сектора должны охватываться?

59. Долгосрочный характер взаимоотношений между партнерами (которых зачастую много и их состав меняется) и особенности распределения рисков также обуславливают необходимость четких и надлежащих рамок управления на всех этапах проекта в рамках ПЧП (принятие решений, закупки, осуществление, прекращение). В целях избежания риска переноса всех обязательств на подставные компании, обеспечения наличия правового субъекта, который будет отвечать за выполнение всех обязательств на протяжении всего срока осуществления проекта, могут потребоваться правила, касающиеся изменений в корпоративной структуре, а также правила продажи акций (строительные компании, например, как правило, не стремятся оставаться долгосрочными акционерами). Поскольку частные партнеры обычно имеют сложную организационную структуру, различные дочерние компании, связанные с ними, или совместные предприятия, по мнению экспертов, в равной степени важно убедиться в том, что любые требования, применимые к основному подрядчику, будут также применяться к этим структурам, а также необходимо разработать более широкие правила, регулирующие субподрядные договоры.

60. Хотя в документах по ПИФЧИ и рассматриваются некоторые вопросы, связанные с четким определением прав акционеров и заинтересованных сторон (кредиторов, сотрудников, потребителей) или с организацией, функциями и обязанностями совета директоров (коллективными и индивидуальными), эти вопросы требуют дополнительного разъяснения и дополнения. Необходимо защитить интересы публичных органов в обеспечении непрерывного оказания соответствующих услуг (в отношении чего могут применяться самые разнообразные механизмы, с которыми сопряжены сложные программные вопросы). В рамках дальнейшей работы необходимо будет рассмотреть возможные противоречия в отношении предупреждения коррупции и борьбы с ней, коллизии интересов, независимости членов совета директоров, руководства и ревизоров, а также вопрос о разработке кодекса поведения, направленного на обеспечение высоких этических стандартов поведения. Подотчетность и ответственное принятие решений свидетельствуют об усовершенствовании надзорных механизмов (в частности, комитетов, отделов, ревизионных и других органов), внутренних систем контроля за деятельностью советов и ревизии финансовых ведомостей.

61. Вопросы, касающиеся стандартов точного и периодического представления информации и достаточной степени прозрачности финансовой отчетности и бухгалтерского учета, связанных с управлением, рассматриваются в разделе, посвященном прозрачности, в части II настоящего документа.

62. Наконец, международное сообщество также все более активно способствует популяризации новых основных ценностей, применимых к любой деловой среде и охватывающих права человека, охрану окружающей среды, долгосрочную устойчивость, меры борьбы с коррупцией, управление рисками и надзор со стороны совета директоров, взаимоотношения с руководством и отчетность перед акционерами. ОЭСР также разработала 12 принципов, направленных на достижение трех целей, которые могут послужить отправной точкой для разработки положений:

а) обеспечить четкую, предсказуемую и законную институциональную основу при поддержке компетентных и располагающих достаточными ресурсами органов;

б) при выборе ПЧП основываться на принципе экономической целесообразности; и

в) проводить бюджетные процессы на прозрачной основе в целях минимизации налоговых рисков и обеспечения честности и неподкупности в рамках процедур закупок.

63. Эксперты рекомендуют установить необходимые требования в законодательном порядке и/или с помощью договорных или иных механизмов, а по мнению некоторых из них, эти требования не должны превышать требований, существующих в отношении других корпораций в соответствующих секторах и направленных на защиту нынешних участников рынка. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о способах определения сферы охвата соответствующей рекомендации, которая будет представлена Комиссии.

iv) *Вопросы финансирования и инвестирования*

Соответствующая Рекомендация по законодательным вопросам 13, "Правительственная поддержка"

ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: раздел В.4 "Финансовые структуры и источники финансирования инфраструктуры", в разделе "Введение и справочная информация по ПИФЧИ"; раздел А, "Общие замечания", и раздел С, "Правительственная поддержка", в главе II, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка"

64. В документах по ПИФЧИ основное внимание уделяется концепции проектного финансирования (иными словами, "безоборотному" финансированию в том смысле, что инвестиции в проект возмещаются не за счет кредиторов, а за счет активов и доходов от проекта). Однако, как отмечается в Руководстве для законодательных органов, зачастую требуется вторичное обеспечение и кредит, включая правительственную поддержку, и, таким образом, финансирование на практике представляет собой "ограниченное оборотное" финансирование. В Руководстве говорится об основных источниках финансирования за счет заемных средств и эмиссии акций. Эксперты сообщили об увеличении объема первоначального финансирования строительными компаниями и других формах частного финансирования, в частности со стороны пенсионных фондов. Некоторые

инвестиции осуществляются на краткосрочной основе; другие – на долгосрочной.

