

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по публично-частным партнерствам



Дополнительную информацию можно получить по адресу:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Тел.: (+43-1) 26060-4060
Интернет: uncitral.un.org

Телефакс: (+43-1) 26060-5813
Эл. почта: uncitral@un.org

Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по публично-частным партнерствам



ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Вена, 2020 год

Примечание

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
eISBN: 978-92-1-005757-8

© Организация Объединенных Наций, январь 2021 года. Все права защищены.

Употребляемые обозначения и форма изложения материала в настоящем издании не означают выражения со стороны Секретариата Организации Объединенных Наций какого бы то ни было мнения относительно правового статуса какой-либо страны, территории, города или района или их властей или относительно делимитации их границ.

Подготовка к изданию: Секция английского языка и издательских и библиотечных услуг, Отделение Организации Объединенных Наций в Вене.

Предисловие

Типовые законодательные положения и Руководство для законодательных органов по публично-частным партнерствам были разработаны Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и приняты на ее пятьдесят второй сессии¹ (Вена, 8–19 июля 2019 года). В подготовительной работе помимо представителей государств — членов Комиссии активное участие принимали представители многих других государств и ряда международных организаций, как межправительственных, так и неправительственных. В *Типовых законодательных положениях* языком закона излагаются рекомендации, содержащиеся в *Руководстве для законодательных органов*.

Типовые законодательные положения призваны содействовать созданию законодательной базы, благоприятствующей публично-частным партнерствам (ПЧП). *Типовые законодательные положения* следуют соответствующим примечаниям в *Руководстве для законодательных органов*, в которых содержится аналитическое введение со ссылками на финансовые, регулятивные, правовые, политические и прочие вопросы, возникающие в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать *Типовые законодательные положения* вместе с *Руководством для законодательных органов*, в котором приводится справочная информация, помогающая лучше понять рекомендации по законодательным вопросам.

Типовые законодательные положения касаются вопросов, которые должны регулироваться законами, посвященными непосредственно ПЧП. Они не касаются других областей правового регулирования, которые, как говорится в *Руководстве для законодательных органов*, также влияют на ПЧП. Кроме того, для успешной реализации проектов ПЧП обычно требуются не только соответствующая законодательная база, но и, например, надлежащие административные структуры и практика, организационный потенциал, технический опыт и знания, соответствующие людские и финансовые ресурсы и экономическая стабильность.

Типовые законодательные положения и Руководство для законодательных органов обновляют, расширяют и заменяют два предыдущих подготовленных ЮНСИТРАЛ документа, а именно *Руководство для законодательных органов по проектам в*

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (А/74/17), глава III и приложение I.

области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принятое ЮНСИТРАЛ на ее тридцать третьей сессии² (Нью-Йорк, 12 июня — 7 июля 2000 года), и Типовые законодательные положения по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принятые ЮНСИТРАЛ на ее тридцать шестой сессии³ (Вена, 30 июня — 11 июля 2003 года).

² Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/55/17), пункт 372.

³ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/58/17), пункт 171.

Содержание

Предисловие	iii
Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 18 декабря 2019 года	xi
Введение и справочная информация по ПЧП	1
А. Введение	1
1. Структура и сфера охвата <i>Руководства</i>	3
2. Терминология, используемая в <i>Руководстве</i>	4
В. Справочная информация по ПЧП	10
1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры	10
2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры	13
3. Формы участия частного сектора в проектах ПЧП	18
4. Финансовые структуры и источники финансирования ПЧП	20
5. Основные стороны — участники реализации проектов ПЧП ...	25
I. Общая нормативно-правовая и институциональная база	31
А. Общие замечания	31
В. Руководящие принципы и варианты создания нормативно-правовой базы для ПЧП	31
1. Общие руководящие принципы создания нормативно-правовой базы для ПЧП	32
2. Конституционное право и ПЧП	41
3. Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам	42
С. Объем полномочий для заключения договоров о ПЧП	44
1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности	44
2. Цель и сфера охвата ПЧП	45
D. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	47
1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений	48
2. Институциональные механизмы	49
3. Полномочия регулирующих учреждений	50
4. Организационная структура, персонал и бюджет регулирующих учреждений	51

5.	Процесс и процедуры регулирования	53
6.	Обжалование решений регулирующего учреждения	54
7.	Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг	54
II.	Планирование и подготовка проектов	57
A.	Общие замечания	57
B.	Оценка проекта и возможные варианты	58
1.	Соотношение затрат и получаемой выгоды (экономия и эффективность)	59
2.	Оценка фискального воздействия	62
3.	Оценка воздействия на благосостояние и социального воздействия	64
4.	Оценка воздействия на окружающую среду	65
5.	Воздействие на конкуренцию	67
C.	Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	68
1.	Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами	69
2.	Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков	73
D.	Административная координация	77
1.	Координация подготовительных мероприятий	78
2.	Подготовка к выбору частного партнера	78
3.	Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений	80
E.	Правительственная поддержка	81
1.	Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки	82
2.	Формы правительственной поддержки	84
F.	Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями	94
1.	Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями	95
2.	Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям	96
G.	Гарантии, предоставляемые агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию	99

III. Решение заключить договор	101
A. Общие замечания	101
1. Процедуры заключения договора, рассматриваемые в <i>Руководстве</i>	102
2. Общие цели процедур заключения договора	103
3. Характерные особенности процедуры заключения договора о ПЧП	107
4. Подготовка к процедурам заключения договора	111
B. Предварительный отбор участников процедур	114
1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора	115
2. Критерии предварительного отбора	116
3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов ...	118
4. Предварительный отбор и национальные предпочтения	119
5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах заключения договора	121
6. Процедуры предварительного отбора	122
C. Процедуры запроса предложений	123
1. Структура и этапы процедуры	123
2. Содержание запроса предложений	128
3. Разъяснения и изменения	137
4. Критерии оценки	137
5. Представление и вскрытие предложений	141
6. Диалог с участниками процедур	143
7. Заключительные переговоры и решение заключить договор ...	144
D. Заключение договора путем прямых переговоров	146
1. Обстоятельства, допускающие использование этого метода ...	147
2. Меры, направленные на повышение прозрачности при принятии решения заключить договор путем проведения прямых переговоров	148
E. Незапрошенные предложения	151
1. Программные соображения	151
2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений	154
F. Конфиденциальность	160
G. Уведомление о выдаче подряда на проект	160
H. Отчет о процедурах заключения договора	161

I. Процедуры обжалования.	165
IV. Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП	167
A. Общие положения договора о ПЧП	167
1. Законодательные подходы.	167
2. Право, регулирующее договор о ПЧП.	168
3. Заключение договора о ПЧП.	170
B. Корпоративная структура частного партнера.	172
C. Строительная площадка, активы и сервитуты.	176
1. Право собственности на активы проекта	176
2. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта	179
3. Сервитуты.	181
D. Финансовые механизмы.	182
1. Финансовые обязательства частного партнера	182
2. Источники и методы оплаты	183
E. Обеспечительные интересы	194
1. Обеспечительные интересы в материальных активах	195
2. Обеспечительные интересы в нематериальных активах.	195
3. Обеспечительные интересы в коммерческой дебиторской задолженности.	197
4. Обеспечительные интересы в акциях проектной компании.	198
F. Уступка прав частным партнером.	199
G. Передача контрольного пакета акций проектной компании	200
H. Строительные работы	202
1. Рассмотрение и утверждение планов строительства	203
2. Изменение условий строительства	204
3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля	206
4. Гарантийный срок	207
I. Эксплуатация инфраструктуры.	207
1. Технические стандарты и стандарты обслуживания	208
2. Расширение услуг	209
3. Непрерывный характер предоставления услуг	210
4. Равное отношение к клиентам или пользователям.	211

5.	Подключение и доступ к сетям инфраструктуры	212
6.	Требования в отношении предоставления информации и обязательство по обеспечению прозрачности	213
7.	Права частного партнера по обеспечению исполнения договора	214
J.	Общие договорные механизмы	215
1.	Субподряды	215
2.	Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон	218
3.	Гарантии исполнения и страхование	220
4.	Изменение условий	225
5.	Препятствия, освобождающие от ответственности	232
6.	Нарушение обязательств и средства правовой защиты	235
V.	Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП	241
A.	Общие замечания	241
B.	Срок действия договора о ПЧП	241
C.	Продление договора о ПЧП	243
D.	Прекращение	246
1.	Прекращение организацией-заказчиком	248
2.	Прекращение частным партнером	254
3.	Прекращение любой из сторон	256
E.	Последствия истечения или прекращения договора о ПЧП	257
1.	Передача активов, относящихся к проекту	257
2.	Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения	260
3.	Этап завершения и меры в переходный период	267
VI.	Урегулирование споров	275
A.	Общие замечания	275
B.	Споры между организацией-заказчиком и частным партнером	277
1.	Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров	277
2.	Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров	279

С. Споры между учредителями проекта и между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками	298
D. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры.....	299
VII. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам.....	301
A. Общие замечания.....	301
B. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам	302
1. Поощрение и защита инвестиций	302
2. Законодательство, касающееся вопросов собственности	303
3. Обеспечительные интересы	304
4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности	308
5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности	310
6. Публичные контракты	311
7. Частные договоры	313
8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ... 314	
9. Правовое регулирование вопросов налогообложения и вопросы трансграничного налогообложения.....	315
10. Таможенное оформление и сборы	318
11. Правила и процедуры отчетности	318
12. Бюджетные ассигнования и правила бухгалтерского учета	319
13. Охрана окружающей среды и ПЧП.....	320
14. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей.....	323
15. Правовое регулирование вопросов несостоятельности	324
16. Меры по противодействию коррупции	325
17. Трудовое законодательство и нормы.....	326
18. Привлечение заинтересованных сторон к ПЧП.....	327
C. Международные соглашения.....	328
1. Членство в международных финансовых учреждениях	328
2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли.....	329
3. Международные соглашения по отдельным секторам.....	329
Предметный указатель	331

Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 18 декабря 2019 года

[по докладу Шестого комитета (A/74/423)]

74/183. Типовые законодательные положения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о публично-частных партнерствах

Генеральная Ассамблея,

ссылаясь на свою резолюцию 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года, которой она учредила Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, поручив ей содействовать прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли и в этой связи учитывать интересы всех народов, в особенности развивающихся стран, в деле широкого развития международной торговли,

ссылаясь также на свою резолюцию 58/4 от 31 октября 2003 года, которой Ассамблея приняла Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции¹,

ссылаясь далее на свою резолюцию 70/1 от 25 сентября 2015 года, которой она приняла Повестку дня в области устойчивого развития на период до 2030 года, и на свою резолюцию 69/313 от 27 июля 2015 года, которой она одобрила Аддис-Абебскую программу действий третьей Международной конференции по финансированию развития,

будучи убеждена в том, что публично-частные партнерства могут играть важную роль в совершенствовании обеспечения инфраструктуры и публичных услуг и рационального управления ими и в поддержке усилий правительств по достижению целей в области устойчивого развития,

¹ См. также United Nations, *Treaty Series*, vol. 2349, No. 42146.

будучи обеспокоена тем, что неадекватная нормативно-правовая база и недостаточная прозрачность могут препятствовать инвестициям в области инфраструктуры и публичных услуг и привести к увеличению риска коррупции и нецелевого использования публичных средств,

подчеркивая важное значение обеспечения эффективных и прозрачных процедур принятия решений о заключении договоров о публично-частных партнерствах и содействия осуществлению соответствующих проектов с помощью правил, которые способствуют прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости и устраняют нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры и предоставлении публичных услуг,

ссылаясь на ценные рекомендации, которые Комиссия дала государствам-членам в целях создания благоприятных законодательных основ в этой связи посредством ее *Руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*² и сопровождающих его *Типовых законодательных положений по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*³, а также на рекомендацию Генеральной Ассамблеи, содержащуюся в ее резолюции 58/76 от 9 декабря 2003 года, о том, что государствам следует должным образом учитывать эти документы при пересмотре или принятии законодательства, касающегося участия частного сектора в развитии и эксплуатации публичной инфраструктуры,

будучи убеждена в том, что рекомендации Комиссии окажут дополнительную помощь государствам, особенно развивающимся странам, в содействии развитию благого управления и в создании соответствующей законодательной базы для проектов публично-частных партнерств,

1. *выражает признательность* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за завершение разработки и принятие⁴ *Типовых законодательных положений о публично-частных партнерствах*⁵ и *Руководства для законодательных органов по публично-частным партнерствам*;

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать *Типовые законодательные положения и Руководство для законодательных органов*, в том числе в электронной форме, на шести официальных языках Организации Объединенных Наций и обеспечить их широкое распространение среди правительств и соответствующих международных межправительственных и неправительственных организаций, субъектов частного сектора и научных учреждений;

² Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.01.V.4.

³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/58/17)*, приложение I.

⁴ Там же, *семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/74/17)*, глава III.

⁵ Там же, приложение I.

3. *рекомендует* всем государствам при пересмотре или принятии законодательства, касающегося публично-частных партнерств, должным образом учитывать *Типовые законодательные положения* и *Руководство для законодательных органов* и предлагает государствам, которые использовали *Типовые законодательные положения*, информировать об этом Комиссию.

*51-е пленарное заседание,
18 декабря 2019 года*

Введение и справочная информация по ПЧП¹

А. Введение

1. С течением времени функции публичного и частного секторов в развитии инфраструктуры существенно изменялись. Такие общедоступные услуги, как газовое освещение улиц, распределение электроэнергии, телеграфная и телефонная связь, железные дороги с использованием паровозной тяги и электротрамваи ведут свое начало еще с XIX века. Частный сектор финансировал многие из первых проектов в области сооружения дорог или каналов, а также наблюдалось быстрое развитие международных механизмов финансирования проектов, включая размещение международных облигационных займов для финансирования железнодорожного строительства или других крупных проектов в области инфраструктуры.

