



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
27 May 2013
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Сорок шестая сессия
Вена, 8-26 июля 2013 года

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

**Доклад о работе коллоквиума ЮНСИТРАЛ по ПЧП
(Вена, 2-3 мая 2013 года)**

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-5	3
II. Резюме обсуждений на коллоквиуме	6-71	4
A. Потребность в работе ЮНСИТРАЛ в области ПЧП	6-35	4
1. Опыт использования и регулирования ПЧП после 2003 года	6-18	4
a) Использование ПЧП	6-9	4
b) Регулирование ПЧП	10-18	4
2. Опыт использования документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ	19-22	7
3. Конкретные факторы, служащие обоснованием для работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП	23-35	8
B. Сфера возможной работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП	36-71	12
1. Какой вид ПЧП должен быть предметом рассмотрения ЮНСИТРАЛ?	37-45	13
2. Подходы к регулированию ПЧП	46-55	15
3. Какую форму должна обрести работа ЮНСИТРАЛ?	56-64	17



4.	Соображения, которые должны приниматься во внимание в процессе организации работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП	65-71	20
III.	Выводы	72-84	22

I. Введение

1. На своей сорок пятой сессии в 2012 году Комиссия отметила, что дальнейшее рассмотрение вопроса о целесообразности и практической осуществимости будущей работы в области ПЧП потребует дополнительных исследований и тщательного анализа со стороны Секретариата. Поэтому она согласилась с целесообразностью организации коллоквиума для определения сферы возможной работы и основных вопросов, которые должны быть рассмотрены. Секретариату было предложено определить в ходе подготовки к коллоквиуму возможные темы для обсуждения на коллоквиуме с использованием положений документов ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников¹ (документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ), а также опираясь на ресурсы других органов и обсуждения, состоявшиеся на сорок пятой сессии Комиссии. Ожидалось, что результаты работы коллоквиума будут представлены на рассмотрение Комиссии. В этой связи было также принято решение, что необходимо четко определить мандат на проведение любой будущей работы в этой области².

2. Коллоквиум проходил 2-3 мая 2013 года в Вене. В нем приняли участие эксперты правительственных, межправительственных и международных неправительственных организаций, частного сектора и научных кругов. Обсуждения на коллоквиуме были сосредоточены на двух основных вопросах: а) имеется ли потребность в работе ЮНСИТРАЛ в области ПЧП; и б) если такая потребность имеется, то какова сфера охвата этой работы.

3. В рамках первого вопроса были рассмотрены следующие аспекты: а) опыт использования и регулирования ПЧП после 2003 года, когда Комиссия последний раз изучала смежную тему проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (ПИФЧИ); б) опыт использования документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ; и с) конкретные факторы, оправдывающие работу ЮНСИТРАЛ в области ПЧП.

4. В рамках второго вопроса были обсуждены следующие аспекты: а) какие виды ПЧП должны быть объектом работы ЮНСИТРАЛ; б) подходы к регулированию ПЧП; с) в какой форме должна вестись работа ЮНСИТРАЛ; и d) соображения, которые должны учитываться при организации работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП.

5. Настоящей запиской на рассмотрение Комиссии препровождается резюме обсуждений и основных выводов коллоквиума.

¹ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2000 год), и Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2003 год), доступны по адресу www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement_infrastructure.html.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/67/17)*, пункт 120.

II. Резюме обсуждений на коллоквиуме

A. Потребность в работе ЮНСИТРАЛ в области ПЧП

1. Опыт использования и регулирования ПЧП после 2003 года

а) Использование ПЧП

6. Было отмечено, что в течение последнего десятилетия, особенно с начала финансового кризиса, наблюдался рост интереса к ПЧП как эффективному средству мобилизации ресурсов для предоставления публичных услуг. Кроме того, ПЧП приобретает популярность в контексте подготовки крупных публичных мероприятий (например, Олимпийских игр). Таким образом, ПЧП получает всё более широкое распространение, и появляются новые формы ПЧП.

7. Во многих странах политика, лежащая в основе использования ПЧП, претерпела определенные изменения. Прежде главной движущей силой использования ПЧП были отсутствие или нехватка публичных ресурсов для предоставления публичных услуг. Сегодня широко признается, что финансовые ресурсы частного сектора – не единственный фактор, с которым связана привлекательность ПЧП; прочие факторы заключаются в способности частного сектора предлагать инновационные, творческие и эффективные решения для удовлетворения публичных нужд.

8. Если прежде концепция "публично-частного партнерства" считалась политическим термином, который встречается лишь в долгосрочных программах или стратегиях развития на национальном уровне, то с 2005 года она получила определение и стала объектом регулирования в разных правовых системах.

9. Опыт использования ПЧП был неоднозначным: некоторые из них были чрезвычайно успешными, другие менее успешными, а третьи совершенно неудачными. Международными финансовыми учреждениями и другими структурами был организован ряд исследований с целью изучения причин неудачного использования ПЧП. Вывод, похоже, сводится к тому, что проблемы с ПЧП являются весьма специфическими и зависят от контекста и опыта стран, в которых ПЧП осуществляются.

б) Регулирование ПЧП

10. В то время как в одних правовых системах для применения ПЧП требуются специальные нормативные акты, в других они не требуются. Недавние исследования, посвященные изучению степени регулирования ПЧП, например в странах, охваченных деятельностью Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР), свидетельствуют о широком многообразии методов регулирования ПЧП и существенных различиях в сфере охвата законодательства.

11. Некоторые страны склоняются к тому, чтобы осуществлять регулирование ПЧП с помощью закона порой без какого-либо практического опыта их применения. В отдельных странах усилия по законодательному регулированию ПЧП прилагаются лишь на местном/муниципальном уровне, но не на

национальном/федеральном уровне; в других – соответствующее законодательство может существовать на обоих уровнях. Лишь в отдельных случаях было сочтено, что законодательные усилия обеспечивают создание целостной и всеобъемлющей законодательной основы, которая не препятствует заключению и успешному использованию ПЧП, но способствует этому. В результате принятия в некоторых странах специального законодательства по ПЧП в законодательной системе возникли противоречия. В некоторых странах законы о ПЧП существуют лишь на бумаге, но не применяются на практике. В некоторых правовых системах в результате принятия закона о ПЧП появились три или более нормативных акта, которые регулируют одни и те же вопросы (например, закон о регулировании публичных закупок, закон о регулировании концессий и закон о ПЧП) и поэтому могут вступать друг с другом в противоречия.

12. Были упомянуты существующие тексты о ПЧП на международном и региональном уровнях³. Было отмечено, что при разработке законов о ПЧП их учитывают не все государства.

13. В некоторых правовых системах регулирование ПЧП осуществляется не с помощью закона, а посредством специальных положений или указов. В других странах специальная система регулирования ПЧП отсутствует вовсе. В этих странах ПЧП могут создаваться и функционировать в рамках существующей правовой системы, т.е. на основе комплекса различных законов государства, например законодательства о публичных закупках или концессионного законодательства. Было отмечено, что такой подход не всегда приносит желаемые результаты, например, если строгие требования законодательства о публичных закупках или концессионного законодательства применяются без каких-либо изменений, отражающих особенности ПЧП. В частности, фактор цены, как главный оценочный критерий, обычно применяемый в законодательстве о публичных закупках, может быть избыточным и неприемлемым в контексте ПЧП. Было отмечено, что ограничения в отношении ведения переговоров, обычно предусматриваемые законодательством о публичных закупках, также не обеспечивают достаточной гибкости в контексте ПЧП.