65. Оценка финансовой устойчивости проекта требует анализа, в частности, следующих вопросов:

а) оправдывает ли масштаб возможного проекта в рамках ПЧП транзакционные издержки?

б) будут ли инвестиции возмещены организацией-заказчиком, конечными пользователями или и теми, и другими?

с) если платежи взимаются с конечных пользователей, будет ли достаточным спрос на протяжении срока осуществления проекта?

66. Ответ на первый из этих вопросов, помимо того, что он также важен для принятия решения относительно того, следует ли проводить тот или иной проект в рамках закупок или ПЧП, на практике связан со многими вопросами. Существующие модели ПЧП во многом критикуются ввиду чрезмерных транзакционных издержек, которые в некоторой степени искажают этот вопрос. К таким издержкам относятся, в частности, высокие взносы за участие в консорциумах и существенные затраты на подготовку тендерных заявок, что усугубляется продолжительными процедурами отбора, а также непредвиденные доходы. Также иногда сообщалось о том, что финансирование в обмен на акции оказывается более дорогостоящим, чем финансирование за счет заемных средств, однако может иметь другие преимущества, например, если обеспечено широкое и долгосрочное участие в акционерном капитале.

67. Правительства ряда стран способствуют более широкому применению решений, призванных урегулировать эти проблемы путем содействия долгосрочному инвестированию средств в обмен на акции, более подробная информация о которых будет представлена Коллоквиуму. Эти решения, как считается, предусматривают специальные решения в области управления (например, законодательные рамки, определяющие организационные структуры, процедуры обеспечения прозрачности, гарантий и отчетности, вместо использования только лишь договорных положений); возможность получения правительственных гарантий в отношении ставок дохода для пенсионных фондов-инвесторов; и периодическое повторное проведение конкурса на управление финансами в течение инвестиционного периода.

68. В Австралии одним из предлагаемых в отношении ПЧП решений является двухэтапный "обратный" процесс закупок: прежде, чем разрабатывать модели проекта и проводить этап закупок, организуется конкурентный отбор в отношении финансирования под акции в целях определения рыночного спроса и установления порогового коэффициента окупаемости. Аналогичные процедуры могут быть установлены в отношении финансирования за счет заемных средств.

69. Вместе с тем было отмечено, что пенсионные и аналогичные фонды могут и не иметь возможности инвестировать в проекты, пока не объявлены социально-экономические цели проекта и не обеспечена возможность

наблюдения за достижением этих целей²⁴. Кроме того, такие фонды, возможно, и не будут готовы инвестировать средства, если не будут реформированы процедуры закупок, повышена степень прозрачности всех этапов проекта и усовершенствованы процедуры контроля за исполнением договора и регулирования этого процесса, и руководство на этапе осуществления (которые рассматриваются в других пунктах данного раздела).

70. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько широко следует охватывать эти вопросы в любом будущем законодательном документе по ПЧП, в том числе следует ли их включить в качестве отдельных тем или подтем других соответствующих тем.

v) *ПЧП с малыми операторами*

Отсутствие ссылок в документах по ПИФЧИ

71. Проекты, предусматривающие предоставление услуг в области водоснабжения и утилизации отходов, во франкоязычных странах Африки, о которых упоминалось в пункте 26 выше, были заключены с малыми частными операторами. Такие проекты традиционно не считались относящимися к ПЧП. Однако поскольку публичные органы начали организовывать и регулировать оказание таких услуг в сотрудничестве с такими операторами, отношение к ним изменилось. Поскольку многие такие ПЧП осуществляются в городских условиях, соответствующие услуги могут оплачиваться с помощью концессий – в пример Секретариату было приведено Марокко.

72. Такие ПЧП имеют преимущества с точки зрения достижения цели в области развития – местная занятость и создание местного частного рынка, предоставление публичного доступа к базовым услугам (например, уборка мусора и водосбор, транспорт, канализация и электричество). В рамках публичных закупок широко применяются мероприятия по поддержке МСП (от упрощения процедур до финансовой поддержки). Проекты с участием малых частных операторов могут также служить механизмами наращивания потенциала.

73. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какие из этих проектов, если таковые будут выбраны, должны подпадать под сферу охвата ПЧП, которые может рассмотреть ЮНСИТРАЛ, с программной точки зрения. Например, проекты, финансируемые за счет публичных средств, со всей очевидностью могут служить более простыми механизмами поддержки МСП, чем проекты, предусматривающие концессии, поскольку финансирование является относительно надежным и осуществляется на основе долгосрочных договоров.

74. Если рассматривать эти проекты, то возникает вторичный вопрос о необходимости смягчения норм регулирования (например, процедур отбора) в целях создания дополнительных стимулов для малых частных операторов. Мнения экспертов по этому вопросу разошлись.

²⁴ В отношении целей и задач см. раздел, посвященный вопросам устойчивого развития; вопросы раскрытия информации и обеспечения конфиденциальности рассматриваются в разделе, посвященном прозрачности, в части II настоящего документа.

75. Другие соответствующие вопросы связаны, в частности, с порядком определения соответствующих операторов, предоставления средств таким операторам под акции, разработки надлежащих систем оплаты, наращивания потенциала с помощью регулирования и/или разработки руководящих указаний, предоставления надлежащей институциональной поддержки, создания возможностей для внесения изменений в ходе осуществления проекта, которые могут оказать весьма существенное влияние на меньших по размерам операторов.

76. Коллоквиум, возможно, обратит внимание на то, что Государственный совет Франции, Агентство по развитию Франции и Всемирный банк руководят профильным сообществом по ПЧП с частными операторами. Коллоквиуму будет представлена дополнительная информация о таких ПЧП.

vi) *Согласованность положений, регулирующих ПЧП, и других законов*

Соответствующие Рекомендации по законодательным вопросам/ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: раздел В.1(а), "Политика конкуренции и монополии", в разделе "Введение и справочная информация по ПИФЧИ", и глава VII, "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам"

77. В ходе Коллоквиума 2013 года была отмечена важность обеспечения надлежащего учета в законодательных рамках других законов, имеющих отношение к рассматриваемым вопросам. В нынешнем Руководстве для законодательных органов рассматриваются законы и политика в области конкуренции и ряд других соответствующих законов – от внутреннего законодательства, способствующего инвестициям и обеспечивающего их защиту, до мероприятий по борьбе с коррупцией – и соответствующие международные соглашения. По мнению экспертов, существующие руководящие указания необходимо обновить и в некоторой степени пересмотреть опираясь на нынешнее Руководство для законодательных органов в отношении таких вопросов, как содействие инвестициям и их защита (включая изменения в прецедентном праве, риски, связанные с предпринимательской деятельностью, и восприятие изменений в деловой среде); конкурентное право; патентное право; законы о защите данных и раскрытии информации (см. также раздел, посвященный прозрачности, во второй части настоящего документа). Кроме того, в качестве аспектов, требующих пересмотра, были указаны изменения, связанные с конституционными вопросами, – например, случаи, в которых проектное соглашение должно получать статус законодательного и тем самым иметь преимущественную силу по отношению к предыдущим, не согласующимся с ним законам, – а также изменения в области прецедентного права²⁵.

78. В докладе о работе Коллоквиума было подчеркнуто, что не все такие вопросы можно урегулировать правовым путем и что в будущем

²⁵ Эксперты сослались на дела, рассматриваемые в МЦУИС (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home), и многие дела, связанные с проектом "Eurotunnel".

законодательном тексте следует сосредоточиться на законодательных решениях.

79. Коллоквиум, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о способах разработки надлежащих руководящих указаний в поддержку любого будущего законодательного текста. Например, в Руководстве по принятию Типового закона о публичных закупках указаны другие соответствующие законы, которые могут способствовать осуществлению и применению Типового закона²⁶; ЮНСИТРАЛ также опубликовала документ, касающийся подзаконных актов о закупках, в котором поясняется, каким образом Типовой закон может быть дополнен такими подзаконными актами²⁷. В контексте ПЧП, применяя эквивалентный подход, можно было бы выявить потенциально дублирующие друг друга законы в целях избежания коллизии положений (действующие законы о закупках и/или концессиях; законы о приватизации, законы, на которые содержатся ссылки в нынешнем Руководстве для законодательных органов, и нормативные акты, регулирующие конкретные отрасли)²⁸.

80. Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть две связанные с этим темы, возникшие в контексте Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции ("КПК ООН")²⁹, рассмотрение которых в документах по ПИФЧИ, по мнению экспертов, не соответствует современной действительности.

a) Меры по борьбе с коррупцией и обеспечению объективности

Соответствующие Рекомендации по законодательным вопросам/ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: "Обеспечение объективности процесса отбора и доверия к нему", "Прозрачность законов и процедур", раздел 2(b) и (c) в главе III ("Общие цели процедур отбора"; "Меры борьбы с коррупцией", раздел В.14 в главе VII ("Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам")

81. КПК ООН вступила в силу после опубликования документов по ПИФЧИ и поэтому не учитывалась при их разработке. Положения, касающиеся ПЧП, содержатся в статье 9 ("Публичные закупки и управление публичными финансами") и статье 12 ("Частный сектор") Конвенции.

82. В Руководстве для законодательных органов отмечается важность мер обеспечения честности и неподкупности и надлежащих норм регулирования заключаемых правительством договоров, определены некоторые основные элементы и содержатся ссылки для читателей на другие международные тексты, предшествовавшие КПК ООН, в качестве источников соответствующих

²⁶ Пункт 61, раздел С, "Осуществление и применение Типового закона...".

²⁷ Документ A/CN.9/770, размещено на http://uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

²⁸ См. также, пункт 41, касающийся законов, содержащих потенциально дублирующие друг друга положения.

²⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 2349. Также размещено на www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

положений. На Коллоквиуме 2013 года было отмечено, что необходимо уделить более существенное внимание мерам обеспечения прозрачности и подотчетности на всех этапах проекта, публичному раскрытию информации о передаче ресурсов из публичного в частный сектор и наоборот и средствам поддержки связи и проведения совещаний.

83. В ходе Коллоквиума 2013 года было отмечено, что положения Типового закона о публичных закупках были разработаны непосредственно для обеспечения соответствия положениям КПК ООН, и подчеркнута важность обеспечения согласованности между положениями Типового закона и любым будущим документом по ПЧП в отношении мер обеспечения честности и неподкупности.

84. Требования КПК ООН в отношении управления публичными финансами предусматривают, в частности, процедуры утверждения национального бюджета; своевременное представление отчетов о поступлениях и расходах; бухгалтерский учет, ревизию и надзор; системы управления рисками и внутреннего контроля; и меры по обеспечению сохранности соответствующих документов. Эти требования, изложенные в Техническом руководстве к КПК ООН в отношении статьи 9³⁰, дополняются требованиями, установленными в статье 10 в отношении публичной отчетности и прозрачности (обеспечение доступа к информации, касающейся публичной администрации и опубликование периодических отчетов), и в статье 12 в отношении мер по предупреждению коррупции, в том числе в частном секторе, касающихся непосредственно ПЧП и управления корпоративными организациями.

85. ОЭСР издала ряд публикаций по связанным с этим вопросам в помощь разработке соответствующих стандартов. В соответствии с Принципами публичного управления ПЧП, о которых говорилось выше, необходима четкая, предсказуемая, законная и надлежащим образом обеспеченная институциональная основа – включая информирование общественности путем проведения консультаций о соответствующих расходах, преимуществах и рисках в рамках ПЧП и публичных закупок; необходимо сохранять основные институциональные функции и обязанности (по обеспечению разумных процедур закупок и четких стандартов подотчетности); и необходимо обеспечить четкое, прозрачное, осуществляемое на практике и необременительное регулирование. В них также рассматривается необходимость прозрачного бюджетного процесса для сведения к минимуму налоговых рисков и обеспечения честности и неподкупности в ходе процедур закупок в рамках ПЧП, предусматривающего раскрытие информации о всех расходах и сопряженной финансовой ответственности, а также необходимость обеспечения честности и неподкупности в ходе процедур закупок, и содержатся ссылки на другие справочные материалы ОЭСР³¹.

86. В этой связи Коллоквиум может сделать вывод о необходимости пересмотра документов по ПИФЧИ в целях обеспечения соответствия имеющим преимущественную силу международным стандартам на основе вышеупомянутых текстов.

³⁰ Размещено на www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf.