2. Однако на протяжении большей части XX века в мире, напротив, наблюдалась тенденция к повышению роли публичного сектора в развитии инфраструктуры и других услуг. Нередко операторы инфраструктуры были национализированы или же слияния и поглощения приводили к снижению конкуренции между ними. Во многих странах для предоставления общедоступных услуг частными компаниями требовалась выдача правительством лицензии или концессии. В этот период отмечалось также снижение степени открытости мировой экономики. Лишь в ограниченном числе стран операторами в секторах инфраструктуры являлись частные компании, причем зачастую они проводили свою деятельность в условиях существенного ограничения или полного отсутствия конкуренции. Во многих странах господствующая роль публичного сектора в предоставлении услуг в области инфраструктуры была закреплена в конституциях.

¹ В разделе В приводится общая справочная информация по вопросам, которые рассматриваются в Руководстве с законодательной точки зрения. За более детальной информацией по стратегическим и техническим вопросам читателю рекомендуется обратиться, в частности, к публикациям других международных организаций, таким как *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects* — подготовлено Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (UNIDO publication, Sales No. UNIDO.95.6.E, далее в тексте — *Руководящие принципы ЮНИДО по проектам СЭП*), *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3* — подготовлено Всемирным банком и его партнерами (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017), *Recommendations of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, OECD, May 2012.

3. В начале 80-х годов прошлого столетия наметилась обратная тенденция — к расширению участия частного сектора и развитию конкуренции в секторах инфраструктуры. К числу факторов, которые вызвали такое развитие событий, относятся важные достижения технического прогресса; высокий уровень задолженности и острая нехватка бюджетных средств, ограничивающая способность публичного сектора удовлетворять возрастающие потребности в области инфраструктуры; расширение международных и местных рынков капитала, обусловившее улучшение доступа к частным источникам финансирования; и увеличение числа успешных международных проектов, связанных с участием частного сектора и развитием конкуренции в области инфраструктуры. Во многих странах было принято новое законодательство, которое не только обеспечивает регулирование подобных операций, но также предусматривает модификацию структуры рынка и политики, регулирующей конкуренцию в соответствующих секторах.

4. Цель *Руководства* состоит в оказании содействия созданию или адаптации правового режима для облегчения участия частного сектора в развитии публичной инфраструктуры, объектов и услуг с помощью публично-частных партнерств (ПЧП) в целях повышения эффективности и качества публичной инфраструктуры и общедоступных услуг. Содержащиеся в *Руководстве* рекомендации направлены на обеспечение сбалансированности между стремлением содействовать развитию ПЧП и одновременно защитить публичные интересы. В *Руководстве* обсуждается ряд вопросов, которые являются чрезвычайно важными с точки зрения публичных интересов и существование которых, несмотря на многочисленные различия в политических подходах и законодательных режимах, признается в большинстве правовых систем.

5. К числу вопросов, представляющих публичный интерес, относятся, например, такие проблемы, как непрерывный характер предоставления общедоступных услуг; долгосрочная устойчивость и доступность проектов; стандарты в области защиты окружающей среды, здравоохранения, техники безопасности и качества; справедливый характер цен, взимаемых с населения; недискриминационный режим для потребителей или пользователей; полное раскрытие информации, касающейся функционирования объектов инфраструктуры; гибкость, необходимая для приспособления к изменяющимся условиям, включая расширение предоставления услуг для удовлетворения дополнительного спроса и периодический пересмотр договорных условий; подотчетность лиц, отвечающих за принятие решений, и контроль за осуществлением проектов. В свою очередь к числу вопросов, имеющих основополагающее значение для частного сектора, обычно относятся такие проблемы, как стабильность юридических и экономических условий в принимающей стране; прозрачность законов и норм и предсказуемость и беспристрастность в их применении; возможность принудительного исполнения имущественных прав и гарантии уважения частной собственности, а также гарантии того, что меры, затрагивающие частную собствен-

ность, будут приниматься исключительно на основании публичных интересов и только при условии выплаты компенсации; и свобода сторон договариваться о коммерческих условиях, обеспечивающих разумную норму прибыли на вложенный капитал, сопоставимую с рисками, принимаемыми на себя частными инвесторами. Руководство не содержит единого набора типовых решений для урегулирования этих вопросов, а помогает читателю оценить различные имеющиеся подходы и выбрать тот из них, который в наибольшей степени соответствует национальным или местным условиям.

1. Структура и сфера охвата Руководства

6. *Руководство* содержит советы и рекомендации по законодательным вопросам в форме комментариев, в которых приводится анализ ключевых финансовых, регулятивных, правовых, политических и прочих вопросов, возникающих в рассматриваемой предметной области. За комментариями следуют, в соответствующих случаях, типовые законодательные положения, которые показывают, как законодатели могли бы отразить содержащиеся в *Руководстве* рекомендации и советы в законодательных формулировках. Пользователям рекомендуется воспринимать типовые законодательные положения вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая их лучшему пониманию.

7. В типовых положениях рассматриваются аспекты, которые следует урегулировать в законодательстве, конкретно посвященном ПЧП. Они не касаются других областей правового регулирования, которые, как говорится в *Руководстве*, также оказывают воздействие на ПЧП. Кроме того, для успешной реализации проектов в области ПЧП обычно требуются разнообразные меры, выходящие за рамки создания соответствующей законодательной базы, как, например, меры, касающиеся надлежащих административных структур и видов практики, организационного потенциала, технического опыта и знаний, соответствующих людских и финансовых ресурсов и экономической стабильности. Хотя некоторые из этих аспектов упоминаются в комментариях, в типовых положениях они не рассматриваются.

8. *Руководство* предназначено для использования в качестве справочного документа национальными властями и законодательными органами при подготовке новых законов или оценке пригодности уже существующих. С этой целью *Руководство* помогает определить те области правового регулирования, которые наиболее тесно связаны с ПЧП, и в нем рассматривается содержание таких законов, которые будут способствовать привлечению частного капитала — как национального, так и иностранного. В *Руководстве* кратко упоминаются и другие области права, в том числе, например, поощрение и защита инвестиций; правовое регулирование вопросов собственности; обеспечительные интересы; правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности;

правовое регулирование общих договорных вопросов; правила, касающиеся публичных контрактов; правовое регулирование вопросов налогообложения и охрана окружающей среды; а также правовое регулирование вопросов защиты потребителей (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам»), в которых специально в отношении ПЧП могут быть приняты нормативно-правовые акты или которые следует учитывать при создании законодательной или нормативной базы для ПЧП. *Руководство* не преследует цели представления рекомендаций относительно составления соглашений о реализации ПЧП. В то же время некоторые договорные вопросы затрагиваются в *Руководстве* (например, в главе IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП» и главе V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП») в той мере, в которой они связаны с аспектами, которые целесообразно урегулировать в законодательном порядке.

9. *Руководство* охватывает широкий спектр механизмов ПЧП, в частности те, которые предусматривают обязательство частного партнера осуществлять проектирование, строительство, обслуживание и эксплуатацию нового объекта или системы или реконструкцию, модернизацию, расширение, обслуживание и эксплуатацию существующего объекта или системы. Эти объекты или системы могут эксплуатироваться частным партнером в целях предоставления услуг или товаров населению, могут быть открыты для использования населением под контролем частного партнера или могут также использоваться правительством для удовлетворения своих собственных потребностей или для оказания поддержки в предоставлении общедоступных услуг. В *Руководстве* рассматриваются как ПЧП, в рамках которых частный сектор возмещает свои затраты на инвестиции путем взимания платы с населения или публичного органа (или и с того, и с другого) за использование объекта или системы инфраструктуры или за предоставляемые им услуги или товары, так и ПЧП, в рамках которых только организация-заказчик или другое правительственное учреждение платит за объекты, товары или услуги, предоставляемые по договору о ПЧП. Хотя такие проекты в некоторых случаях объединяются с другими сделками по «приватизации» правительственных функций или собственности, «приватизационные» сделки, которые не связаны с развитием и эксплуатацией публичной инфраструктуры, объектов и услуг, в *Руководстве* не рассматриваются. Кроме того, в *Руководстве* не затрагиваются проекты в области эксплуатации природных ресурсов, такие как проекты по добыче полезных ископаемых, нефти или газа на условиях «концессии», «лицензии» или «разрешения», выданных публичными властями принимающей страны.

2. Терминология, используемая в Руководстве

10. В нижеследующих пунктах разъясняются значение и использование определенных терминов, которые часто встречаются в *Руководстве*. Что касается

терминов, которые ниже не рассматриваются, например технические термины, используемые в финансовой и коммерческой документации, то читателю рекомендуется обратиться к другим источникам информации по этому вопросу, таким как *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate Transfer (BOT) Projects* (Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов строительство–эксплуатация–передача (СЭП)), которые подготовлены Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию² (ЮНИДО).

а) «Публичная инфраструктура» и «общедоступные услуги»

11. Термин «публичная инфраструктура», как он употребляется в *Руководстве*, означает материальные объекты, которые прямо или косвенно используются для предоставления наиболее важных для населения услуг или размещения их поставщиков. Примеры публичной инфраструктуры, определяемой таким образом, могут быть приведены из самых различных секторов, и они включают различные виды объектов, оборудования или систем, в том числе следующие: электростанции и энергораспределительные сети (электроэнергетика); системы местной и междугородной телефонной связи и сети передачи данных (сектор телекоммуникаций); предприятия по опреснению воды или по очистке сточных вод и объекты системы водораспределения (сектор водоснабжения); объекты и оборудование для сбора и удаления отходов (сектор санитарии); и сооружения и системы, используемые для целей общественного транспорта, такие как городской и междугородный железнодорожный транспорт, подземный рельсовый транспорт, автобусные линии, автомобильные дороги, мосты, туннели, порты, авиационные линии и аэропорты (сектор транспорта). Термин «инфраструктура» охватывает также объекты или системы — независимо от того, открыты ли или доступны ли они для населения или нет, — которые нужны правительству или другим публичным органам для выполнения своих собственных функций (здания судов, административные здания), или объекты, в которых размещаются учреждения общего пользования, такие как школы, медицинские учреждения или исправительные заведения.

12. Каждая страна — как и в других случаях, связанных с вопросами публичного порядка, — должна сама провести разграничение между инфраструктурой, находящейся в публичной и частной собственности. В некоторых странах аэропорты, например, находятся в собственности правительства; в других странах они находятся в частной собственности, однако их функционирование подлежит регулированию или строится на основании соглашения с компетентным публичным органом. Больницы и другие объекты здравоохранения или же тюрьмы и исправительные заведения также могут в зависимости от сделанного в

² UNIDO publication, Sales No. UNIDO.95.6.E. Далее в тексте *Руководящие принципы ЮНИДО по проектам СЭП*.

стране выбора находиться в публичном или частном ведении. Часто — но не во всех случаях — объекты энергетики и телекоммуникационные объекты эксплуатируются частными организациями, но распределением занимаются предприятия публичного сектора. В настоящем *Руководстве* не высказывается никаких рекомендаций по вопросу о том, где в той или иной стране следует проводить такое разграничение.

13. В правовых системах некоторых стран концепции публичной инфраструктуры и общедоступных услуг уже прочно укоренились, и в некоторых случаях соответствующие вопросы могут регулироваться специальным сводом норм публичного права, так называемым «административным правом» (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 25–28). В то же время в ряде других стран общедоступные услуги, хотя их предоставление и регулируется специальными постановлениями, не рассматриваются в качестве какого-либо особого вида коммерческой деятельности. Используемые в настоящем *Руководстве* термины «общедоступные услуги» и «поставщики общедоступных услуг» не следует толковать исходя из технического значения, которое может придаваться им в какой-либо конкретной правовой системе.

б) «Публично-частное партнерство» (ПЧП) и связанные с этим понятием термины

14. Термин «публично-частное партнерство» (ПЧП) используется на практике для обозначения широкого спектра договорных отношений или совместных предприятий, посредством которых публичный и частный секторы сотрудничают в достижении общей цели, и никакого международно признанного юридического определения, охватывающего все возможные варианты, нет. В *Руководстве* термин ПЧП используется конкретно для обозначения долгосрочных отношений между публичными органами и частными субъектами, участвующими в частном финансировании публичной инфраструктуры в широком смысле, как об этом говорится в пункте 11 выше.

15. ПЧП не являются какой-то особой новой категорией правительственных контрактов. Фактически в ПЧП могут использоваться различные хорошо известные договорные схемы (договоры аренды, концессии, договоры о предоставлении услуг, контракты на сдачу объекта под ключ, договоры проектирование–строительство–финансирование–эксплуатация). Механизмы ПЧП, охватываемые *Руководством*, можно разделить на две широкие категории. Во-первых, в *Руководстве* рассматриваются ПЧП, в рамках которых частный партнер эксплуатирует инфраструктуру и взимает плату с населения на основании лицензии или «концессии» (см. пункт 18), выданной правительством (известны также как «концессионные ПЧП»). Во вторых, *Руководство* охватывает ПЧП, в рамках которых частный партнер обязуется выполнять определенную работу в

связи с инфраструктурой или объектом (во всем диапазоне работ, т.е. проектирование и строительство, модернизация, расширение, обслуживание или управление, при этом учитывается любое участие) или же системой предоставления услуг (в сфере информации или телекоммуникаций, обслуживания клиентов), но не взимает никакой платы непосредственно с населения, а получает вместо этого платежи от организации-заказчика или другого государственного учреждения («неконцессионные ПЧП»).