14. В некоторых странах в отсутствие специальной правовой базы ПЧП правила, регулирующие ПЧП, могут устанавливаться для каждого проекта в индивидуальном порядке; в таких случаях создание ПЧП может подпадать под громоздкие процедуры утверждения ПЧП в законодательных органах или муниципалитетах, и для их утверждения правительством могут потребоваться технико-экономические обоснования.

15. Содружество Независимых Государств (СНГ) было упомянуто в качестве одного из субъектов, прилагающих на региональном уровне усилия по подготовке типового законодательства в отношении ПЧП.

16. Законодательство, регулирующее ПЧП, может различаться по степени охвата и уровню подробности. Некоторые законы содержат определение термина "публично-частное партнерство", в то время как в других законах этот термин остается без определения. Наблюдается тенденция охватить

³ См. также A/CN.9/782, раздел II.B.4.

законодательством в области ПЧП широкий диапазон механизмов, благодаря которым частный сектор может принять участие в предоставлении публичных услуг. Одни законы в области ПЧП содержат чрезвычайно подробные положения урегулирования различных аспектов ПЧП (что, по мнению некоторых, чревато чрезмерным регулированием этих вопросов), а другие имеют очень общий характер и могут содержать пробелы в регулировании отдельных важных вопросов. Большинство таких законов регулируют договорные отношения, вытекающие из ПЧП, и предусматривают создание подразделения по ПЧП, наделенного разнообразными функциями и полномочиями. С учетом опыта, накопленного в некоторых странах в процессе использования ПЧП, и роли кредиторов в этом процессе в существующую правовую базу были внесены корректировки, с тем чтобы законы стали более действенными, а созданные в соответствии с ними ПЧП – более "приемлемыми для банков"⁴. Сфера применения проекта типового закона, рассматриваемого в настоящее время Межпарламентской ассамблеей СНГ, охватывает соглашения о совместном распоряжении продукцией производства и доходами.

17. Помимо этого наблюдается тенденция включать ПЧП в число вопросов, являющихся предметом согласования в связи с присоединением к Соглашению о правительственных закупках Всемирной торговой организации (СПЗ)⁵. Если ПЧП является частью национальных обязательств по СПЗ, в отношении него будут применяться принципы национального режима и положения, касающиеся наиболее благоприятствуемой нации.

18. Подробно обсуждался вопрос о связи между качеством регулирования ПЧП и качеством его функционирования. Было отмечено, что в некоторых странах ПЧП успешно функционируют без какой-либо специальной законодательной базы. В тех странах, где использование ПЧП не принесло желаемого результата, это могло быть связано с отсутствием соответствующей правовой базы. Вместе с тем такой исход наблюдался в некоторых случаях и в тех странах, где надлежащая правовая база, применимая к ПЧП, имелаась. Причиной неудачи в таких случаях могло быть отсутствие практического опыта в создании и использовании ПЧП. Было признано, что успехи или неудачи в создании и использовании ПЧП зависят от многих факторов, включая политическую волю и заинтересованность принимающей страны в проекте, а также потенциал и качество работы всех сторон, участвующих в проекте. Хотя продемонстрировать наличие прямой причинно-следственной связи между качеством правовой базы, применимой к ПЧП, и неудачей или успехом в их применении довольно сложно, отсутствие надлежащей правовой

⁴ Этот термин может использоваться для обозначения проекта, который является приемлемым для инвестиционных структур и поэтому может представлять интерес для подрядчиков.

⁵ Многостороннее Соглашение о правительственных закупках Всемирной торговой организации (СПЗ), переговоры по которому проходили одновременно с Уругвайским раундом в 1994 году, вступило в силу 1 января 1996 года. 15 декабря 2011 года договаривающиеся стороны пришли к соглашению относительно результатов пересмотра СПЗ. Это политическое решение было подтверждено 30 марта 2012 года формальным принятием Решения об итогах переговоров согласно статье XXIV:7 Соглашения о правительственных закупках (GPA/113). С обоими текстами на английском языке можно ознакомиться по адресу: at http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

базы бесспорно является препятствием для создания и успешного использования ПЧП.

2. Опыт использования документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ

19. По мнению некоторых выступавших, ни один правовой документ, существующий на национальном, региональном или международном уровне, включая документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, не может рассматриваться в качестве фактического стандарта или модели, которые могли бы использоваться государствами в целях проведения правовой реформы в области ПЧП. По мнению других выступавших, документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ могут рассматриваться в качестве такой модели, и были приведены примеры законов о ПЧП стран СНГ, Восточной Европы, Северной Африки, Китая и Монголии, которые принимались на основе документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ. ЕБРР сообщил, что он использовал документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ для оценки законодательства о ПЧП в 34 странах, охваченных его деятельностью, и считает эти документы весьма полезным контрольным средством. Практическая ценность этих документов была отмечена, в частности, в связи с тем, что они регулируют вопросы, выходящие за рамки отбора, осуществляемого оператором проекта – сравнительно простого этапа, на котором применяются основные принципы разумных публичных закупок. Было отмечено, что этот факт признают не все государства и не все учреждения и лица, использующие документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ.

20. Некоторые выступавшие отмечали, что, хотя некоторые государства и организации и используют документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ в качестве ориентира для правовых реформ, осведомленность о таких документах имеет ограниченный характер. Практика показала, что эти документы представляют собой полезный источник информации, но главным образом для экспертов и представителей научных кругов из стран и учреждений, обладающих обширным опытом использования ПЧП. Для остальных, особенно в странах, которые не имеют никакого или значительного опыта использования ПЧП, они являются чрезмерно сложными и не отражают насущных потребностей и фактических реалий, поэтому, как показывает практика, имеют ограниченную ценность для законодателей и регулирующих ведомств. Они не отражают региональных особенностей и особенностей ПЧП в различных секторах (водоснабжения, здравоохранения, дорожного строительства и т.д.) и не позволяют странам переходить от простых форм ПЧП к более сложным. Они, как правило, обрушивают на читателя большое количество сложных понятий, в то время как он, возможно, еще не понимает даже простых концепций, касающихся ПЧП, например, в чем заключаются меры государственной поддержки и что следует считать рисками для сторон в отличие от их обязанностей или обязательств.

21. Некоторые выступавшие выразили обеспокоенность в связи с тем, что, хотя документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ охватывают большинство ПЧП в форме ПИФЧИ, они не затрагивают некоторые другие формы ПЧП, получившие широкое распространение после 2003 года (такие, как создание партнерских объединений и союзов). По мнению других выступавших, документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ могут лишь казаться устаревшими в этом отношении, однако они задумывались как документы, имеющие ограниченную

сферу применения и затрагивающие прежде всего вопросы развития инфраструктуры. Некоторые проекты были намеренно исключены из сферы их применения (например, нефтяные и газовые концессии и институциональные ПЧП). Кроме того, совершенно осознанно было принято решение охватывать лишь основные вопросы, касающиеся ПИФЧИ, и направлять усилия принимающих такие документы государств в других областях права, требующих реформирования, для создания целостной и всеобъемлющей правовой базы, применимой к ПИФЧИ.