³¹ См. далее материалы для обсуждения, разработанные в ходе подготовки Принципов – размещено на www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf.

b) Коллизия интересов

Соответствующие Рекомендации по законодательным вопросам/ТЗП: отсутствуют

Руководство для законодательных органов: "Институциональные механизмы", раздел E.2 в главе I ("Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры") (пункты 37, 38 и 47); "Выбор субподрядчиков", раздел I(a) в главе IV ("Общие договорные механизмы") (пункт 101); "Правовое регулирование деятельности акционерных обществ", раздел B.8 в главе VII ("Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам") (пункт 32)

87. С предыдущей темой связана тема коллизии интересов. ПЧП зачастую имеют сложный характер: большое число заинтересованных сторон, сложные финансовые схемы, разные традиции и обычаи, продолжительный срок осуществления, общедоступный характер услуг, предоставляемых в рамках проекта, и различные споры сложного характера.

88. В таких проектах принимает участие большое число сторон и публичных органов: правительство или какой-либо публичный орган, концессионер или частная структура, являющаяся стороной договора, юридическое лицо, создаваемое частной стороной и являющееся отдельным юридическим лицом (специальный целевой механизм – СЦМ), спонсоры, кредиторы – институциональные и другие, рынки капитала, консультанты, страховщики, операторы, подрядчики, поставщики, пользователи и надзорные органы.

89. Возможность возникновения коллизии интересов заложена в самой структуре ПЧП. Одни и те же стороны в рамках ПЧП обычно выполняют несколько функций. Спонсоры, как правило, являются собственниками проектов и зачастую также подрядчиками или поставщиками в рамках проекта. Спонсоры в качестве подрядчиков или поставщиков в большинстве случаев заинтересованы главным образом в создании инфраструктуры в соответствии с проектом или предоставлении товаров или услуг в рамках этого проекта. В роли спонсоров они контролируют СЦМ и действующих в его рамках подрядчиков и поставщиков, в связи с чем они могут выражать предпочтения в отношении нанимаемых подрядчиков или поставщиков. Как правило, директорами и руководителями СЦМ являются сотрудники спонсоров и они подчиняются должностным лицам спонсоров. Если в группу собственников входит правительство, то его интересы являются публичными и необязательно интересами СЦМ, и представители правительства, участвующие в управлении СЦМ, призваны обеспечить соблюдение интересов правительства. Кроме того, правительство может выполнять другие роли: сборщика налогов, регулирующего органа, руководителя проекта, финансирующего лица, поставщика услуг, собственника активов, необходимых для проекта, и конкурирующих поставщиков товаров и услуг и т.д. Финансирующим сторонам будет также предоставляться функция контроля, который в рамках финансовых структур проекта является весьма жестким, в особенности в отношении потоков наличных средств в рамках проекта.

90. Будет возникать много случаев коллизии интересов различных участников. В частности, такие коллизии могут возникать в отношении

использования наличных средств и доходов, если среди участников проекта возникают споры относительно качества строительства, товаров или услуг и т.д.

91. По всей видимости, проблемы коллизии интересов практически не рассматривались, что может быть обусловлено тем, что в них сложно разобраться, или же тем, что некоторые участники стремились получить от них выгоду. Эти проблемы рассматривались лишь поверхностно в некоторых разделах Руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и вовсе не рассматривались в Законодательных положениях. Наряду с кратким упоминанием о вопросах, касающихся спонсоров СЦМ, о которых говорится выше, в Руководстве для законодательных органов содержатся лишь рекомендации в отношении положений, регулирующих коллизию интересов сотрудников регулирующих органов и сотрудников организации-заказчика в ходе процесса отбора, а подрядчикам рекомендуется раскрывать информацию о возможных субподрядчиках в целях выявления вероятности возникновения коллизии интересов.

92. В этой связи предлагается включить вопрос о коллизии интересов в работу по подготовке будущего законодательного текста по ПЧП на основе (в частности) требований относительно разработки кодексов поведения в соответствии со статьей 8 КПК ООН, требований согласно статье 9(1)(e) этой Конвенции относительно принятия мер в целях регулирования вопросов, касающихся персонала, который несет ответственность за закупки, и с учетом этих положений, воспроизведенных в статье 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках и Руководстве по принятию, а также, возможно, на основе положений, касающихся коллизии интересов в рамках процедур принятия решений о выдаче концессии, содержащихся в предлагаемой директиве Европейского союза о концессиях. Эти меры могут предусматривать, в частности, заявления о заинтересованности, процедуры проверки и требования в отношении профессиональной подготовки и договорные механизмы.

[Продолжение см. в документе A/CN.9/820]