16. В последнем случае ситуация напоминает то, что в некоторых правовых системах известно как «партнерство для развития инфраструктуры» или «договор о партнерстве» — новаторский механизм, который позволяет закупать работы или услуги в счет платежей в течение срока действия договора, без предварительного выделения публичных средств. Согласно таким механизмам частный партнер обычно берет на себя обязательства по финансированию и строительству объекта инфраструктуры и после завершения передает его организации-заказчику или ее уполномоченному представителю. Эта схема чаще всего используется при строительстве объектов для размещения поставщиков общедоступных услуг, предоставляемых непосредственно организацией-заказчиком, в то время как частный партнер продолжает нести ответственность за эксплуатацию и обслуживание объекта в течение всего срока действия соглашения о ПЧП. Независимо от типа механизма в *Руководстве* обычно упоминается публичный орган, который присоединяется к ПЧП в качестве «организации-заказчика», и частная структура, которая осуществляет проект ПЧП в качестве «частного партнера». Соглашение между организацией-заказчиком и частным партнером, в котором излагаются сфера охвата, сроки и условия проекта ПЧП, носит в *Руководстве* название «договор о ПЧП».

17. Если этого требует контекст, в *Руководстве* иногда используется термин «проектная компания» специально для обозначения независимого юридического лица, созданного для осуществления конкретного проекта ПЧП

с) «Концессия» и связанные с этим понятием термины

18. Во многих странах для предоставления какой-либо «общедоступной услуги» иным субъектом, нежели какой-либо публичный орган, обычно требуется разрешение со стороны соответствующего государственного органа. В национальных законах и в некоторых правовых системах используются различные термины для указания на такие разрешения; для обозначения различных видов разрешений могут использоваться самые разнообразные термины. Наиболее широко используются такие термины, как «концессия», «франшиза», «лицензия» или «аренда» (*affermage*). В некоторых правовых системах, особенно в системах гражданского права, некоторые виды проектов в области инфраструктуры относятся к четко определенным категориям (таким, как «концессия на публичные работы» или «концессия на общедоступные услуги»). Когда этого

требует контекст, в *Руководстве* термин «концессия» используется для общего обозначения такого акта разрешения, однако его не следует толковать в техническом смысле, который может придаваться ему в какой-либо конкретной правовой системе или внутригосударственном законодательстве.

19. Когда этого требует контекст, в *Руководстве* слово «концессионер» используется для указания конкретно на предприятие, которое осуществляет проект в области инфраструктуры на основании концессии, выданной публичным органом принимающей страны. Другие термины, которые могут применяться в некоторых правовых системах для обозначения некоторых форм договоров о ПЧП, например «концессионное соглашение» или «договор концессии», в настоящем *Руководстве* не используются.

d) Ссылки на национальные органы

20. Слово «правительство», как оно используется в *Руководстве*, охватывает различные публичные органы принимающей страны, на которые возложены исполнительные или политические функции на национальном, региональном или местном уровнях. Термин «публичные органы» используется для указания, в частности, на субъекты исполнительной власти правительства или на субъекты, имеющие к ней отношение. Термины «законодательный орган» и «законодатель» используются непосредственно для обозначения органов, осуществляющих законодательные функции в принимающей стране.

21. Термин «организация-заказчик» обычно используется в *Руководстве* для обозначения публичного органа принимающей страны, который несет общую ответственность за осуществление проекта и от имени которого выдается подряд на осуществление проекта. Такой орган может быть общегосударственным, региональным или местным (см. пункты 71–72 ниже).

22. Термин «регулирующее учреждение» используется в *Руководстве* для указания на публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие разработку и осуществление проекта, и обеспечивать их выполнение. Регулирующее учреждение может быть создано на основании законодательного акта специально в целях регулирования того или иного конкретного сектора публичной инфраструктуры.

e) «Строительство–эксплуатация–передача» и аналогичные термины

23. Различные виды проектов, которые в настоящем *Руководстве* упоминаются как ПЧП, иногда подразделяются на ряд категорий в зависимости от характера участия частного сектора или от собственности на соответствующий объект инфраструктуры, например как это указано ниже (см. также обсуждение форм участия частного сектора в ПЧП в пунктах 48–55):

а) *«строительство–эксплуатация–передача» (СЭП)*. Проект называется проектом СЭП в тех случаях, когда организация-заказчик выбирает частного партнера для финансирования и сооружения объекта или системы инфраструктуры и предоставляет этому частному субъекту право обслуживать и/или эксплуатировать их на коммерческой основе в течение определенного срока, по окончании которого право собственности на объект передается организации-заказчику;

б) *«строительство–передача–эксплуатация» (СПЭ)*. Проект называется проектом СПЭ в тех случаях, когда организация-заказчик выбирает частного партнера для планирования, финансирования, проектирования и сооружения объекта или системы инфраструктуры, которые переходят в собственность организации-заказчика сразу же после сооружения, но частный партнер сохраняет за собой право обслуживать и эксплуатировать этот объект в течение определенного срока;

в) *«строительство–аренда–эксплуатация–передача» (САЭП) или «строительство–лизинг–эксплуатация–передача» (СЛЭП)*. Эти разновидности проектов СЭП и СПЭ встречаются в случаях, когда в дополнение к обязательствам и прочим условиям, характерным для проектов СЭП, частный партнер сдает в аренду организации-заказчику материальные активы, на которых располагается объект, на срок действия соглашения и обязуется обслуживать и эксплуатировать этот объект;

д) *«строительство–собственность–эксплуатация–передача» (ССЭП)*. Речь идет о таких проектах, в рамках которых частный партнер привлекается к планированию, финансированию, проектированию, строительству, эксплуатации и обслуживанию того или иного конкретного объекта инфраструктуры в обмен на право взимать плату и другие сборы с пользователей. При использовании такого механизма объект и его активы будут находиться в собственности частного предприятия до передачи организации-заказчику;

е) *«строительство–собственность–эксплуатация» (ССЭ)*. Этот термин используется для обозначения проектов, когда объект находится в полной собственности частного партнера, который не несет обязательства по обратной передаче его организации-заказчику.

24. Помимо акронимов, используемых для указания на конкретный режим собственности, могут использоваться другие акронимы, позволяющие особо подчеркнуть одно или несколько обязательств частного партнера. В рамках некоторых проектов частным компаниям передаются существующие объекты инфраструктуры для модернизации или переоборудования, эксплуатации и обслуживания либо на постоянной основе, либо в течение определенного срока. В зависимости от того, будет ли объект инфраструктуры принадлежать частному партнеру, такие механизмы называются либо переоборудование–эксплуатация–передача (ПЭП) или модернизация–эксплуатация–передача (МЭП) в первом случае, либо переоборудование–собственность–эксплуатация (ПСЭ) или модернизация–собственность–эксплуатация (МСЭ) — во втором. В некоторых

случаях используется формулировка проектирование–строительство–финансирование–эксплуатация (ПСФЭ) для указания на дополнительные обязанности частного партнера в отношении проектирования объекта и финансирования его строительства.

В. Справочная информация по ПЧП

25. В большинстве стран, в которых сооружались новые объекты инфраструктуры с помощью частных инвестиций, ПЧП являются важным инструментом удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. К числу наиболее существенных элементов национальной политики относятся уровень конкуренции, который предполагается установить в каждом секторе инфраструктуры, структурная организация соответствующего сектора и механизмы, используемые для обеспечения надлежащего функционирования рынков инфраструктуры или общедоступных услуг. Национальная политика, направленная на стимулирование частных инвестиций в инфраструктуру, часто сопровождается мерами, нацеленными на обеспечение конкуренции между поставщиками общедоступных услуг или на предотвращение злоупотребления монопольными условиями в тех случаях, когда внедрение конкуренции невозможно.

26. При разработке программ по стимулированию инвестиций частного сектора в развитие и эксплуатацию публичной инфраструктуры и услуг ряд стран сочли полезным провести обзор предпосылок, исходя из которых были установлены монополии публичного сектора, в том числе исторических обстоятельств и политических условий, которые привели к их созданию, с целью:

- a)* определить, по-прежнему ли сохраняют эти секторы характеристики естественной монополии; и
- b)* оценить возможность и желательность внедрения конкуренции в некоторые секторы инфраструктуры.

1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры

27. Меры, которые могут потребоваться для реализации правительственной политики по содействию развитию конкуренции в различных секторах инфраструктуры, будут в основном зависеть от господствующей рыночной структуры. К числу основных элементов, характеризующих ту или иную рыночную структуру, относятся экономические, юридические, технические или иные барьеры для участия конкурентов, степень вертикальной или горизонтальной интеграции, количество компаний, действующих на рынке, а также доступность замещающей продукции или услуг.

а) Политика конкуренции и монополии

28. Термин «монополия» в строгом смысле слова означает рынок, на котором действует только один поставщик. В то же время чистая монополия и идеальная конкуренция представляют собой два противоположных полюса спектра. Большинство рынков товаров и услуг характеризуются определенной степенью конкуренции, которая находится между этими двумя полюсами. В целом монополии могут быть классифицированы как естественные монополии, юридические монополии и монополии де-факто; каждый вид может потребовать применения различных политических подходов:

а) естественные монополии. Эти виды экономической деятельности позволяют единственному поставщику снабжать целый рынок при более низкой стоимости, чем в случае двух или более поставщиков. Такая ситуация типична для тех видов экономической деятельности, которые связаны с крупными инвестициями и высокими фиксированными издержками, но при сокращающихся затратах на производство дополнительной единицы услуг (например, дополнительного кубического метра воды) для удовлетворения возросшего спроса. Как правило, для естественных монополий характерны потребности в крупных первоначальных инвестициях в основной капитал, в результате чего новой компании, у которой отсутствуют сопоставимые возможности для получения экономии за счет эффекта масштаба, трудно выйти на рынок с товаром по более низкой цене, чем у обладателя монополии;

б) юридические монополии. Юридические монополии устанавливаются законом и могут охватывать те секторы или виды деятельности, которые являются или не являются естественными монополиями. Что касается последней категории, то монополия существует исключительно в результате запрета конкуренции. Обстоятельства, заставившие многие страны установить юридические монополии, часто основывались на том соображении, что национальные потребности в инфраструктуре — как с точки зрения качества, так и количества — не могут быть должным образом удовлетворены, если в области инфраструктуры будут действовать свободные рыночные силы;

в) монополии де-факто. Эти монополии не обязательно могут быть результатом базовых экономических условий или принятия каких-либо правовых норм; они возникают просто в отсутствие конкуренции, если подобное положение обусловлено, например, интегрированной природой компании, действующей в области инфраструктуры, и ее способностью контролировать важнейшие условия, что исключает появление на рынке других поставщиков.

29. Хотя существование монополий иногда оправдывается юридическими, политическими или социальными обстоятельствами, они могут вызывать негативные экономические последствия. Поставщик услуг, действующий в монопольных условиях, обычно имеет возможность устанавливать цены выше тех, которые

взимались бы в условиях конкуренции. Дополнительный доход, возникающий в результате недостаточной конкуренции, предполагает переход достояния от потребителей к производителям. Кроме того, практика показала, что монополии вызывают сказывающиеся на экономике чистые потери в благосостоянии из-за завышенных цен, которые обусловлены искусственно низким производством, снижением темпов внедрения нововведений и недостаточными усилиями по сокращению производственных затрат. Кроме того, особенно применительно к секторам инфраструктуры, могут возникать вторичные последствия для других рынков. (Например, отсутствие конкуренции и недостаточная эффективность в секторе телекоммуникаций вызывают негативные последствия в результате повышения затрат для экономики в целом.)

30. Несмотря на негативные экономические последствия, монополии и другие установленные в порядке регулирования барьеры для конкуренции иногда поддерживались даже в отсутствие условий, характерных для естественных монополий. Одна из причин, на которую ссылаются для обоснования сохранения монополий, состоит в том, что они могут использоваться для содействия достижению определенных политических целей, например для обеспечения предоставления услуг в некоторых регионах или некоторым категориям потребителей по низким ценам или даже ниже себестоимости. Примеры услуг, цена на которые может не покрывать затраты, включают экстренную телефонную связь, водо- или энергоснабжение, сниженные транспортные тарифы для некоторых категорий пассажиров (например, школьников или пенсионеров), а также некоторые другие услуги для пользователей, относящихся к группам населения с низким доходом или проживающих в сельской местности. Являющийся монополистом поставщик услуг может финансировать предоставление таких услуг через внутреннее «перекрестное субсидирование» за счет других рентабельных услуг, предоставляемых в других регионах или другим категориям потребителей.

31. В числе других причин, оправдывающих сохранение юридических монополий в отсутствие условий, характерных для естественных монополий, иногда упоминалось о необходимости повышения привлекательности соответствующего сектора для частных инвесторов. Частные операторы могут настаивать на получении исключительных прав на предоставление какой-либо услуги в целях сокращения коммерческого риска своих инвестиций. Однако эту цель необходимо оценивать с учетом интересов потребителей и положения в экономике в целом. Тем странам, в которых предоставление исключительных прав считается необходимым стимулом для частных инвестиций, возможно, целесообразно рассмотреть вопрос об ограничении конкуренции, хотя и только на временной основе (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 21–22).

b) Возможности для конкуренции в различных секторах

32. До последнего времени монопольные условия господствовали в большинстве секторов инфраструктуры либо поскольку соответствующий сектор являл-

ся естественной монополией, либо поскольку барьеры, установленные в порядке регулирования, или другие барьеры, затрудняющие выход на рынок или работу (например, вертикально интегрированная структура поставщиков общедоступных услуг), препятствовали эффективной конкуренции. Однако ряд факторов, например технический прогресс и инновации, растущая потребность в выделении средств и финансировании инфраструктуры, ограниченные поступления государственных доходов и необходимость более эффективной разработки и эксплуатации публичной инфраструктуры, расширили потенциальные возможности для конкуренции в различных секторах инфраструктуры, побуждая законодательные и регулирующие органы в большинстве стран содействовать развитию конкуренции в различных секторах инфраструктуры путем принятия законодательства, отменяющего монополии и другие барьеры для выхода на рынок, изменяющего структурную организацию секторов инфраструктуры и создающего такую нормативно-правовую базу, которая содействует эффективной конкуренции. Масштабы возможного развития сколь-либо значимой конкуренции зависят от конкретного сектора, величины рынка и других факторов.