22. В ответ на замечания относительно сложности документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ было разъяснено, что сложность проектов обусловлена необходимостью решения сложных вопросов. Отсутствие в некоторых странах потенциала для осуществления ПЧП нельзя рассматривать в качестве основания для снижения качества текстов ЮНСИТРАЛ путем применения упрощенного подхода к решению вопросов, которые не являются простыми; в равной степени нельзя сводить роль этих документов к выполнению чисто просветительских функций. В документах ЮНСИТРАЛ должна находить отражение наилучшая практика регулирования ПЧП. Было отмечено также, что замечания относительно сложности можно признать справедливыми применительно к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по ПИФЧИ, но только не к Типовым законодательным положениям ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ. Первый из этих документов действительно является объемным и сложным, однако это оправдано, поскольку руководство представляет собой аналитический документ, в котором разъясняются различные варианты и последствия каждого из них. Второй же документ – Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ – представляет собой краткий и простой текст, содержащий указания для государств относительно основных положений, которые должны быть включены в национальное законодательство по ПИФЧИ.

3. Конкретные факторы, служащие обоснованием для работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП

23. Резюме обсуждения, приведенное в разделе 1 выше, свидетельствует о том, что по мере увеличения числа государств, начинающих регулировать ПЧП, появляются все новые определения этой концепции. В настоящее время существует большая путаница в вопросах терминологии, надлежащей сферы применения закона о ПЧП, его содержания и взаимодействия с другими областями права, различными политическими аспектами и основополагающими соображениями (торговля, управление, занятость). Из-за неэффективности законодательства появляются неэффективные проекты, что ведет, в частности, к чрезмерному увеличению операционных издержек вследствие необходимости разрабатывать и заключать сложные договоры, которые должны устранять пробелы и несоответствия существующей правовой базы. Это не способствует эффективному использованию публичных и частных ресурсов или помощи на цели развития. Институциональные реформы, сопровождавшие усилия в законодательной области, еще больше осложнили ситуацию, поскольку они привели к увеличению числа государственных учреждений, занимающихся вопросами ПЧП. Было отмечено, что этой проблемы не было до 2003 года, когда существовало лишь несколько национальных учреждений, уполномоченных заниматься вопросами ПЧП,

таких как подразделения по ПЧП (общий термин для обозначения учреждений, занимающихся решением политических и практических вопросов, связанных с ПЧП).

24. Было высказано мнение, что международное сообщество, включая международные, региональные и субрегиональные учреждения, не было достаточно эффективным в плане консультирования государств по вопросам законодательной или институциональной реформы в области ПЧП. Налицо отсутствие координации в деятельности по нормотворчеству, оказанию технической помощи и наращиванию потенциала, непоследовательность получаемых результатов и путаница. Поэтому, по мнению ораторов, затронувших этот вопрос, срочно требуется принять меры для применения комплексного подхода всеми организациями, которые занимаются разработкой типовых законов о ПЧП или руководств, посвященных вопросам подготовки и осуществления национального законодательства о ПЧП.

25. Поэтому ЮНСИТРАЛ было настоятельно предложено принять меры для устранения всех этих трудностей, с которыми сталкиваются государства при подготовке согласованного законодательства о ПЧП. Располагая полномочиями координировать деятельность различных организаций, разрабатывающих нормативные тексты в области права международной торговли, ЮНСИТРАЛ могла бы принять все меры к тому, чтобы международное сообщество начало говорить на одном языке, используя в качестве основы типовое законодательство ЮНСИТРАЛ. В настоящее время сложилась обратная ситуация, и существующие документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ не позволяют изменить ее. Выступавшие высказали мнение, что настало время проанализировать причины возникновения этой ситуации и пути ее урегулирования.

26. ПЧП все чаще используется в самых разных формах и контекстах, и скорее всего круг таких контекстов и форм будет продолжать расширяться. Обзор законодательства по ПИФЧИ и ПЧП в разных странах мира показал, что законы о ПЧП содержат некоторые элементы, которые не встречаются в законах о ПИФЧИ, в том числе в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, что объясняется некоторыми характерными особенностями ПЧП, не связанного с инфраструктурой. Поэтому утверждалось, что следует расширить сферу охвата документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, предусмотрев регулирование некоторых или всех видов ПЧП, не охватываемых в настоящее время.

27. Поскольку ПЧП были признаны чрезвычайно эффективным инструментом в одних обстоятельствах и весьма нежелательным в других, было высказано мнение, что анализ уроков, извлеченных в процессе их осуществления, поможет выявить факторы, от которых зависит успех или неудача. Необходимо предусмотреть соответствующие меры защиты от возможных злоупотреблений и обычных ошибок. Необходимо будет добавить некоторые защитные оговорки, отсутствующие в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, и пересмотреть или перефразировать некоторые оговорки, содержащиеся в этих документах, для отражения в них существующей практики.

28. В этой связи было отмечено, что в настоящее время в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ отсутствуют некоторые важные защитные оговорки и

положения, например, по социальным вопросам и другим мерам содействия реализации социальной ответственности и осуществлению проектов в интересах малоимущих. Как предлагалось на конгрессе ЮНСИТРАЛ по теме "Современное правовое регулирование для глобальной торговли" (Вена, 9-12 июля 2007 года)⁶, в порядке эффективного регулирования долгосрочных отношений между основными договаривающимися сторонами ПЧП следует разработать также положения, имеющие своей целью прогнозирование и сведение к минимуму разногласий между организацией-заказчиком и оператором проекта. Такие превентивные механизмы могут включать регулярное проведение совещаний, рассылку уведомлений о возможных изменениях законодательства и норм регулирования и создание в различных секторах постоянных комиссий, способных вмешаться в случае возникновения разногласий.

29. Некоторые защитные оговорки, содержащиеся в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, изложены недостаточно четко. Например, положения, призванные обеспечить прозрачность и отчетность, должны применяться не только на стадии отбора оператора проекта, но на протяжении всего осуществления проекта. Была особо отмечена необходимость публичного раскрытия информации о перемещении ресурсов от государства к оператору проекта и в обратном направлении. Следует усилить меры по борьбе с коррупцией, например, препятствовать проведению встреч "с глазу на глаз", поощряя вместо этого использование общественных средств массовой информации и современных средств связи для обеспечения более эффективной отслеживаемости операций.

30. Было добавлено, что другим вопросом, который требует доработки в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, является эффективное урегулирование споров. В документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ сложности механизмов урегулирования споров, которые обычно используются в рамках ПЧП, и важности выбора регулирующего законодательства и регулирующего спор суда для эффективного урегулирования споров не уделяется большого внимания. В отдельных разделах соглашений могут упоминаться различные арбитражные регламенты и регулирующие нормативные акты, а также места урегулирования споров. Следует разъяснить, каким образом они связаны друг с другом.

31. Было высказано мнение, что типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ и соответствующие положения Руководства, касающиеся урегулирования споров, могли бы быть более сбалансированными в оценке различных форумов для урегулирования споров, например международного арбитража и внутреннего урегулирования споров. Урегулирование споров посредством международного арбитража зачастую оказывается неэффективным, прежде всего в том, что касается приведения в исполнение международных арбитражных решений, причем несмотря на положения Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года

⁶ See the Proceedings of the Congress, chapter V;
http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf

(Нью-Йоркская конвенция)⁷, которые имеют обязательную силу для подавляющего большинства государств. Рост числа международных арбитражных судов, дел и постановлений вместе с широким распространением международных инвестиционных договоров осложнили практику урегулирования споров посредством международного арбитража. В документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, возможно, следует сместить акцент на важность эффективного внутреннего урегулирования споров и необходимость создания с этой целью местного потенциала.