2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры

33. Во многих странах привлечение частного сектора к развитию инфраструктуры последовало за внедрением мер по структурной перестройке секторов инфраструктуры. Законодательные преобразования обычно начинаются с отмены норм, запрещающих участие частных компаний в деятельности в области инфраструктуры, и с ликвидации всех других юридических препятствий для конкуренции, которые не могут быть оправданы публичными интересами. В то же время следует отметить, что решение о том, в какой степени соответствующий сектор инфраструктуры может быть открыт для конкуренции, должно приниматься в свете общей экономической политики страны. Некоторые страны, в особенности развивающиеся страны, могут быть вполне законно заинтересованы в развитии определенных секторов местной промышленности и могут таким образом принять решение не открывать некоторые секторы инфраструктуры для конкуренции.

34. Что касается монопольных условий, которые проистекают из юридических запретов, а не являются результатом экономических и технических базовых причин, то основное решение, которое необходимо принять в законодательном порядке, — это решение об устранении действующих юридических барьеров. Это, возможно, потребует подкрепить установлением регулирующих конкуренцию правил (например, запрещением сговора, картелей, грабительских цен или других несправедливых видов коммерческой практики) и осуществляемым регулируемыми органами надзором (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 37–60). Однако обеспечение эффективной конкуренции в ряде секторов лишь за счет ликвидации закрепленных в законо-

дательстве барьеров без принятия законодательных мер по структурной перестройке соответствующего сектора может оказаться невозможным. В некоторых странах монополии сохранялись на временной основе лишь в течение того периода, который был необходим для оказания содействия постепенному, более упорядоченному и более социально приемлемому переходу от монополистической к конкурентной рыночной структуре.

а) Расчленение секторов инфраструктуры

35. Вертикальная или горизонтальная интеграция³ участников рынка, включая компании в области инфраструктуры, может существенно ослабить конкуренцию на рынке. Интегрированные компании могут злоупотреблять своим положением на рынке, отсеивая одних конкурентов или не допуская других на рынок. Пагубные для конкуренции последствия такой ситуации усугубляются наличием монополистических элементов в некоторых сферах инфраструктуры, как, например, единая инфраструктура железнодорожного или автомобильного транспорта. Однако интеграция может в то же время и повысить эффективность и тем самым способствовать конкуренции. Таким образом, в каждом конкретном случае, как правило, необходима экономическая оценка, для того чтобы определить, является ли конкретный вид или уровень интеграции в целом благоприятным или пагубным для конкуренции. В любом случае, учитывая трудности с развитием конкуренции в некоторых видах инфраструктуры, некоторые страны сочли необходимым отделить монополистические элементы (например, электросети, используемые для снабжения электроэнергией) от конкурентных элементов в определенных секторах инфраструктуры (например, производство энергии).

36. Однако необходимо тщательно взвешивать ожидаемые затраты и выгоды от таких изменений. Затраты могут включать издержки, связанные собственно с изменением (например, операционные издержки и затраты переходного периода, включая убытки, понесенные компаниями, которые в результате введения новой схемы утратят льготы или защищенные позиции), и издержки, обусловленные функционированием новой схемы, в частности более высокие затраты на координацию, например, в связи с более сложным сетевым планированием, технической стандартизацией или регулированием. С другой стороны, среди полученных выгод могут быть новые инвестиции, более совершенные или новые услуги, более широкий выбор и более низкие экономические затраты.

³ Вертикальная интеграция — это общий контроль над двумя предприятиями, которые находятся на различных стадиях производства: например, производитель электрического оборудования и компания, занимающаяся проектированием и монтажом электросетей. Горизонтальная интеграция — это слияние предприятий, которые находятся на одной стадии производства, например две транспортные компании.

*б) Недавний опыт в основных секторах инфраструктуры**i) Электроэнергия*

37. Недавно принятые в различных странах новые законы, касающиеся электроэнергии, предусматривают расчленение энергетического сектора путем разделения производства, передачи и распределения электроэнергии. В некоторых случаях для того, чтобы сохранить монополию лишь над тем видом деятельности, применительно к которому существуют монопольные условия (например, применительно к проводной передаче электроэнергии для публичного использования), проводится дальнейшее разграничение: поставки отделяются от распределения. В этих странах компании по передаче и распределению не приобретают и не продают электроэнергию, а осуществляют только ее транспортировку за плату, определяемую в порядке регулирования. Торговля электричеством происходит между производителями или посредниками, с одной стороны, и пользователями — с другой. В некоторых из этих стран конкуренция ограничивается только крупными пользователями или вводится поэтапно.

38. Страны, принявшие решение о внедрении конкуренции в секторы энергетики и газа, путем принятия нового законодательства организовали новые рыночные структуры, оговорив пределы, в которых рынок должен быть расчленен (а иногда и количество поставщиков общедоступных услуг, которые должны быть созданы за счет расчленения существовавшей монополии), или ликвидировали барьеры для выхода на рынок новых участников. В этих же законах, касающихся энергетического сектора, были также установлены специальные регулирующие конкуренцию правила, которые по своему характеру являлись либо структурными (например, запрещение перекрестной собственности на компании, действующие в различных сегментах рынка, таких как производство, передача и распределение или продажа и распределение газа и электричества), либо поведенческими (например, правила о доступе третьих сторон, запрещение альянсов или других тайных договоренностей). В целях обеспечения функционирования этих новых энергетических рынков были созданы новые институты и механизмы регулирования, такие как энергетические пулы, диспетчерские механизмы или регулирующие учреждения в секторе энергетики. И наконец, параллельно этим нововведениям необходимо было изменить другие аспекты законодательства и политики в области энергетики, в том числе нормы, регулирующие рынки нефти, газа, угля и других источников энергии.

ii) Водоснабжение и канализация

39. В секторе водоснабжения и канализации наиболее часто встречающейся реформой рыночной структуры является горизонтальное расчленение. В некоторых странах создано несколько предприятий водоснабжения вместо существовавшего ранее одного-единственного предприятия. Это наиболее характерно для стран, в которых отдельные сети не взаимосвязаны или лишь отчасти

взаимосвязаны, но не только для них. Практика показала, что горизонтальное расчленение облегчает сопоставление показателей деятельности различных поставщиков услуг.

40. В некоторых странах частным инвесторам было предложено обеспечить коммерческое водоснабжение для коммунальных предприятий или, например, соорудить и обеспечить эксплуатацию предприятий по очистке или опреснению воды. При таком вертикальном расчленении частные услуги (и разрозненные пакеты инвестиций, которые для них требуются) обычно предоставляются коммунальному предприятию на основании контракта и не приводят к коренному изменению монопольного характера рыночной структуры — предприятия обычно не вступают в конкуренцию друг с другом, и, как правило, им не разрешается снабжать потребителей в обход коммунальных предприятий. Некоторые страны внедрили конкуренцию в секторы коммерческого водоснабжения и транспортировки воды; в ряде случаев функционируют активные рынки воды. В других ситуациях конкуренция ограничивается сегментами дорогостоящей воды, разлитой по бутылкам или перевозимой цистернами, а также частными колодцами.

iii) Транспорт

41. В связи с принятыми в различных странах мерами по структурной перестройке проводилось разграничение между транспортной инфраструктурой и транспортными услугами. Первый сектор часто может обладать характеристиками естественной монополии, в то время как сектор услуг в целом является конкурентным. Вопрос о конкуренции в секторе транспортных услуг следует рассматривать не только в рамках отдельного вида транспорта, но также и перекрестно между различными видами, поскольку железнодорожные, автомобильные, автобусные, воздушные и водные перевозки могут вступать в конкуренцию за пассажиров и груз.

42. Что касается железных дорог, то некоторые страны избрали вариант разделения вопросов собственности на инфраструктуру и ее эксплуатацию (например, применительно к железнодорожным путям, сигнальным системам и вокзалам), с одной стороны, и вопросов услуг по железнодорожным перевозкам (например, пассажирским и грузовым) — с другой. В рамках подобных схем законодательство не разрешает оператору железнодорожных путей предоставлять также и транспортные услуги, которые предоставляются другими компаниями, часто в условиях конкуренции друг с другом. В других странах интегрированным компаниям разрешено как эксплуатировать инфраструктуру, так и предоставлять услуги, однако права третьих сторон на доступ к инфраструктуре, которые иногда называются «права на железнодорожную сеть», защищены в законодательном порядке. В этих случаях транспортные компании, будь то иная железнодорожная линия или компания, занимающаяся предоставлением транспортных услуг, имеют право на доступ к железнодорожным путям на опре-

деленных условиях, причем компания, контролирующая определенный путь, обязана предоставить такой доступ.

43. Во многих странах до последнего времени управление портами осуществлялось как монополиями публичного сектора. При открытии этого сектора для участия частных компаний на рассмотрении законодателей были различные модели. Согласно системе владения территорией порта портовые власти несут ответственность за инфраструктуру, а также общую координацию портовых операций, однако они не предоставляют услуги для судов или грузов. В системах обслуживания портов одно предприятие несет ответственность и за инфраструктуру, и за услуги. Конкуренцию между поставщиками услуг (например в таких сферах, как буксировка, стивидорные работы и складское хранение), возможно, легче обеспечить и поддерживать при системе владения территорией.

44. В законодательство, регулирующее функционирование аэропортов, может также потребоваться внести изменения, с тем чтобы создать возможности для осуществления частных инвестиций или обеспечения конкуренции между аэропортами или в их рамках. Здесь, возможно, необходимо также тщательно рассмотреть вопросы взаимосвязи между эксплуатацией аэропортов и управлением воздушным движением. В рамках отдельных аэропортов во многих странах внедрена конкуренция в таких секторах услуг, как погрузка-разгрузка, снабжение продуктами питания и иное обслуживание самолетов, а также в таких секторах пассажирских услуг, как розничная торговля, рестораны, автомобильные стоянки и т.д. В одних странах подряд на сооружение и эксплуатацию нового терминала в существующем аэропорту также выдавался новому оператору, что создавало конкуренцию между терминалами. В других странах на основе СЭП возводились новые аэропорты, а уже существующие передавались в частную собственность.

с) Переходные меры

45. Переход от монополии к рынку требует взвешенного управления. Политические, социальные и иные факторы заставили ряд стран использовать постепенный или поэтапный подход к проведению реформ. В условиях постоянных изменений в технологиях и других внешних действующих факторах некоторые страны приняли решение о таких реформах в отдельных секторах, которые могут быть ускорены или скорректированы для учета этих изменяющихся обстоятельств.

46. Некоторые страны пришли к выводу о нецелесообразности единовременного введения конкуренции. В подобных случаях в законодательстве предусматривались временные исключительные права, ограничения на число поставщиков общедоступных услуг или прочие ограничения на конкуренцию. Подобные меры направлены на то, чтобы предоставить в распоряжение обладателя моно-

полии достаточное время для подготовки к конкуренции и корректировки цен и одновременно обеспечить для поставщика общедоступных услуг надлежащие стимулы для осуществления инвестиций и расширения сферы предоставляемых услуг. В других странах были приняты положения, предусматривающие периодический пересмотр (например, в момент пересмотра цен) таких ограничений в целях определения того, по-прежнему ли существуют условия, явившиеся основанием для их введения.

47. Другой переходной мерой, которая применялась по крайней мере в некоторых странах, где поставщики общедоступных услуг представляли собой предприятия, находившиеся в государственной собственности, является структурная перестройка или приватизация соответствующего поставщика услуг. В большинстве стран, в которых была проведена приватизация предприятий, находившихся в государственной собственности и предоставлявших общедоступные услуги, либерализация чаще всего либо сопровождала приватизацию, либо предшествовала ей. Некоторые страны проводили реформы в ином порядке и осуществили приватизацию компаний, обладающих значительным объемом исключительных прав, что часто преследовало цель увеличения поступлений от приватизации. В дальнейшем они, однако, столкнулись с трудностями и иногда с большими затратами в деле ликвидации, ограничения или сокращения срока действия на более позднем этапе исключительных прав или монополий, защищавших частные или приватизированные уполномоченные компании поставщиков общедоступных услуг.

3. Формы участия частного сектора в проектах ПЧП

48. ПЧП могут принимать различные формы, начиная с находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичными предприятиями объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами. Целесообразность применения того или иного конкретного варианта для какого-либо конкретного вида инфраструктуры или услуг должна определяться правительством с учетом национальных потребностей в области развития инфраструктуры и услуг и на основе оценки наиболее эффективных путей создания и эксплуатации конкретных видов инфраструктуры и услуг. В том или ином конкретном секторе могут использоваться несколько различных вариантов.

а) Публичная собственность и эксплуатация публичным предприятием

49. В тех случаях, когда поставлена цель сохранения публичной собственности и контроля, обеспечение финансирования за счет прямых частных инвестиций, а также обеспечение эксплуатации инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с коммерческими принципами могут быть достигнуты путем создания контролируемой правительством структуры в качестве отдельного юридического лица, которая будет выступать собственником проекта и осуществ-

влять его эксплуатацию. Управление такой структурой может осуществляться как независимым частным коммерческим предприятием, т.е. в соответствии с нормами и коммерческими принципами, применимыми в отношении частных компаний. В некоторых странах эксплуатация объектов инфраструктуры традиционно осуществляется через компании такого типа. Возможности для привлечения частных инвестиций в инфраструктуру можно обеспечить, предоставив частным инвесторам право участвовать в капитале таких компаний или же путем реализации права таких компаний выпускать облигации или другие долговые обязательства.

50. Еще одной формой привлечения частного сектора для осуществления проектов в области инфраструктуры, находящейся в публичной собственности и эксплуатируемой публичным предприятием, может быть заключение «контрактов на обслуживание», когда публичный оператор передает частному сектору право на осуществление определенных видов деятельности по эксплуатации и обслуживанию. Правительство может также передать широкие функции по осуществлению деятельности, связанной с эксплуатацией и обслуживанием, частному предприятию, которое выступает от имени организации-заказчика. В рамках такого соглашения, которое иногда именуется «контракт на управление», оплата услуг частного оператора может быть увязана с технико-экономическими показателями его деятельности, зачастую в рамках механизма распределения прибыли, хотя могут использоваться также методы оплаты по фиксированным ставкам, особенно в тех случаях, когда сторонам трудно согласовать взаимоприемлемые механизмы для оценки показателей деятельности оператора.

б) Публичная собственность и эксплуатация частным предприятием

51. Альтернативный подход может состоять в передаче частным предприятиям всех функций по эксплуатации объектов публичной инфраструктуры и услуг. Одним из возможных путей является предоставление частному предприятию, обычно на определенный срок, права пользоваться данным объектом, предоставлять соответствующие услуги и получать доход в результате осуществления такой деятельности. Такой объект может уже существовать или может быть специально построен соответствующим частным предприятием. Такое сочетание публичной собственности и эксплуатации частным предприятием обладает рядом существенных признаков, характерных для механизма, который в некоторых правовых системах именуется «концессия на публичные работы» или «концессия на общедоступные услуги».

52. Другой формой ПЧП является выбор организацией-заказчиком частного предприятия для эксплуатации объекта, который был построен правительством или от его имени или же строительство которого финансировалось за счет публичных средств. В рамках такого механизма оператор обязуется эксплуатировать и обслуживать инфраструктуру, и ему предоставляется право взимать плату

за предоставляемые услуги. В таком случае оператор обязуется выплачивать организации-заказчику часть полученных в результате эксплуатации инфраструктуры доходов, которые используются организацией-заказчиком для амортизации затрат на строительство. Такие механизмы именуются в некоторых правовых системах «лизинг» или «сдача в аренду».

с) Частная собственность и эксплуатация частным предприятием

53. Согласно третьему подходу частное предприятие не только занимается эксплуатацией объекта, но также владеет соответствующими активами. В этом случае также могут существовать значительные различия в режимах, применимых к таким проектам в соответствии с внутригосударственным законодательством, например по вопросу о том, сохраняет ли организация-заказчик за собой право возвратить правовой титул на объект или же взять на себя ответственность за его эксплуатацию (см. также главу IV «Внедрение ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 22–28).

54. В том случае, если объект эксплуатируется на основании правительственной лицензии, частное владение физическими активами (например, телекоммуникационной сетью) зачастую осуществляется независимо от лицензии на предоставление услуг населению (например, услуг по междугородной телефонной связи), поскольку такая лицензия может быть при определенных обстоятельствах отозвана компетентным публичным органом. Таким образом частное владение объектом отнюдь не обязательно предполагает наличие неограниченного права на предоставление услуг.

55. Существуют также схемы ПЧП, в которых функции по управлению объектом и предоставлению услуг населению разделены. Такие виды ПЧП обычно используются при строительстве, расширении, модернизации объектов или же при управлении объектами, используемыми неторговыми секторами (т.е. не занимающимися предоставлением товаров или услуг населению за плату), в связи с менее прибыльной публичной деятельностью. В таких механизмах ответственность за предоставление самих общедоступных услуг не передается частному партнеру, а сохраняется за организацией-заказчиком или другой государственной структурой. Поскольку частный партнер не взимает плату или сбор за использование объекта населением, единственным или основным источником дохода является плата, поступающая от организации-заказчика или другой государственной структуры.

4. Финансовые структуры и источники финансирования ПЧП

а) Концепция проектного финансирования

56. Крупномасштабные проекты ПЧП, связанные с сооружением новых объектов инфраструктуры, часто осуществляются новыми компаниями, специаль-

но созданными для этой цели учредителями проекта. Такая новая компания, которую часто называют «проектная компания», становится движущей силой мобилизации средств на осуществление проекта. Поскольку у проектной компании отсутствует составленный кредитный баланс или балансовый отчет, на который могли бы положиться кредиторы, то предпочтение отдается такому механизму финансирования создания новой инфраструктуры, который называется «проектное финансирование». В рамках операций проектного финансирования кредит будет предоставляться в той мере, в которой кредиторы согласятся рассматривать в качестве источника средств для погашения займов, полученных проектной компанией, в первую очередь поток наличности и поступления по проекту. Других гарантий либо не существует, либо они покрывают лишь некоторые ограниченные риски. Поэтому активы и доходы проекта, а также связанные с проектом права и обязанности оцениваются на независимой основе, и между ними и активами акционеров проектной компании проводится четкое разграничение.

57. Проектное финансирование также считается «безоборотным» финансированием ввиду отсутствия права регресса на акционеров проектной компании. Однако на практике кредиторы редко проявляют готовность выделить значительные суммы, необходимые для проектов в области инфраструктуры, исключительно на основе ожидаемого потока денежной наличности или исходя из активов проекта. Кредиторы могут снизить свои риски, включив в проектные документы ряд положений о резервном или вторичном обеспечении или использовав другие средства обеспечения кредита, которое предоставляется акционерами проектной компании, правительством, покупателями или другими заинтересованными третьими сторонами. Такой механизм обычно именуется ограниченным оборотным финансированием.

б) Источники финансирования проектов ПЧП

58. Все более важную роль в развитии инфраструктуры играют методы, служащие альтернативами традиционным методам публичного финансирования. В последние годы новые инвестиционные проекты в области инфраструктуры в различных странах включали проекты, которые финансировались исключительно или в основном за счет частных источников. Двумя основными формами финансирования являются финансирование за счет заемных средств, обычно в форме ссуд, получаемых на коммерческих рынках, и финансирование путем эмиссии акций. Тем не менее существующие источники финансирования не ограничиваются упомянутыми выше.

и) Акционерный капитал

59. Акционерный капитал для ПЧП прежде всего образуется за счет средств учредителей проекта или других индивидуальных инвесторов, заинтересованных в приобретении акций проектной компании. Однако на долю такого акци-

онерного капитала, как правило, приходится лишь определенная часть общих затрат на проект в области инфраструктуры. Для мобилизации коммерческих ссуд или для получения доступа к другим источникам средств в целях удовлетворения потребностей проекта в капитале учредители проекта и другие индивидуальные инвесторы вынуждены предоставлять кредиторам и другим поставщикам капитала преимущественное право на получение выплат, соглашаясь таким образом на то, что их собственные инвестиции будут оплачиваться только после завершения выплат таким другим поставщикам капитала. Поэтому учредители проекта обычно принимают на себя наиболее высокий финансовый риск. В то же время они будут получать наибольшую долю прибыли от проекта после того, как первоначальные инвестиции будут оплачены. Значительный объем инвестиций в акционерный капитал со стороны учредителей проекта обычно приветствуется кредиторами и правительством, поскольку это позволяет снизить долю платежей по погашению задолженности в общем потоке наличных средств проектной компании и служит дополнительной гарантией заинтересованности таких компаний в осуществлении проекта.

ii) Коммерческие ссуды

60. Основным источником средств для финансирования ПЧП часто являются заемные средства. Такие средства можно получить на финансовом рынке, главным образом в форме ссуд, предоставляемых проектной компании национальными или иностранными коммерческими банками, использующими, как правило, средства, мобилизованные за счет краткосрочных или среднесрочных депозитов, по которым такие банки выплачивают проценты по плавающим ставкам. Поэтому коммерческие банки обычно предоставляют ссуды с плавающей процентной ставкой, и срок их погашения, как правило, короче срока осуществления проекта. Тем не менее во всех случаях, когда это возможно и экономически целесообразно с учетом существующих на финансовом рынке условий, банки предпочитают мобилизовывать и предоставлять среднесрочные или долгосрочные ссуды по фиксированным ставкам, с тем чтобы не подвергать себя и проектную компанию в течение продолжительного периода времени риску колебания процентных ставок, а также сократить необходимость в операциях хеджирования. Коммерческие ссуды обычно предоставляются кредиторами при том условии, что их погашение будет производиться в первоочередном порядке по отношению к оплате любых других обязательств заемщика. Поэтому коммерческие ссуды обычно именуется «несубординированными» или «первостепенными» ссудами.

iii) Субординированный долг

61. Третьим видом средств, который обычно используется в таких проектах, являются субординированные ссуды, которые иногда именуется также мезонинным капиталом. Такие ссуды занимают место выше акционерного капитала

в порядке очередности платежей, однако имеют более низкий статус по сравнению с первостепенными ссудами. Такая субординация может быть общей (т.е. в целом может предусматриваться более низкий статус по сравнению с любой первостепенной задолженностью) или специальной, когда в кредитном соглашении конкретно определяются те виды задолженностей, по отношению к которым ссуда является субординированной. Субординированные ссуды зачастую предоставляются по фиксированным ставкам, которые обычно выше ставок по первостепенной задолженности. В качестве дополнительного инструмента привлечения такого капитала или же в некоторых случаях в качестве альтернативы более высоким процентным ставкам кредиторам по субординированным ссудам может быть предоставлена возможность прямого участия в прибылях в результате эмиссии привилегированных или конвертируемых акций или облигаций, причем иногда предусматривается возможность подписки на акции проектной компании по преференциальным ценам.

iv) Институциональные инвесторы

62. Помимо субординированных ссуд, предоставленных учредителями проекта или публичными финансовыми учреждениями, субординированные заемные средства могут быть получены от финансовых компаний, инвестиционных фондов, страховых компаний, коллективных инвестиционных планов (например, взаимных фондов), пенсионных фондов и других так называемых институциональных инвесторов. Такие учреждения, как правило, располагают крупными денежными суммами, которые могут быть направлены на долгосрочные инвестиции и которые могут являться важным источником дополнительного капитала для ПЧП. Основной причиной, побуждающей такие учреждения идти на риск, связанный с предоставлением капитала для ПЧП, являются перспективы получения вознаграждения, а также заинтересованность в диверсификации инвестиций.

v) Финансирование за счет использования рынка капитала

63. Для финансирования проектов ПЧП используются также средства, полученные на рынке капитала. Такие средства могут быть мобилизованы путем размещения привилегированных акций, облигаций и других оборотных долговых обязательств на одной из признанных фондовых бирж. Для публичного предложения оборотных долговых обязательств, как правило, необходимо получить разрешение у соответствующего регулирующего органа, а также обеспечить выполнение требований, применимых в рамках соответствующей правовой системы, например требований в отношении информации, которую необходимо указать в проспекте эмиссии, и — в некоторых правовых системах — требований в отношении предварительной регистрации. Облигации и другие оборотные долговые обязательства могут быть обеспечены только общей репутацией эмитента или же по ним может быть предоставлено обеспечение в виде ипотеч-

ного залога или же другого права удержания какого-либо конкретного имущества.

64. Существующие предприятия общественного пользования с уже устоявшейся коммерческой репутацией, как правило, обладают более широкими возможностями для получения доступа на рынки капитала, чем компании, которые специально создаются для сооружения и эксплуатации какого-либо нового объекта инфраструктуры и которые не имеют необходимого рейтинга кредитоспособности. Так, некоторые фондовые биржи требуют, чтобы компания-эмитент уже имела соответствующую устоявшуюся репутацию в течение определенного минимального срока, прежде чем ей будет разрешено осуществлять эмиссию оборотных долговых обязательств.

vi) Финансирование исламскими финансовыми учреждениями

65. Еще одной группой потенциальных кредиторов являются исламские финансовые учреждения. Такие учреждения действуют в соответствии с нормами и практикой, соответствующими традициям исламского права. Одной из отличительных особенностей банковской деятельности в соответствии с такими нормами является отсутствие выплат по процентам или жесткие ограничения на право взимать проценты и, следовательно, использование других форм вознаграждения за предоставленные заемные средства, например участие в прибылях или прямое участие финансовых учреждений в доходах от сделок их клиентов. Вследствие используемых методов деятельности исламские финансовые учреждения могут быть в большей степени, чем другие коммерческие банки, заинтересованы в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проекта.

vii) Финансирование международными финансовыми учреждениями

66. Важную роль в качестве источников ссуд, гарантий или акционерного капитала для ПЧП могут также играть международные финансовые учреждения. Всемирный банк, Международная финансовая корпорация, а также региональные банки развития принимали участие в финансировании целого ряда проектов, что способствовало активному продвижению ПЧП в осуществлении таких проектов.

67. Международные финансовые учреждения могут также сыграть весьма полезную роль в создании синдикатов для предоставления ссуд на цели осуществления проекта. Некоторые из таких учреждений имеют специальные программы кредитования, в соответствии с которыми они становятся единственными официальными кредиторами по проекту, выступая от своего собственного имени и от имени участвующих банков и принимая на себя ответственность за обработку платежей участников и за последующее получение и распределение полученных от заемщика платежей в погашение ссуды либо в соответствии с конкретными соглашениями, либо на основании других прав, которыми они обладают, имея статус преференциального кредитора. Некоторые международные финансовые учреждения

могут также предоставлять акционерный или мезонинный капитал путем инвестирования средств в действующие на рынке капитала фонды, которые специализируются на ценных бумагах, эмитируемых операторами инфраструктуры. И наконец, международные финансовые учреждения могут предоставлять гарантии от различных политических рисков, что может облегчить задачу проектной компании по мобилизации средств на международном финансовом рынке (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 87–98).

viii) Поддержка со стороны агентств по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

68. Агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию могут оказывать поддержку реализации проекта в форме ссуд, гарантий или сочетания этих двух механизмов. Участие агентств по кредитованию экспорта и содействию инвестированию может нести с собой целый ряд преимуществ, включая более низкие процентные ставки по сравнению со ставками, применяемыми коммерческими банками, и более долгосрочные ссуды, которые в ряде случаев предоставляются по фиксированной процентной ставке (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 99–101).

ix) Комбинация публичных и частных источников финансирования

69. В дополнение к ссудам и гарантиям, предоставленным коммерческими банками и национальными или многосторонними публичными финансовыми учреждениями, в некоторых случаях для финансирования проектов ПЧП публичные средства предоставляются в комбинации с частным капиталом. Источником таких публичных средств могут быть доходы правительства или суверенное заимствование. Такие средства могут использоваться в комбинации с частными средствами в качестве первоначальных инвестиций или в качестве долгосрочных платежей или же могут быть предоставлены в форме правительственных субсидий или гарантий. Правительство может выступать одним из спонсоров проектов в области инфраструктуры путем участия в акционерном капитале проектной компании, что позволяет снизить объем акционерного капитала и заемных средств, которые необходимо мобилизовать из частных источников (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 66 и 67).