32. Было отмечено, что, если такое смещение акцента произойдет, оно не должно ставить под угрозу условия, благоприятствующие международному арбитражу. В частности, организация-заказчик должна по закону иметь право соглашаться на проведение международного арбитража в рамках договора о ПЧП; в настоящее время во многих правовых системах такой подход является недопустимым, хотя правовые рамки, в принципе, могут допускать проведение международного арбитража. ЮНСИТРАЛ было настоятельно рекомендовано рассмотреть в рамках любой последующей работы по ПЧП и другие факторы, препятствующие эффективному урегулированию споров, вытекающих из ПЧП: а) требование наличия у судьи опыта, квалификации и специальных знаний для рассмотрения сложных вопросов, относящихся к ПЧП; б) неэффективность судебных систем; с) несамостоятельность; d) доступность (процедуры могут быть дискриминационными по отношению к иностранным инвесторам по сравнению с национальными структурами); е) нежелание приводить в исполнение международные арбитражные решения на национальном уровне (по разным причинам), несмотря на наличие у государства таких международных обязательств в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией и другими многосторонними и двусторонними договорами. Было отмечено также, что следует более подробно рассмотреть вопросы суверенных актов и суверенных иммунитетов с учетом имевших место случаев злоупотребления в результате применения положений о защите на основании суверенного иммунитета и исключений.

33. Еще одна область, требующая более конкретных рекомендаций ЮНСИТРАЛ, касается незапрошенных предложений. Документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ допускают рассмотрение незапрошенных предложений с соблюдением мер предосторожности и некоторых требований, касающихся прозрачности, однако на практике эта область расценивается как неблагоприятная и злоупотребления в ней являются обычным явлением, особенно в странах, не имеющих институциональных гарантий и гарантий обеспечения прозрачности. Было высказано предложение существенным образом доработать положения по этому вопросу, используя накопленный с 2003 года позитивный опыт регулирования незапрошенных предложений в разных странах мира. Главный подход заключается в сохранении конкуренции, защите прав интеллектуальной собственности и поощрении творческого и инновационного начала. Вместе с тем было высказано пожелание избегать подробного регулирования этого спорного вопроса. Любой нормативный текст по этому вопросу неизбежно будет сопровождаться обширными

⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739. См. также по адресу www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (по состоянию на май 2013 года).

пояснительными примечаниями. Было отмечено также, что понятие незапрошенных предложений зависит от определения ПЧП: если в этом определении основной акцент делается на предоставлении публичных услуг, вероятность и обоснованность получения незапрошенных предложений являются минимальными, поскольку частный сектор не может оценить публичные нужды лучше публичного сектора. При этом было отмечено, что концепцию незапрошенных предложений не следует путать с другими смежными концепциями, такими, как "предложения частного сектора".

34. Некоторые ораторы высказали мнение, что некоторые положения документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, в частности о распределении рисков, правительственных гарантиях и мерах государственной поддержки, требуют доработки, поскольку на практике в этих вопросах возникает много путаницы. Некоторые другие положения документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, по мнению выступавших, несут неверный посыл или создают ложное впечатление и поэтому нуждаются в исправлении.

35. К прочим факторам, которые, по мнению некоторых ораторов, могут отразиться на любом решении ЮНСИТРАЛ в отношении работы в этой области, относятся события в международной сфере, такие как вступление в силу Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года)⁸. В этом тексте содержатся положения, касающиеся ПЧП. Изменения в рамках самой ЮНСИТРАЛ, в частности появление новых законодательных стандартов в области публичных закупок, законодательства о несостоятельности и обеспечительных интересах, могут потребовать пересмотра некоторых положений документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ.

В. Сфера возможной работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП

36. Как отмечается далее в нижеследующих разделах, среди выступавших не было разногласий относительно того, что с учетом вышеизложенных фактов ЮНСИТРАЛ следует безотлагательно выработать и предоставить руководящие указания по вопросам, касающимся ПЧП. Относительно возможной формы таких руководящих указаний были высказаны разные мнения: типовой закон, расширенное и пересмотренное руководство для законодательных органов, законодательные рекомендации и типовые положения. Хотя идея выработки типового закона получила решительную поддержку, некоторые ораторы не были убеждены в желательности или целесообразности его разработки. Окончательное решение Комиссии относительно масштабов и формы любой предполагаемой работы в этой области будет зависеть от различных соображений, в том числе времени, которое ЮНСИТРАЛ выделит на работу в области ПЧП.

⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 2349. См. также по адресу www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

1. Какой вид ПЧП должен быть предметом рассмотрения ЮНСИТРАЛ?

37. Участники сошлись во мнении, что для точного определения сферы работы необходимо прийти к общему пониманию того, что представляет собой ПЧП. Не было никаких разногласий относительно того, что концепция ПЧП должна быть гибкой, с тем чтобы охватывать все возможные формы участия частного сектора в предоставлении публичных услуг. Такой подход позволит выработать общую концепцию, которая в отличие от строго определенного термина ПЧП может быть в свою очередь разделена на подкатегории.

38. С этой целью ЮНСИТРАЛ необходимо будет выявить схожие черты, характерные для ПЧП, которые ЮНСИТРАЛ будет регулировать и которыми ПЧП будет отличаться от смежных форм публично-частного взаимодействия, которые выходят за рамки планируемой деятельности. Было отмечено, что наличие физической инфраструктуры не следует рассматривать в качестве критерия, непременно присущего ПЧП, которое подлежит регулированию ЮНСИТРАЛ. Были высказаны разные мнения относительно того, должна ли возможная будущая работа ЮНСИТРАЛ в этой области охватывать деятельность по созданию партнерских объединений и союзов, институциональные ПЧП и долгосрочную аренду, лизинг и контракты на управление, а также концессии на добычу природных ресурсов.

39. Участники коллоквиума в предварительном порядке рассмотрели характерные черты ПЧП, которые должны подпадать под регулирование ЮНСИТРАЛ, особенно по сравнению с публичными закупками и концессиями на добычу природных ресурсов.

40. Было отмечено, что в рамках проекта публичных закупок от правительства ожидается финансирование проекта с самого начала его осуществления. Последствия для государственного бюджета возникают независимо от того, когда и как поставщику или подрядчику производится платеж – в начале или в конце проекта, целиком или частями. Увеличение государственного долга будет очевидным. В контексте ПЧП финансирование проекта с самого начала, как правило, осуществляет частный сектор, а не правительство, хотя на более поздних этапах осуществления проекта могут использоваться разные источники финансирования. Влияние ПЧП на процессы составления и исполнения государственного бюджета просматривается менее ясно; по мнению экспертов, эта область требует получения от ЮНСИТРАЛ руководящих указаний с учетом того, что краткосрочные бюджетные циклы во многих странах не согласуются с долгосрочным характером ПЧП. Распределение рисков, по мнению участников, является еще одним аспектом, который отличает ПЧП от публичных закупок: риски в сфере публичных закупок несет главным образом государственный сектор, в то время как в рамках ПЧП проектные риски распределяются между государственным и частным секторами. Вместе с тем было выражено сомнение относительно того, что такое четкое распределение рисков сохраняется во всех случаях публичных закупок и ПЧП.

41. Было разъяснено, что концессии на добычу природных ресурсов, как правило, связаны с эксплуатацией общественных богатств/благ, а не с предоставлением публичных услуг, вследствие чего концессии оказывают на население более опосредованное действие, чем ПЧП. Утверждалось, что эта

особенность концессий не может служить основанием для освобождения от обязанности соблюдать такие принципы добросовестной закупочной деятельности, как конкуренция, прозрачность и отчетность, тем более что общественное богатство должно использоваться на благо всего населения, и имеются примеры концессий (например, на эксплуатацию гидроресурсов), включающих или затрагивающих представление публичных услуг. Другая отличительная черта таких концессий, особенно в горнодобывающей отрасли, как отмечалось, заключается в том, что они не предполагают постоянного участия органов государственной власти в осуществлении проекта; эти органы обычно участвуют в распределении прибыли и других вспомогательных механизмах.