5. Основные стороны — участники реализации проектов ПЧП

70. Состав участников проекта ПЧП может в значительной степени различаться в зависимости от конкретного сектора, условий участия частного сектора и механизмов, используемых для финансирования проекта. В нижеследующих пунктах определяются основные стороны, участвующие в реализации типичного проекта ПЧП, предусматривающего сооружение нового объекта инфраструктуры в рамках механизма проектного финансирования.

а) Организация-заказчик и другие публичные органы

71. В реализации проектов ПЧП часто принимают участие различные публичные органы принимающей страны, действующие на общенациональном, региональном или местном уровне. Организация-заказчик является основным органом, отвечающим за проект в рамках правительства. Кроме того, для осуществления проекта может потребоваться активное участие (например, для выдачи лицензий или разрешений) других публичных органов, помимо организации-заказчика, на том же или на другом уровне правительства. Такие органы играют принципиально важную роль в реализации проектов ПЧП.

72. Организация-заказчик или другой публичный орган, как правило, определяет проект в соответствии со своей политикой в области развития инфраструктуры в соответствующем секторе (см. главу II «Планирование и подготовка проектов»), а также определяет такой характер участия частного сектора, который будет способствовать наиболее эффективному функционированию объекта инфраструктуры (см. пункты 48–55 выше). После этого организация-заказчик осуществляет процедуры, в результате которых заключается договор с отобранным частным партнером (см. главу III «Решение заключить договор»). Кроме того, в течение всего срока осуществления проекта правительство, возможно, должно будет оказывать различную поддержку законодательного, административного, регламентационного и в некоторых случаях финансового характера, с тем чтобы обеспечить успешное сооружение и надлежащую эксплуатацию объекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 56–86). Наконец, в рамках некоторых проектов правительство может стать конечным собственником объекта.

б) Проектная компания и учредители проекта

73. Проекты ПЧП обычно реализуются совместным предприятием, в состав которого входят строительные и проектно-конструкторские компании, а также поставщики капитального оборудования, которые заинтересованы в том, чтобы стать основными подрядчиками или поставщиками по проекту. Компании, участвующие в таком совместном предприятии, в настоящем *Руководстве* называются учредителями проекта. Такие компании будут активно участвовать в разработке проекта на начальных этапах, и их способность сотрудничать друг с другом и привлекать других надежных партнеров станет важнейшим условием своевременного и успешного завершения работ. Кроме того, важным фактором обеспечения долгосрочной жизнеспособности проекта является участие компании, обладающей опытом эксплуатации объектов, подобных сооружаемому. Если, как это имеет место в случае большинства проектов, учредители проекта создают самостоятельное юридическое лицо, в число участников могут также входить другие акционеры-инвесторы, не участвующие каким-либо иным образом в реализации проекта (как правило, речь идет об институциональных инве-

сторах, инвестиционных банках, двусторонних или многосторонних кредитных учреждениях, а иногда также и о правительстве или находящейся в правительственной собственности корпорации). Иногда — если проектная компания должна быть учреждена в соответствии с законами принимающей страны (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 13–20) — правительство поощряет участие местных инвесторов.

с) Кредиторы

74. Риски, с которыми сталкиваются кредиторы в рамках проектного финансирования, будь то безоборотное или ограниченное оборотное финансирование, гораздо выше, чем при обычных сделках. Это особенно верно в тех случаях, когда обеспечительную стоимость соответствующих физических активов (например, дороги, моста или туннеля) получить весьма трудно по причине отсутствия рынка, на котором такие активы могут быть беспрепятственно реализованы, или существования препятствий для обращения взыскания на такие активы или для вступления во владение ими. Это обстоятельство влияет не только на условия, на которых предоставляются ссуды (например, обычно более высокая стоимость проектного финансирования и наличие многочисленных условий предоставления финансовых средств), но и на практические возможности привлечения средств.

75. Вследствие значительных масштабов инвестиций, необходимых для проектов ПЧП, ссуды довольно часто предоставляются в форме «синдицированных» кредитов, при этом один или несколько банков играют ведущую роль в проведении переговоров по согласованию финансовых документов от имени других участвующих финансовых учреждений, главным образом коммерческих банков. Коммерческие банки, которые специализируются на кредитовании определенных отраслей экономической деятельности, обычно не проявляют готовности брать на себя риски, с которыми они не знакомы (обсуждение связанных с проектами рисков и их распределения см. в главе II «Планирование и подготовка проектов», пункты 23–45). Так, например, учреждения, занимающиеся долгосрочным кредитованием, могут быть не заинтересованы в предоставлении краткосрочных ссуд для финансирования сооружения инфраструктуры. Поэтому при крупномасштабных проектах участие в осуществлении различных этапов проектов часто принимают различные кредиторы. Во избежание споров, которые могут возникнуть в результате коллизии действий отдельных кредиторов, или споров между кредиторами в отношении погашения их ссуд кредиторы, предоставляющие средства на крупные проекты, иногда выделяют кредиты на основании общего соглашения о кредитовании. В тех случаях, когда различные кредитные механизмы предоставляются на основании отдельных соглашений о кредитовании, кредиторы обычно заключают так называемое межкредиторское соглашение. Межкредиторское соглашение, как правило, содержит положения, касающиеся таких вопросов, как осуществление выплат на пропорциональной основе или в определенном порядке очередности; условия объявления событий, влекущих за собой отказ от испол-

нения обязательств, и сокращение срока погашения кредита; а также координация процедур обращения в собственность кредиторов обеспечения, предоставленного проектной компанией. Основные элементы юридической защиты, требуемой кредиторами, также рассматриваются в главе IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», раздел E (Обеспечительные интересы), подраздел 2 (Обеспечительные интересы в нематериальных активах), и главе VII «Другие области права», раздел B (Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам), подраздел 3 (Обеспечительные интересы).

d) Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

76. Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию сталкиваются по существу с теми же проблемами, что и другие кредиторы проекта. Помимо этого они будут особенно заинтересованы в том, чтобы реализация проекта и его функционирование не противоречили конкретным программным целям таких учреждений и агентств. Международные финансовые учреждения уделяют все более пристальное внимание воздействию проектов в области инфраструктуры на окружающую среду и их жизнеспособности в долгосрочном плане. Международные финансовые учреждения, предоставляющие ссуды на осуществление проекта, будут также тщательно анализировать методы и процедуры, применяемые при выборе частного партнера. Многие глобальные и региональные финансовые учреждения, а также национальные учреждения по финансированию развития разработали руководящие принципы или другие требования в отношении закупок, производимых за счет предоставляемых ими средств, которые обычно отражены в их стандартных кредитных соглашениях (см. также главу III «Решение заключить договор», пункт 17; см. также *Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках*).

e) Страховщики

77. Обычно по проекту в области инфраструктуры заключаются договоры страхования от случайных происшествий в отношении сооружений и оборудования, страхования риска гражданской ответственности и страхования компенсации, выплачиваемой работникам. Другими возможными видами страхования являются страхование на случай прерывания производственной деятельности, перерывов в поступлении наличных средств или на случай превышения затрат (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 128 и 129). Такие виды страхования, как правило, предлагаются на рынке коммерческого страхования, хотя возможности коммерческого страхового покрытия в отношении чрезвычайных обстоятельств, выходящих за рамки контроля сторон (например, войны, мятежи, акты вандализма, землетрясения или ураганы), могут быть ограничены. Частный рынок страхования играет все более

важную роль в обеспечении страхового покрытия в связи с некоторыми видами политических рисков, таких как расторжение договора, неисполнение публичным органом своих договорных обязательств или необоснованное требование независимых гарантий. В некоторых странах страховщики предлагают комплексные страховые пакеты, цель которых состоит в том, чтобы учесть определенные риски, не покрытые в результате пробелов между отдельными полисами страхования. В дополнение к частному страхованию гарантии от политических рисков могут быть предоставлены международными финансовыми учреждениями, например Всемирным банком, Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям и Международной финансовой корпорацией, а также региональными банками развития или агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 87–101).

f) Независимые эксперты и консультанты

78. Независимые эксперты и консультанты играют весьма важную роль на различных этапах реализации ПЧП. Опытные компании обычно стремятся дополнить потенциал своих собственных технических экспертов услугами внешних экспертов и консультантов, например финансовых экспертов, а также международных консультантов по юридическим вопросам или консультативных компаний по архитектурно-строительным и инженерно-техническим вопросам. Консультантами учредителей проекта часто выступают торговые и инвестиционные банки, которые оказывают помощь в организации финансирования и в составлении намечаемого проекта, т.е. в проведении такой работы, которая, хотя и имеет принципиально важное значение для проектного финансирования, существенно отличается от собственно финансирования. Независимые эксперты могут консультировать кредиторов проекта, например, в вопросах оценки связанных с проектом рисков в конкретной принимающей стране. Они могут также оказывать помощь публичным органам в разработке стратегий развития инфраструктуры в отдельных секторах и в подготовке надлежащей нормативно-правовой базы. Кроме того, независимые эксперты и консультанты могут оказывать помощь организации-заказчику в подготовке технико-экономических обоснований и других предварительных исследований, в составлении запросов предложений или стандартных договорных условий и спецификаций, в оценке и сопоставлении предложений или в проведении переговоров по договору о ПЧП.

79. Помимо частных организаций ряд межправительственных организаций (например, ЮНИДО и региональные комиссии Экономического и Социального Совета) и международных финансовых учреждений (например, Всемирный банк и региональные банки развития) имеют специальные программы, в рамках которых они могут предоставлять такого рода техническую помощь непосредственно правительствам или же оказывать содействие правительствам в выявлении квалифицированных консультантов.

I. Общая нормативно-правовая и институциональная база

A. Общие замечания

1. ПЧП являются одним из вариантов, которые правительства могут использовать для развития инфраструктуры или приобретения объектов или систем, необходимых для предоставления общедоступных услуг или для использования публичным органом. Для привлечения частных инвестиций в те проекты, которые правительство считает целесообразным реализовывать в форме ПЧП, необходима соответствующая нормативно-правовая база. И странам, которые собираются принять новое законодательство, и странам, в которых уже существует такая нормативно-правовая база, необходимо обеспечить четкую разработку соответствующих законодательных актов и норм регулирования с соблюдением основополагающих принципов эффективного управления и устойчивого развития и сделать их всеобъемлющими, но при этом достаточно гибкими, с тем чтобы учитывать цели и политику страны в области развития инфраструктуры и идти в ногу с техническим прогрессом и развитием рынка в различных секторах инфраструктуры. В настоящей главе рассматриваются некоторые общие вопросы, которые следует учитывать национальным законодательным органам при создании или пересмотре нормативно-правовой базы для ПЧП в интересах достижения вышеупомянутых целей. В разделе В (пункты 2–28) рассматриваются руководящие принципы и варианты создания нормативно-правовой базы для ПЧП; раздел С (пункты 29–36) касается объема полномочий для осуществления проектов в форме ПЧП; а в разделе D (пункты 37–60) приводится обзор институциональных и процедурных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры.

B. Руководящие принципы и варианты создания нормативно-правовой базы для ПЧП

2. В настоящем разделе рассматриваются общие руководящие принципы, на которых должна основываться нормативно-правовая база для ПЧП. Кроме того, в нем указываются возможные последствия для реализации некоторых таких проектов, которые могут обуславливаться конституционными нормами прини-

мающей страны. И наконец, в этом разделе вкратце рассматриваются возможные варианты применительно к уровню и виду документов, которые, возможно, потребуется принять стране, и к сфере их применения.

1. Общие руководящие принципы создания нормативно-правовой базы для ПЧП

3. Цели в области устойчивого развития отражают, в частности, стремление государств — членов Организации Объединенных Наций «развивать качественную, надежную, устойчивую и стойкую инфраструктуру, включая региональную и трансграничную инфраструктуру, в целях поддержки экономического развития и благополучия людей, уделяя особое внимание обеспечению недорогого и равноправного доступа для всех»¹. Нормативно-правовая база для ПЧП является одним из инструментов политики, которую страна может использовать для осуществления своей стратегии развития публичной инфраструктуры и общедоступных услуг, и ее следует разрабатывать и внедрять таким образом, чтобы это отвечало стратегии страны и способствовало достижению ее целей.

4. Таким образом, при изучении вопроса о принятии законодательных актов и норм регулирования для реализации ПЧП или при рассмотрении адекватности существующих нормативно-правовых основ национальные законодательные и регулирующие органы, возможно, пожелают принять во внимание некоторые международно признанные принципы эффективного управления и устойчивого развития. Например, Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций признала «важность справедливой, стабильной и предсказуемой юридической основы для обеспечения всеохватного, устойчивого и равноправного развития, экономического роста и занятости, мобилизации инвестиций и содействия развитию предпринимательства»². Точно так же в соответствии с пунктом 1 статьи 5 почти универсально принятой Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции³ каждое государство-участник «разрабатывает и осуществляет или проводит эффективную и скоординированную политику противодействия коррупции, способствующую участию общества и отражающую принци-

¹ Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года (резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 25 сентября 2015 года), цель 9.1.

² «Мы признаем важность справедливой, стабильной и предсказуемой юридической основы для обеспечения всеохватного, устойчивого и равноправного развития, экономического роста и занятости, мобилизации инвестиций и содействия развитию предпринимательства и в этой связи мы высоко оцениваем деятельность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в деле модернизации и согласования права международной торговли». (Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года).

³ Конвенция была принята резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 31 октября 2003 года и вступила в силу 14 декабря 2005 года.

пы правопорядка, надлежащего управления публичными делами и публичным имуществом, честности и неподкупности, прозрачности и ответственности». Эти и другие принципы, преследующие, в частности, цель обеспечить максимальную выгоду от ПЧП и ставшие стимулом для принятия законодательных мер в различных странах, кратко обсуждаются в нижеследующих пунктах.

а) Публичные интересы

5. Поскольку ПЧП являются инструментом реализации стратегии и политики страны в области развития инфраструктуры и общедоступных услуг, нормативно-правовая база ПЧП должна способствовать поощрению и защите публичных интересов. В контексте ПЧП публичные интересы означают, с одной стороны, интересы правительства как поставщика и регулятора услуг в области инфраструктуры и общедоступных услуг и, с другой стороны, как покупателя, пользователя и, возможно, владельца или оператора объектов или систем, разработанных в рамках ПЧП, или стороны договора о ПЧП. Законодательный орган должен надлежащим образом учитывать каждый из этих аспектов. Хотя в *Руководстве* основной акцент сделан на роли организации-заказчика как стороны договора о ПЧП (этот вопрос подробно обсуждается, в частности, в главе IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП» и главе V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП»), в нем также уделено внимание и роли правительства как регулятора услуг в области инфраструктуры и общедоступных услуг (см., в частности, настоящую главу, пункты 37–60), а также управляющего и попечителя публичной собственности и ресурсов (см., в частности, главу III «Решение заключить договор»).

6. Публичные интересы в контексте ПЧП также означают интересы граждан и компаний страны как пользователей инфраструктуры, как потребителей и пользователей создаваемых ею услуг или товаров или как конечных бенефициаров общедоступных услуг, которые предоставляются при поддержке объектов или систем, разработанных в рамках ПЧП. В конечном итоге публичный интерес касается общин, которые могут быть прямо затронуты разработкой или осуществлением проекта, особенно в рамках крупных инфраструктурных проектов. В этом плане законодательная база для ПЧП должна учитывать особый режим регулирования для конкретного вида инфраструктуры или сектора услуг и должна согласовываться с ним (см., в частности, настоящую главу, пункты 37–60; и главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 88–106), а также общие нормы, касающиеся защиты потребителей (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 50 и 51).

б) Прозрачность

7. Прозрачная нормативно-правовая база характеризуется четкими и доступными правилами, а также эффективными процедурами для их применения.

Прозрачные правила и административные процедуры обуславливают предсказуемость, что позволяет представителям частного сектора оценить затраты и риски, связанные с инвестициями, и, таким образом, предложить наиболее выгодные условия. Прозрачные правила и административные процедуры могут также содействовать открытости, если приняты положения, требующие опубликования административных решений, включая, если это уместно, обязанность указывать основания, на которых были приняты такие решения, и раскрывать информацию, представляющую публичный интерес. Они также служат барьером для произвольных или ненадлежащих действий или решений со стороны организации-заказчика или ее должностных лиц и таким образом способствуют укреплению доверия к национальной программе развития ПЧП.

8. Прозрачные правила и процедуры являются основой для осуществления дискреционных полномочий при реализации проектов ПЧП. Прозрачные правила и процедуры в надлежащих случаях ограничивают осуществление дискреционных полномочий, позволяя контролировать их и, при необходимости, оспаривать. Прозрачные правила и административные процедуры являются ключевым элементом повышения подотчетности за действия или решения, принимаемые правительством, что позволяет обеспечивать честность и доверие общественности. Прозрачный свод правил и административных процедур, регулирующих планирование и реализацию проектов ПЧП, облегчит оценку программы и отдельных проектов ПЧП в стране в плане их ожидаемых результатов.

9. Прозрачность правил и административных процедур необходима на протяжении всего срока осуществления проектов ПЧП — начиная с планирования и разработки проектов и заканчивая эксплуатацией инфраструктуры и предоставлением услуг гражданам. Прозрачная нормативно-правовая база для ПЧП может предусматривать, например, опубликование ключевых решений по реализации проекта, включая обоснование выбора ПЧП в каждом конкретном случае в свете требования об обязательном рассмотрении и оценке проекта организацией-заказчиком (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 1–4 и 5–22). Прозрачность особенно важна при принятии решений о заключении договора о ПЧП, и в этой связи в *Руководстве* особо выделено пять ключевых аспектов: публичное раскрытие информации о нормативно-правовой базе; опубликование информации о возможностях в связи с проектами; предварительное определение и опубликование ключевых условий проекта, по которым должны оцениваться предложения; гласное проведение процесса в соответствии с установленными правилами и процедурами; и наличие системы контроля за соблюдением этих правил и обеспечения их соблюдения, если это необходимо (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 14–16, 27, 75–76, 133–143). Прозрачность на этапе эксплуатации инфраструктуры может также предусматривать, со стороны организации-заказчика или регулирующего органа, публичное раскрытие специальной информации, касающейся частного партнера, например финансовой отчетности или производительной документации

(см. пункты 15–49; см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 103 и 104).

с) Справедливость, стабильность и предсказуемость

10. С принципом прозрачности тесно связано требование создания справедливой, стабильной и предсказуемой нормативно-правовой базы для ПЧП. Законодательные акты и нормы регулирования являются теми инструментами, с помощью которых правительства регулируют и обеспечивают предоставление общедоступных услуг своим гражданам. В то же время они служат средствами, позволяющими поставщикам общедоступных услуг и их клиентам защищать свои права. Справедливая нормативно-правовая база учитывает различные (а иногда и противоречивые) интересы правительства, поставщиков общедоступных услуг и их клиентов и призвана установить справедливый баланс между ними. Коммерческие соображения представителей частного сектора, право пользователей на получение надлежащих услуг (в смысле как качества, так и цены), ответственность правительства за обеспечение непрерывного предоставления основных услуг и его роль в содействии развитию национальной инфраструктуры — вот лишь некоторые моменты, заслуживающие соответствующего признания в законодательстве.

11. Наличие стабильной нормативно-правовой базы имеет особенно важное значение для ПЧП в свете, как правило, продолжительного срока реализации проектов в области инфраструктуры. Частные партнеры должны иметь возможность прогнозировать и оценивать риски и возможные изменения в ходе жизненного цикла проекта, с тем чтобы мобилизовать необходимые ресурсы и принять необходимые меры для смягчения последствий предполагаемых рисков. Организация-заказчик и общественность тоже должны быть в состоянии полагаться на непрерывность услуг и условия, на которых они предоставляются. Естественно, нормативно-правовая база для ПЧП должна быть такой, чтобы ее можно было адаптировать к меняющимся потребностям (см. пункт 28; см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 88–102). Однако необоснованные, несвоевременные или произвольные изменения законодательства и норм регулирования дестабилизируют работу частных партнеров, подрывают основу взаимного доверия, необходимую для успешной реализации ПЧП, и в конечном итоге ставят под угрозу цели и политику правительства в области развития инфраструктуры и общедоступных услуг.

12. Стабильная нормативно-правовая база для ПЧП будет способствовать повышению предсказуемости административных или судебных решений в отношении принятия решений о заключении соглашений о проектах ПЧП и их осуществлении. Это будет иметь положительные последствия для всех заинтересованных сторон. Например, частный партнер сможет более эффективно осуществлять планирование и управление проектом, если он сможет полагаться на

предсказуемые результаты различных административных процедур, которые необходимо выполнить в ходе реализации проекта (разрешения на строительство и зонирование, технические инспекции или регулятивные решения). Организация-заказчик может сама зависеть от последствий принятия решений другими органами и также будет выигрывать от предсказуемого процесса. Для населения тоже будет удобна система, при которой оно, например, сможет рассчитывать на предсказуемое принятие и осуществление решений, касающихся условий предоставления общедоступных услуг, когда именно это и является целью ПЧП, в соответствии с действующим законодательством и нормами регулирования, а не под воздействием посторонних соображений. Разумные и четкие правила также важны для обеспечения предсказуемости, как и эффективность административных процедур, а также квалификация и профессиональная подготовка лиц, отвечающих за обеспечение соблюдения нормативно-правовой базы.

д) Надлежащее управление, добросовестность и подотчетность

13. В зависимости от типа проекта или характера соответствующего объекта или системы ПЧП может включать управление публичной собственностью, распределение публичных средств или и то и другое. Поэтому крайне важно, чтобы действующие законодательные акты и нормы регулирования устанавливали надлежащие гарантии для недопущения злоупотреблений, незаконного присвоения или других форм ненадлежащего управления публичным имуществом или средствами. Много положений по этому вопросу можно найти в законодательных актах и нормах, регулирующих публичную собственность, или в административных процедурах, требованиях в отношении бюджетного и бухгалтерского контроля, а также в уголовном законодательстве (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 55–57). В любом случае в свете масштабов некоторых проектов ПЧП правительство должно убедиться в том, что действие соответствующего административного и уголовного законодательства будет распространяться и на ПЧП, и эти ПЧП не будут использоваться не по назначению в целях уклонения от применимых мер контроля. Что касается конкретных законодательных актов, касающихся ПЧП или секторов инфраструктуры, в которых могут быть созданы ПЧП, то здесь важно обеспечить, чтобы положения, касающиеся планирования ПЧП, решений заключить договор, содержания договора и функционирования объекта или системы инфраструктуры, способствовали внедрению наилучших видов практики управления публичной собственностью и средствами и не содержали лазеек, побуждающих к совершению ненадлежащих действий.

14. С необходимостью не допускать ненадлежащего управления публичной собственностью или средствами тесно связано требование обеспечивать беспристрастность при принятии решений о заключении и исполнении договоров о ПЧП. И здесь, как и в других сводах законодательных актов, обычно устанавли-

ливаются материально-правовые нормы, касающиеся обеспечения добросовестности, в виде положений уголовного законодательства, норм административного права и кодексов поведения. Одна из основных проблем в деле обеспечения добросовестности заключается в необходимости предотвращать коллизии интересов на основных этапах ПЧП — от планирования и проведения процедур торгов вплоть до завершения проекта. Масштабы многих проектов ПЧП, длительный, как правило, срок их осуществления и необходимость постоянного взаимодействия между должностными лицами правительства, представителями организации-заказчика и сотрудниками или представителями частного партнера могут создавать почву и многочисленные возможности для взяточничества, вымогательства или другой коррупционной практики. Крайне важно обеспечить, чтобы должностные лица организации-заказчика не получали прямой или косвенной выгоды от проекта или их операций с частным партнером. Частный партнер тоже не должен оказывать ненадлежащее воздействие на то или иное должностное лицо, участвующее в разработке, выборе, осуществлении или регулировании проекта. Необходимые гарантии должны быть обеспечены на этапах разработки проекта — посредством проведения независимых исследований (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–22 и 49–52), принятия решения о заключении договора — посредством применения конкурентных процедур (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 85–86, 92 и 103–104) и в ходе эксплуатации — посредством осуществления надлежащего контроля и надзора (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 103 и 104). Помимо экономического и финансового ущерба коррупционная практика в рамках ПЧП может иметь серьезные негативные последствия для населения в целом, особенно в тех случаях, когда ПЧП занимается предоставлением общедоступных услуг или управляет инфраструктурой, используемой населением. Ведь коррупционная практика часто приводит к проявлению необоснованной мягкости в смысле снижения требований к соблюдению техники безопасности, мер предосторожности или стандартов качества, что может стать причиной несчастных случаев или возникновения других опасностей, которые могут причинить ущерб имуществу или поставить под угрозу здоровье или жизнь граждан.

15. Эффективная система обеспечения беспристрастности должна реализовываться с помощью эффективной системы подотчетности. Здесь также важно найти действенные механизмы в других областях права, в частности в уголовном и административном законодательстве и нормах, регулирующих расследование и судебное разбирательство по уголовным делам (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 55–57). Законодательные акты и нормы регулирования, являющиеся специфическими для ПЧП, могут способствовать обеспечению подотчетности путем установления соответствующих требований в отношении раскрытия информации и представления отчетов, а также предоставления организации-заказчику или другому соответствующему органу правительства возможности проверять счета или

иным разумным образом запрашивать соответствующую информацию у частного партнера (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 103 и 104).

е) Экономичность и эффективность

16. В нормативно-правовой базе и основах регулирования, включая процедуры в области бюджета и ассигнований средств, должны быть установлены условия, необходимые для обеспечения экономичности и эффективности проектов ПЧП на протяжении всего жизненного цикла (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 44–46). Прежде чем приступить к выбору партнера по проекту, организация-заказчик должна провести тщательный анализ в том, что касается планирования и технической осуществимости, изучив, в частности, насколько ПЧП поможет оптимизировать использование ресурсов при достижении намеченной цели соответствующего проекта (или анализ соотношения затрат и получаемой выгоды). Проекты ПЧП должны получать поддержку только в том случае, если такие оценки показывают, например: *а)* что проект обеспечивает оптимальное соотношение между затратами, временем и другими ресурсами и качеством основного продукта проекта; *б)* что в случае структурной организации проекта как ПЧП он, как ожидается, обеспечит предоставление услуг требуемого уровня при более низком объеме затрат, времени и других ресурсов без снижения качества этих услуг по сравнению с тем, что было бы в противном случае; и *с)* что ПЧП обеспечит предоставление услуг более высокого по сравнению с требуемым уровня или позволит достичь более эффективного возврата инвестиций в проект в плане затрат, времени и других ресурсов по сравнению с тем, что было бы в противном случае (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 6–16).