42. Некоторые выступавшие выделили следующие отличительные черты ПЧП: а) долгосрочное участие частного сектора в предоставлении публичных услуг; б) механизмы ПЧП со временем подлежат изменению и корректировке; в) наиболее важными факторами жизненного цикла проекта являются устойчивость и надежность (особенно ввиду необходимости обеспечивать бесперебойное предоставление услуг населению); г) верховенство государственной власти, которая несет ответственность перед населением за предоставление услуг на протяжении всего осуществления проекта и по его завершении; д) возможность проявления частным сектором инновационного и творческого подхода; е) различные схемы оплаты предоставленных частным сектором услуг за счет проектных средств.

43. По мнению некоторых выступавших, главные отличительные черты ПЧП заключаются в долгосрочном участии частного сектора в предоставлении публичных услуг и в сохранении ответственности правительства за предоставление населению публичных услуг. Было отмечено, что эти черты определяют, в краткосрочном и долгосрочном плане, структуру, содержание и оговорки договоров и осуществление проекта. Поскольку конечными бенефициарами ПЧП являются физические лица, а общественному интересу в ПЧП придается больше значения, чем в рамках других публично-частных отношений, закон, регулирующий ПЧП, должен ограничивать свободу сторон в отношении согласования условий. Например, договор должен предусматривать необходимые гарантии на случай прекращения его действия с целью обеспечить бесперебойное предоставление публичных услуг. Закон должен также затрагивать такие деликатные вопросы, как предоставление публичных услуг без какой-либо дискриминации и справедливое распределение прибыли. Некоторые выступавшие отмечали, что некоторые договоры о публичных закупках предусматривают также долгосрочное предоставление публичных услуг частным сектором; сфера публичных закупок не должна ограничиваться закупочной деятельностью поставщиков в результате внедрения ПЧП.

44. По вопросу о концессиях на горнодобывающую деятельность было решительно заявлено, что ЮНСИТРАЛ не следует заниматься регулированием столь сильно политизированного и чутко реагирующего на международную обстановку сектора, который в значительной степени остается саморегулируемым (на концессии может распространяться действие кодексов о горнодобывающей деятельности, а в некоторых странах они функционируют в соответствии со специальными режимами, утверждаемыми законодательным органом). Было отмечено также, что в отличие от ПЧП, подлежащих

регулированию ЮНСИТРАЛ, эти концессии на добычу природных ресурсов не оказывают прямого воздействия на удовлетворение непосредственных нужд физических лиц.

45. ЮНСИТРАЛ было предложено изучить ПЧП с участием государственных предприятий и новые формы ПЧП, связанные с платежами за эксплуатационную готовность или инфраструктурными проектами как частным акционерным капиталом. Было отмечено также, что ЮНСИТРАЛ следует обратить более пристальное внимание на трансграничные ПЧП с учетом их появления в некоторых субрегионах и вероятности повышения их популярности, особенно в контексте субрегиональной и региональной экономической интеграции. При этом могут возникнуть некоторые вопросы, требующие урегулирования, такие как применимое право, правовые коллизии, наднациональные институты, экстратерриториальное применение стандартов и т.д.

2. Подходы к регулированию ПЧП

46. Было высказано мнение, что ЮНСИТРАЛ следует стремиться к выработке общих принципов, регулирующих типичные элементы ПЧП. Следует воздержаться от выделения какой-то одной модели ПЧП и рассматривать широкий круг таких объединений. Было заявлено, что сведение таким образом работы над текстом ЮНСИТРАЛ к выработке самых общих рамок, адаптируемых к местным условиям, имеет чрезвычайно важное значение для обеспечения осуществимости и практической ценности работы ЮНСИТРАЛ по ПЧП. В случае применения иного подхода этот проект будет чрезмерно громоздким и сложным и не позволит удовлетворить насущную потребность в более общем стандарте ЮНСИТРАЛ в отношении ПЧП. Было замечено также, что регулировать конкретные элементы всех ПЧП не имеет смысла, поскольку они в любом случае зависят от особенностей местной культуры и потребностей каждого проекта.

47. Было заявлено, что всякое регулирование должно быть нацелено на создание благоприятных условий для функционирования различных форм ПЧП в интересах предоставления более эффективных публичных услуг и устойчивого развития.

48. Было выражено согласие с тем, что предполагаемая работа должна иметь четко определенные границы и что не все вопросы могут иметь правовое решение. ЮНСИТРАЛ не следует, например, пытаться регулировать вопросы политики, лежащие в основе использования ПЧП, или вопросы, закрепленные в конституции (например, примат коллективной собственности над частной собственностью). ЮНСИТРАЛ следует сосредоточить внимание на категориях вопросов, требующих законодательного решения, таких как распределение полномочий и рисков, юридических препятствиях (например, полномочиях и способности вступать в ПЧП и несогласованности политики и законов, регулирующих ПЧП, с другими соответствующими отраслями права (несостоятельность, налогообложение)), а также основных стандартах и гарантиях, на которые инвесторы будут обращать внимание, желая удостовериться в приемлемости проекта для банков (например, права вмешательства, прозрачность и другие принципы рациональной закупочной деятельности, гарантии защиты от экспроприации).

49. В процессе регулирования ПЧП основное внимание следует сосредоточить на создании благоприятных условий для соответствующих проектов и сокращении операционных издержек, некоторые из которых можно свести к минимуму или исключить в результате создания надлежащей правовой базы. Например, включив в законы или подзаконные акты основные принципы тарифного регулирования, можно устранить необходимость в проведении продолжительных переговоров с местными властями.

50. Было высказано настоятельное пожелание обеспечить сбалансированность между академической строгостью и прагматическим подходом. Следует рассмотреть такие практические аспекты, как поиск путей обеспечения постоянной ответственности государственного сектора перед населением и его постоянного участия в осуществлении проекта, а также новые тенденции в области урбанизации, борьбы с мошенничеством и управления идентифицирующими данными. Что касается идентифицирующих данных, то ЮНСИТРАЛ было предложено рассмотреть вопрос о создании глобального регистра прозрачности, регистрирующего участие каждой компании в ПЧП в любой стране мира в интересах правительств, которые будут иметь возможность сверяться с этим регистром. Было высказано замечание, что коммерческое мошенничество представляет реальную угрозу в развивающихся странах, и международному сообществу следует разработать инструменты для борьбы с этим экономическим преступлением на международном уровне.

51. ЮНСИТРАЛ было также рекомендовано четко определить, какие аспекты должны регулироваться первичным законодательством и что должно рассматриваться в подзаконных актах или руководящих указаниях, с тем чтобы обеспечить должный уровень предсказуемости и надежности правовой базы, применимой к ПЧП. Кроме того, при таком подходе базовые правовые рамки деятельности ПЧП не будут зависеть от правительства или какого-то одного министерства, и как следствие этого смена правительства не будет напрямую отражаться на формировании и функционировании ПЧП. В настоящее время такие риски сохраняются в некоторых странах, поскольку основополагающие вопросы, затрагивающие ПЧП, регулируются в этих странах подзаконными актами или руководящими указаниями. Однако применение такого подхода вовсе не требует регулирования всех основополагающих вопросов в рамках одного законодательного акта. Было отмечено, что для этого могут быть использованы законы о таможенной деятельности, налогообложении, защите инвестиций, правах землепользования, несостоятельности, обеспечительных интересах и т.д.

52. Поэтому следует обеспечить возможность согласования правовой базы ПЧП с другими законами, применимыми к проекту. Было отмечено, в частности, что следует добиться определенной гармонизации законов, касающихся публичных закупок и ПЧП, с использованием при необходимости перекрестных ссылок, поскольку некоторые положения могут быть в равной степени применимы как к публичным закупкам, так и в контексте ПЧП. В качестве примеров упоминались ходатайства перед независимым органом и средства правовой защиты, доступные пострадавшим инвесторам. Текст ЮНСИТРАЛ по ПЧП будет иметь дополнительную практическую ценность при условии, что он будет регулировать некоторые конкретные аспекты ПЧП,

требующие более высокой гибкости по сравнению с уровнем, обычно допускаемым законодательством о публичных закупках, и тем самым будет предотвращать возникновение сдерживающих факторов и препятствий для ПЧП.

53. Подчеркивалось, что ЮНСИТРАЛ не может избежать рассмотрения вопросов институциональных реформ, если она намерена решать практические вопросы. Следует обеспечить совместимость и согласованность учреждений, призванных поддерживать ПЧП, а также стремиться избегать создания дополнительных бюрократических барьеров, поскольку это приведет к необоснованному усложнению положения. В этой связи было отмечено, что было бы желательно создавать более гибкие структуры (например, консультативные советы по вопросам политики, состав которых должен отражать специфику сектора, в котором создается ПЧП).

54. Было отмечено также, что ЮНСИТРАЛ следует отстаивать применение подхода, предусматривающего постепенное внедрение ПЧП в тех странах, которые не имеют опыта их использования (от простых форм ПЧП к сложным), и следует предусмотреть различные варианты для государств, обладающих разным потенциалом. Было отмечено, что даже при наличии прочной правовой основы ПЧП не будет использоваться, если общество и государственные власти не будут готовы к этому.

55. Кроме того, было отмечено, что следует рассмотреть вопрос о терминологии и что любой будущий текст следует излагать простым языком, доступным для читателя.

3. Какую форму должна обрести работа ЮНСИТРАЛ?

56. Многие ораторы отдавали предпочтение типовому закону как форме текста ЮНСИТРАЛ по ПЧП, особенно с учетом изложенных выше фактов. Вместе с тем было признано, что характер общественного договора в разных государствах может существенно различаться, в связи с чем столь же существенно могут различаться и потребности в регулировании ПЧП. Поэтому потребность или желание принять новый закон о ПЧП будут испытывать не все страны. Там, где такие потребности и желание существуют, типовой закон ЮНСИТРАЛ обеспечит государства международно признанной моделью, готовой и удобной для применения в целях принятия национального закона о ПЧП. В отсутствие такой модели, по мнению выступавших, велика опасность принятия государствами непродуманного законодательства о ПЧП. При наличии такой модели государства смогут сосредоточить внимание на местных особенностях, требующих корректировки модели. Таким образом, благодаря типовому закону у политиков и законодателей сложится необходимая уверенность в том, что закон, принятый ими на основе типового закона, отражает передовую международную практику. Это в свою очередь будет воспринято частным сектором как свидетельство того, что местная правовая база, применимая к ПЧП, является адекватной и устойчивой.

57. По мнению выступавших, типовой закон должен обладать следующими чертами: он не должен быть чрезмерно сложным; он должен быть гибким; он должен отражать передовую практику, в отношении которой достигнут международный консенсус; его положения не должны содержать спорных или

противоречивых вопросов; он должен охватывать все основные положения, применимые ко всем видам ПЧП, регулируемым типовым законом, и должен содержать, при необходимости, перекрестные ссылки на другие отрасли права; в законе должны быть определены основные используемые в нем термины, касающиеся ПЧП; закон должен охватывать обязательства сторон ПЧП, меры и обязательства, касающиеся государственной поддержки, механизмы мониторинга, включая участие гражданского общества, компенсацию в случае прекращения договора, вопросы международного арбитража и права вмешательства. Он должен предусматривать также, что эти вопросы будут регулироваться договором о ПЧП, если сам закон не будет предусматривать их конкретного решения. В законе должно быть оговорено, какие императивные положения должны разрабатываться для каждого проекта в индивидуальном порядке, и должны быть определены любые минимальные применимые требования. Основой для такого типового закона должны стать Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ о ПИФЧИ, в которых рассматриваются многие из перечисленных вопросов.

58. Рассматривались и другие возможные направления работы ЮНСИТРАЛ в этой области, а именно обновление, пересмотр и расширение сферы применения документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ. Было обращено внимание на тот факт, что при подготовке документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ правительства проявляли осторожность, касаясь тех областей, которые не входят в основную сферу компетенции ЮНСИТРАЛ (вопросы двусторонних отношений, щекотливые в политическом отношении вопросы, национальные учреждения). Было высказано предположение, что правительства, возможно, будут менее склонны к этому в настоящее время. В таком случае типовой закон, требующий высокого уровня конкретизации, обеспечения всеобъемлющего характера и гармонизации в этих областях, будет неприемлем.

59. Кроме того, было высказано мнение, что сложность этого вопроса и необходимость сохранить максимально возможную гибкость, с тем чтобы не препятствовать инновациям в области ПЧП, указывают на целесообразность предоставления более общих аналитических рекомендаций, подобных тем, которые содержатся в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по ПИФЧИ. Было отмечено, что в упомянутом Руководстве определяются правовые препятствия для ПИФЧИ, разъясняются последствия, которые могут наступить, если государства не устранят эти препятствия, и отмечаются неправовые препятствия, которые также необходимо устранить. Благодаря этой аналитической информации, изложенной в Руководстве, у политиков и законодателей появляется возможность выбора при проведении законодательных и институциональных реформ.

60. В ответ на это ораторы, отдававшие предпочтение разработке типового закона, высказали мнение, что обновление, пересмотр и расширение сферы применения документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ не принесут главного результата, который ожидается от этого мероприятия, – появления простой и удобной в использовании модели, предназначенной для законодателей. Было высказано мнение, что ЮНСИТРАЛ надлежит разработать такую международную модель, которая в свою очередь сопровождалась бы вспомогательными материалами, такими как комментарии к положениям

типового закона, руководство по конкретным вопросам, вызывающим больше всего трудностей в процессе практического применения ПЧП, и директивные документы.

61. Некоторые ораторы были убеждены в том, что типовой закон не сможет дать одно решение на все вопросы, связанные с ПЧП, подлежащие включению в типовой закон. Поэтому подчеркивалось, что, если составление текста закона является желательным, то сопроводительное руководство (подобное тому, которое содержится в Руководстве по принятию Типового закона о публичных закупках)⁹ абсолютно необходимо не только для того, чтобы наделить тех, кто будет осуществлять этот закон, соответствующим потенциалом, но и для того, чтобы разъяснить возможности отступления от предлагаемой модели или содержащиеся в ней варианты. В таких пояснительных комментариях будут рассматриваться также любые спорные вопросы, по которым не был достигнут консенсус.

62. Было высказано мнение, что Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по ПИФЧИ могло бы быть обновлено одновременно с подготовкой типового закона, и полученный в результате этого обновленный текст мог бы стать основой для разработки руководства по принятию, в котором разъяснялись бы положения типового закона и содержались бы более подробные технические указания для министерств и других правительственных ведомств, использующих ПЧП. Было заявлено о настоятельной необходимости выбирать подход к разработке такого руководства очень внимательно, с точки зрения предполагаемых конечных пользователей этого текста, с тем чтобы избежать определенных ошибок, встречающихся в существующем Руководстве. Руководство должно содержать конкретные и подробные положения, оставаясь при этом простым и понятным для предполагаемых читателей. Следует избегать сложных терминов, включать примеры и наглядные разъяснения и изыскивать возможности изложения предположительно объемных материалов в удобной для читателя форме (например, руководство может быть разделено на разделы и сопровождаться приложениями, в которых, например, будут описываться конкретные особенности ПЧП в разных секторах). Предлагалось также подготовить глоссарий терминов, связанных с ПЧП. В виде приложения или иным образом в руководство можно было бы также включить перечень основных договорных условий (подобных правилам и процедурам Международной федерации инженеров-консультантов (МФИК)), что могло бы быть полезным для договаривающихся сторон, которые могли бы включать ссылки на них в свои договоры о ПЧП, не тратя время на их согласование. Этот перечень мог бы быть также использован в качестве контрольного перечня основных положений, подлежащих включению в договор.

63. В поддержку предложения, касающегося разработки типового закона и руководства по принятию и других вспомогательных материалов, было заявлено, что переход от существующих типовых законодательных положений

⁹ Принято Комиссией на ее сорок пятой сессии в 2012 году. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/67/17)*, пункт 46. Размещено также (на английском языке) по адресу: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html.

и руководства для законодательных органов к типовому закону и руководству по его принятию будет воспринят принимающими закон государствами как существенное изменение. Было признано, что в обоих случаях предлагаются лишь рекомендации, не имеющие обязательной силы, поскольку государства не обязаны принимать свое законодательство на основе типовых законодательных положений ЮНСИТРАЛ и могут вносить в них изменения с учетом местных обстоятельств, если сочтут это целесообразным. Хотя в конечном итоге эти документы, возможно, отличаются друг от друга лишь названием и способом их представления, но не по существу и не по своему характеру, форма все же имеет важное значение, поскольку удобная в пользовании модель будет рассматриваться более серьезно и будет шире использоваться местными политиками, законодателями и субъектами, предоставляющими помощь.

64. В ответ на вопрос о том, почему типовой закон не был разработан в 2003 году, было разъяснено, что в то время не было достигнуто консенсуса относительно определения ПЧП и не было большой потребности в типовом законе, поскольку ПЧП рассматривались в качестве концепции политики, не подлежащей регулированию законом. С 2003 года эти факторы претерпели изменения, о чем подробно сообщается в главе II.A выше.

4. Соображения, которые должны приниматься во внимание в процессе организации работы ЮНСИТРАЛ в области ПЧП

65. Было заявлено, что применительно к любой работе в рамках ПЧП важно выявить наилучшие или достаточно эффективные виды практики, касающейся регулирования ПЧП, с тем чтобы можно было дать беспристрастные рекомендации. ЮНСИТРАЛ может столкнуться в этой связи с определенными трудностями с учетом имеющихся имущественных интересов и учреждений, которые их представляют, в том числе некоторых консультантов частного сектора и финансовых учреждений. Например, если они являются консультантами правительств в рамках законодательных реформ и предоставляют техническую помощь и услуги по наращиванию потенциала и в то же время финансируют ПЧП или являются операторами проектов, неизбежно возникнет коллизия интересов. Не менее важно выявить неудачные методы работы, многие из которых перенимаются международными консультантами и советниками при правительствах.

66. ЮНСИТРАЛ было рекомендовано использовать обширную информацию о ПЧП, накопленную различными учреждениями, в том числе базы данных о договорах, законах о ПЧП и других связанных с ними законах разных стран мира, обследования, посвященные ПЧП, и результаты оценки правовых рамок ПЧП в ряде стран, базы данных экспертов, консультантов, специалистов и местных координаторов по ПЧП. Было также обращено внимание на имеющиеся средства, которые позволяют следить за результатами различных ПЧП, объемами инвестирования, соответствующими аспектами использования возобновляемой энергии и данными ПЧП по секторам.

67. Хотя в рамках любой работы ЮНСИТРАЛ в этой области следует сверяться с другими международными и региональными документами, регулирующими различные аспекты ПЧП, ЮНСИТРАЛ было рекомендовано не пытаться добиться гармонизации всех таких документов, учитывая различия в сфере их применения, направленности и назначении. Вместо этого

ЮНСИТРАЛ следует критически оценить различные тексты с точки зрения их пригодности для ее работы (принесет ли их использование в качестве основы для ее работы или просто справочных документов какую-либо пользу). Было высказано мнение, что работа ЮНСИТРАЛ в этой области может обусловить необходимость обновления или пересмотра таких документов.

68. Подчеркивалось, что с учетом сложности вопросов, подлежащих рассмотрению, важно понимать, чего можно добиться в течение разумного срока. Вопрос об объеме связанной с этим работы вызвал разногласия. По мнению некоторых участников, подготовка типового закона или расширенного руководства не должна занять много времени, поскольку большинство вопросов уже рассмотрены в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, в то время как другие ораторы высказали мнение, что в связи с обновлением существующих текстов и подготовкой типового закона предстоит провести большую работу. Если разъяснение основных элементов, уже рассмотренных в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, возможно, и не потребует много времени, добавление новых элементов и разъяснение вопросов, касающихся сферы применения и терминологии, потребует значительной работы. Было отмечено также, что подготовить короткий и простой документ – что и должно быть целью работы ЮНСИТРАЛ в этой области – значительно труднее, чем разработать большой и сложный документ. Подчеркивалось, что существующее Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по ПИФЧИ, которое может пригодиться потенциальным бенефициарам, необходимо заново изложить простым языком, изменив при этом его структуру.

69. Было подчеркнуто, что любые тексты, подлежащие принятию ЮНСИТРАЛ, будут разрабатываться межправительственным форумом (Комиссией и ее рабочими группами). Для ускорения работы межправительственного органа Секретариату необходимо будет подготовить исследование и предварительные проекты. Чтобы подготовить исследование и проекты надлежащего качества, необходимо привлечь к подготовительной работе Секретариата соответствующих экспертов и выделить достаточно времени для такой работы.

70. Было отмечено, что для обеспечения сбалансированного представления различных мнений и интересов и следовательно получения удовлетворительного результата необходимо организовать широкое всеобъемлющее обсуждение (помимо государств-членов и государств-наблюдателей необходимо будет привлечь профессиональные объединения, научные круги и организации гражданского общества). Следует обеспечить тесное сотрудничество между ЮНСИТРАЛ и международными и региональными учреждениями, работающими в области ПЧП. Процесс подготовки текстов позволит местным специалистам и международным экспертам обмениваться идеями, знаниями и опытом, с тем чтобы прийти к консенсусу по вопросу о том, что представляют собой приемлемые на международном уровне наилучшие методы регулирования ПЧП.

71. Было выражено согласие с тем, что любая дальнейшая работа ЮНСИТРАЛ в этой области и результаты такой работы будут иметь важное значение для деятельности ЮНСИТРАЛ и других структур по оказанию технической помощи и наращиванию местного потенциала.

III. Выводы

72. Было выражено согласие с тем, что ПЧП все шире используются во всем мире не только в качестве средства мобилизации ресурсов частного сектора для удовлетворения публичных нужд, но и в качестве средства предоставления населению более качественных услуг с опорой на творческий потенциал, инновационные силы, опыт и конкурентное преимущество частного сектора. Было высказано мнение, что ПЧП являются важным механизмом достижения устойчивого и долгосрочного развития и содействия ликвидации нищеты, поскольку в них объединяются усилия государственного и частного секторов. При этом для обеспечения успеха необходимо учитывать многочисленные факторы, в том числе непосредственное воздействие проекта на его конечных пользователей – отдельных граждан.

73. Было также высказано мнение, что ПЧП могут обеспечить определенные преимущества с учетом более высокой эффективности частного сектора по сравнению с государственным в области разработки и осуществления проектов.

74. Было признано, что ПЧП стало правовой концепцией и предметом законодательного регулирования во многих странах и что отсутствие надлежащей правовой базы, регулирующей ПЧП, является причиной их неудач в некоторых странах. Создание надлежащей правовой базы не устранил всех проблем, но в результате этого будет создана система, в рамках которой ПЧП смогут функционировать. Однако создать надлежащую правовую базу не так просто, учитывая сложность и запутанность вопросов, требующих решения.

75. Международная поддержка в форме удобной для пользования модели могла бы помочь в реализации усилий по созданию такой базы, однако в настоящее время такая модель отсутствует. Документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, хотя и признаются качественными с точки зрения их содержания, не могут считаться такой моделью из-за ограниченности сферы их применения, а также их объема и сложности, вследствие чего они пригодны скорее для международных экспертов и специалистов, чем для местных политиков, законодателей или представителей регулирующих органов. Кроме того, наличие большого количества международных руководящих указаний по ПЧП, не все из которых согласуются друг с другом, еще больше затрудняет задачу проведения правовой реформы.

76. Было единодушно признано, что в свете изменений, произошедших в области регулирования ПЧП, и опыта использования документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, описанных в главе II.A выше, ЮНСИТРАЛ следует оценить документы по ПИФЧИ и определить меры, благодаря которым эти документы и впредь будут отражать передовую практику в области регулирования ПЧП. Возобладало мнение, что момент вполне созрел для того, чтобы ЮНСИТРАЛ представила международному сообществу типовой закон по ПЧП с соответствующим подробным руководством по принятию.

77. Эта задача согласуется как с общим мандатом ЮНСИТРАЛ, так и с ее функциями выявления передовой практики в области регулирования конкретных коммерческих операций и подготовки правового текста, который отражал бы их надлежащим образом.

78. Такие соображения, как время, требуемое для осуществления проекта, и невозможность гармонизации всех аспектов ПЧП, не могут не отразиться на масштабах такого проекта. Работа в этой области может рассматриваться как задача, требующая срочного решения, вследствие чего соответствующий проект должен быть разработан достаточно быстро, однако не следует недооценивать масштабы усилий, которые предстоит приложить, если потребуется расширить и разъяснить документы ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ.

79. Такая будущая работа будет строиться на документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ и уже проведенной работе, в частности потому, что многие вопросы, касающиеся практики регулирования и осуществления ПЧП, затронутые на коллоквиуме, уже рассмотрены в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ. Остается проанализировать, можно ли по-прежнему считать содержащиеся в них рекомендации правильными и обоснованными.

80. Для того чтобы можно было провести такой критический анализ, необходимо расширить осведомленность о содержании документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ. Цель такого анализа должна заключаться в выявлении пробелов и потребностей в усовершенствовании этих документов (например, в том, что касается их точности или обоснованности), а также причин таких пробелов (умышленный выбор, новые обстоятельства или опыт использования этих документов). В случае выявления таких пробелов или потребностей необходимо будет определить, каким образом и в течение какого времени можно будет внести соответствующие усовершенствования, какие из существующих пробелов сохранятся в любом случае и чем это объясняется.

81. Было выражено согласие с тем, что даже если упомянутый в предыдущем пункте анализ покажет, что консенсус в отношении подготовки типового закона, предусматривающего ограниченное число вариантов действий для принимающих его государств, отсутствует, дальнейшая работа над документами ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ в их нынешнем виде будет тем не менее весьма полезной для международного сообщества.

82. ЮНСИТРАЛ следует оценить значение не только конечного результата ее работы в этой области, но и процесса, который приведет к этому результату. Не следует недооценивать значение этой работы как средства повышения осведомленности о документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, а также средства оказания технической помощи и наращивания местного потенциала. Эта работа будет также содействовать выполнению другого мандата ЮНСИТРАЛ – координации работы организаций, занимающихся вопросами права международной торговли, и налаживанию сотрудничества между ними. Для того чтобы положить конец современной тенденции разработки противоречащих друг другу правовых норм, предоставления непоследовательных рекомендаций и воспроизведения порочной практики в области ПЧП, необходимо обеспечить тесное сотрудничество и координацию усилий по разработке законодательства, оказанию технической помощи и наращиванию потенциала различных учреждений и физических лиц. Хотя задача гармонизации силами ЮНСИТРАЛ всех существующих текстов, касающихся регулирования ПЧП, трудновыполнима или даже невыполнима, разработав некий стандарт в области ПЧП, ЮНСИТРАЛ подтолкнет международное сообщество к тому, чтобы объединить его усилия в решении вопросов ПЧП.

83. Было выражено согласие с тем, что с учетом сложности этого вопроса необходимо будет провести значительную подготовительную работу, прежде чем итоговый текст можно будет представить на рассмотрение межправительственного органа. Для того чтобы такой текст был универсально применимым для всего множества субъектов, являющихся сторонами ПЧП, следует обеспечить максимально широкий круг участников такой работы и принять для этого необходимые меры.

84. Было высказано мнение, что в предполагаемый мандат в отношении будущей работы в области ПЧП вполне можно было бы включить следующие элементы:

a) разработать правовой текст о ПЧП, включающий типовой закон (либо, если это практически невыполнимо, типовые законодательные положения) и сопроводительные директивные и практические руководящие указания;

b) обеспечить гибкость, новаторство и творческий подход, которые будут способствовать реализации целей в области устойчивого развития и связанных с ним социально-экономических целей;

c) вычленять и выявлять наилучшие виды практики, анализируя существующие тексты и опыт практической деятельности, связанные с ПЧП, путем выявления пробелов в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ, пересмотра устаревших элементов и включения тех вопросов, которые прежде не подлежали регулированию, пока рынок не изменился;

d) рассмотреть основные положения, применимые к широкораспространенным формам ПЧП, и определить, требуется ли дополнительно работа по другим формам ПЧП (таким, как создание партнерских объединений и союзов) или конкретным рыночным секторам и следует ли исключить какие-либо формы ПЧП из сферы применения правовых текстов по ПЧП;

e) охватить весь жизненный цикл ПЧП, включая планирование проектов и управление ими;

f) выявить любые существенные международные обязательства, которые могут повлиять на регулирование ПЧП на национальном уровне (такие, как Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции);

g) проанализировать, в какой степени ключевые процедуры обеспечения прозрачности и конкурентности, изложенные в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках¹⁰, должны применяться в отношении процедур ПЧП, с тем чтобы поддерживать основные ценности обеспечения оптимального использования финансовых ресурсов и недопущения злоупотреблений;

h) совмещать аналитическую строгость и имперический анализ с прагматическим подходом, с тем чтобы обеспечить своевременную подготовку

¹⁰ Там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/66/17)*, приложение I. Размещен также (на английском языке) по адресу: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

текста ЮНСИТРАЛ по ПЧП, который будет иметь практическую ценность для законодателей в странах, обладающих разным потенциалом и опытом применения ПЧП.