ф) Долгосрочная устойчивость

17. В числе важных целей политики в области развития инфраструктуры страны являются обеспечение долгосрочного предоставления общедоступных услуг, постоянное повышение качества инфраструктуры и достижение экономической, экологической и социальной устойчивости. ПЧП — это один из инструментов, которые страна может использовать для осуществления своей политики, и поэтому законодательные акты и нормы регулирования, касающиеся конкретно ПЧП, должны содействовать достижению этих целей. Для обеспечения устойчивости проектов в области инфраструктуры абсолютно необходимы надлежащее планирование и подготовка, особенно если они реализуются как ПЧП. К числу позитивных мер — с точки зрения общей политики — относятся разработка генерального плана развития инфраструктуры, включая общедоступные услуги, и установление приоритетных секторов, проектов или видов проектов исходя из социально-экономических соображений, финансовых последствий,

воздействия на процесс устойчивого развития, а также других соответствующих факторов.

18. Надлежащее планирование и подготовка отдельных проектов требуют тщательного выбора типа проекта на основе финансового и другого потенциала организации-заказчика (например, идет ли речь о публичных закупках и операциях или о каком-либо конкретном виде ПЧП). Нереалистичные представления относительно преимуществ или издержек, связанных с той или иной моделью ПЧП, могут свести на нет планы развития инфраструктуры с помощью ПЧП, и необходимо стремиться в максимально возможной степени избегать этого путем тщательного планирования и оценки проектов на ранних этапах (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–22). Так, несовершенное планирование или недостаточно проработанные правила или процедуры могут привести к формированию не отвечающих надлежащим требованиям договорных или регулятивных механизмов функционирования и обслуживания публичной инфраструктуры, существенному ограничению эффективности работы во всех секторах инфраструктуры, снижению качества обслуживания и увеличению расходов правительства или пользователей. С законодательной точки зрения важно обеспечить, чтобы принимающая страна обладала институциональным потенциалом для выполнения различных задач, возложенных на публичные органы, которые участвуют в ПЧП на различных этапах их реализации (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 46–55). Одним из возможных методов определения правительством готовности своих учреждений заниматься проектами ПЧП является проведение оценки его потенциала в области публичных инвестиций, включая обзор учреждений, отвечающих за национальное и отраслевое планирование, составление инвестиционных бюджетов, оценку и отбор проектов, руководство реализацией проектов и его мониторинг, а также соответствующих процедур. Эффективность использования общих институциональных и административных ресурсов страны имеет важнейшее значение для обеспечения устойчивости проектов ПЧП, и страны, возможно, пожелают использовать надлежащий инструментарий, отражающий наилучшие виды практики, при оценке его пригодности для обеспечения устойчивости управления проектами ПЧП⁴.

г) Конкуренция

19. Другим фактором, способствующим укреплению долгосрочной устойчивости ПЧП в контексте национальной политики в области инфраструктуры, является установление правильного баланса между функционированием инфраструктуры и предоставлением общедоступных услуг на конкурентной и

⁴ Международный валютный фонд, например, разработал Оценку управления публичными инвестициями (PIMA), чтобы помочь странам оценить эффективность методов управления публичными инвестициями (см. <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>).

монопольной основах. Конкуренция может способствовать сокращению общих затрат и обеспечивать более значительные резервные мощности для предоставления важнейших услуг. В ряде секторов конкуренция также способствовала повышению рентабельности инвестиций в инфраструктуру, более тщательному учету потребностей потребителей и повышению качества общедоступных услуг, что содействовало улучшению коммерческого климата во всех секторах экономики (см. также «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 27–44).

20. Что касается законодательных актов и норм регулирования, непосредственно затрагивающих ПЧП, то здесь конкуренция имеет два аспекта. С одной стороны, масштабы конкуренции в рассматриваемом секторе или сфере деятельности являются одним из элементов, которые организация-заказчик должна изучить на этапе планирования проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 21 и 22). Проведенная организацией-заказчиком оценка должна служить основой при определении, должен ли частный партнер иметь исключительное право на эксплуатацию инфраструктуры или предоставление соответствующих услуг в рамках ПЧП или нет и сможет ли данный сектор или рынок выиграть от конкуренции. С другой стороны, конкуренция обычно является одним из структурных элементов систем публичных закупок и преследует цель максимально повысить экономичность (или выгоды, получаемые с учетом произведенных затрат) в публичном секторе. Конкуренция за договоры в рамках ПЧП в форме жесткого соперничества между потенциальными инвесторами и частными субъектами за получение возможности заключить договор о ПЧП может снизить общие издержки и другие потребности в ресурсах, повысить продуктивность инвестиций в инфраструктуру, активизировать реакцию на потребности клиентов и, соответственно, помочь добиться повышения качества общедоступных услуг. Конкуренция способна улучшить соотношение затрат и получаемой выгоды при ПЧП и одновременно повысить вероятность достижения намеченных результатов в рамках соответствующего проекта. Конкуренция также является одним из принципов, которые должны служить руководством для внутренних систем публичных закупок в соответствии с пунктом 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. Поэтому в *Руководстве* настоятельно рекомендуется использовать конкурентные процедуры при заключении договора о ПЧП (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 1, 2, 17 и 18). Содействие участию потенциальных инвесторов и частных субъектов в ПЧП является одним из основных предварительных условий для конкуренции за заключение договоров о ПЧП. Однако в процедурах закупок, рекомендованных в *Руководстве*, признается, что в контексте сложных инфраструктурных проектов конкуренция становится наиболее эффективной при ограничении числа участников. Этот очевидный парадокс объясняется двумя причинами: во-первых, из-за технической, коммерческой и финансовой сложности большинства проектов ПЧП изучение организацией-заказчиком потенциально большого количества предложений становится весьма обремени-

тельным и трудоемким процессом и требует больших ресурсов; во-вторых, высокие расходы на участие в этой процедуре затрудняют участие в ней частных субъектов, если только они не считают свои шансы на заключение в конечном итоге договора достаточно разумными. Соответственно процедуры закупок, рекомендуемые в настоящем *Руководстве*, начинаются с процесса определения ограниченного числа высококвалифицированных потенциальных партнеров (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 34–50).

2. Конституционное право и ПЧП

21. В конституционном праве ряда стран содержатся ссылки на обязанность государства обеспечить предоставление общедоступных услуг. В одних странах перечисляются секторы инфраструктуры и услуг, входящие в сферу ответственности государства, а в других задача определения таких секторов делегируется законодательным органам. В конституциях некоторых стран предоставление ряда общедоступных услуг резервируется исключительно за государством или за специально созданными публичными предприятиями. В то же время в других конституциях государству разрешается задействовать частные предприятия в развитии и эксплуатации инфраструктуры и предоставлении общедоступных услуг. В ряде стран установлены ограничения на участие иностранцев в деятельности некоторых секторов или действуют требования о том, что государство должно участвовать в капитале компаний, предоставляющих общедоступные услуги.

22. Странам, желающим использовать ПЧП для развития публичной инфраструктуры и общедоступных услуг, важно провести оценку вопроса о том, устанавливают ли действующие конституционные нормы возможные ограничения на их реализацию. В некоторых странах неопределенность в отношении нормативно-правовой базы для ПЧП может задерживать их реализацию или даже препятствовать им. Опасения, что ПЧП, возможно, противоречат конституционным нормам, касающимся государственной монополии или предоставления общедоступных услуг, приводили к судебным спорам, что оказывало неблагоприятное воздействие на осуществление проектов ПЧП.

23. Кроме того, важно принимать во внимание конституционные нормы, касающиеся собственности на землю или объекты инфраструктуры. Конституционное право одних стран содержит ограничения на частное владение землей и некоторыми средствами производства. В других странах частная собственность признается, однако конституция объявляет все или некоторые виды инфраструктуры собственностью государства. Подобные ограничения могут представлять собой препятствие для осуществления проектов, предусматривающих частную эксплуатацию соответствующего объекта инфраструктуры или его частную эксплуатацию и частную собственность на него (более подробно см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 22–28).

3. *Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам*

24. Законодательство играет ключевую роль в укреплении доверия к ПЧП. Нормативно-правовая база для ПЧП будет, как правило, включать основное законодательство или свод законов, подзаконные акты или декреты, внутренние правила и инструкции, основанные на политических решениях, принятых законодательными органами и правительством. Законодательство, как правило, отражает политическую приверженность, предусматривает конкретные юридические права и может представлять собой важную гарантию стабильности нормативно-правового режима благодаря установлению общих норм, в соответствии с которыми принимаются решения о подрядах и осуществляются проекты. Законодательные акты, регулирующие выдачу подрядов и осуществление проектов ПЧП, в том числе законодательство по отдельным секторам, обычно дополняются законами и нормами регулирования по другим различным вопросам, включая международные обязательства страны по налогообложению или защите инвестиций, и должны согласовываться с ними (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6).

25. В одних странах в свете конституционных норм или законодательной практики может возникнуть необходимость в принятии специального законодательства, касающегося конкретных проектов. В других странах с устоявшимися традициями выдачи частному сектору концессий на предоставление общедоступных услуг полномочия правительства на выдачу частному сектору подрядов на выполнение любой осуществляемой публичным сектором деятельности, обладающей определенной экономической ценностью, которая позволяет осуществлять проведение такой деятельности частными субъектами, предусматриваются в общем законодательстве. Общее законодательство такого вида создает базу для обеспечения единообразного регулирования вопросов, являющихся общими для всех ПЧП в различных секторах инфраструктуры.

26. В то же время в рамках общего законодательства уже в силу его характера обычно невозможно учесть все конкретные потребности различных секторов. Даже в тех странах, которые приняли общее законодательство, регулирующее общесекторальные вопросы, было сочтено, что дополнительное законодательство, касающееся конкретных секторов, позволит законодателям разработать нормы, учитывающие рыночную структуру в каждом секторе (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 28–44). Следует отметить, что во многих странах специальное законодательство по отдельным секторам принималось в период, когда национальная инфраструктура в значительной степени или даже полностью охватывалась государственной монополией. Странам, заинтересованным в стимулировании инвестиций частного сектора в инфраструктуру, целесообразно провести обзор действующего специального законодатель-

ства по отдельным секторам, с тем чтобы определить его приемлемость для ПЧП. Страны, которые рассматривают вопрос о принятии общего закона о ПЧП, возможно, пожелают использовать эту возможность для пересмотра и изменения при необходимости действующих специальных законодательных актов по отдельным секторам, с тем чтобы обеспечить их согласованность с общим законодательством по ПЧП или же иным образом четко указать, какой текст имеет преимущественную силу в случае коллизии правовых норм (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 5–8).

27. Кроме того, специальное законодательство по отдельным секторам может сыграть важную роль в создании базы для регулирования отдельных секторов инфраструктуры (см. пункты 40–60 ниже). Рекомендации по законодательным вопросам особенно полезны для тех стран, которые находятся на начальных этапах создания или развития национальных механизмов регулирования. Такое законодательство также представляет собой важную гарантию того, что свобода действий осуществляющих регулирование органов при выполнении ими своих функций не является неограниченной, а определяется параметрами, установленными законом. В то же время в целом целесообразно избегать принятия жестких или излишне детализированных законодательных положений, регулирующих договорные аспекты реализации ПЧП, поскольку в большинстве случаев подобные нормы не будут отвечать долгосрочному характеру этих партнерств (более подробно см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 2–4; и главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 2–6).

28. Многие страны использовали законодательный подход для закрепления общих принципов организации секторов инфраструктуры и установления базовых программных, институциональных и регулятивных рамок. В то же время законодательство, возможно, не является наилучшим инструментом для закрепления подробных технических и финансовых требований. Для установления более детальных правил реализации общих положений, закрепленных в национальном законодательстве по ПЧП, многие страны отдали предпочтение принятию норм регулирования. Было сочтено, что нормы регулирования легче приспособить к изменяющимся условиям независимо от того, обусловлены ли изменения переходом к нормам, базирующимся на рыночных отношениях, или внешними факторами, такими как появление новых технологий или изменение экономических или рыночных условий. Как подчеркивалось ранее в *Руководстве* (см. пункт 11 выше), стабильность нормативно-правовой базы имеет важнейшее значение для укрепления доверия к политике страны в отношении ПЧП. Странам, которые отдают предпочтение ограничению законодательства, предусматривающего определенные права, общими принципами и использованию для закрепления подробных требований норм регулирования, следует стремиться

избегать слишком частого внесения изменений в эти нормы и не допускать расхождений между ними и законодательными актами, на которых они основаны, поскольку это является общим источником неопределенности и споров в рамках ПЧП (более подробно см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 131–134). Независимо от вида используемого инструмента важнейшее значение имеют вопросы четкости и предсказуемости.

С. Объем полномочий для заключения договоров о ПЧП

29. Реализация ПЧП может потребовать принятия специального законодательства или норм регулирования, прямо уполномочивающих государство передавать функции по развитию инфраструктуры или предоставлению общедоступных услуг частным субъектам. Наличие законодательного акта, прямо устанавливающего такие полномочия, может представлять собой важную меру, направленную на укрепление доверия потенциальных инвесторов — как национальных, так и иностранных — к национальной политике по стимулированию инвестиций частного сектора в инфраструктуру с помощью ПЧП.

1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности

30. В некоторых правовых системах правительственные функции по развитию инфраструктуры или предоставлению общедоступных услуг не могут делегироваться без предварительного установления соответствующих полномочий в законодательном порядке. Для тех стран, которые стремятся развивать публичную инфраструктуру или общедоступные услуги с помощью ПЧП, особенно важно, чтобы в законодательстве четко оговаривались полномочия правительства передавать иным субъектам, нежели публичные органы принимающей страны, право на предоставление определенных общедоступных услуг. Такое общее положение может быть особенно важным в тех странах, в которых предоставление общедоступных услуг является монополией правительства или в которых планируется привлечь частные субъекты к предоставлению некоторых услуг, которые в прошлом оказывались населению бесплатно (более подробно см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 41 и 42).

31. В случае принятия общего законодательства также целесообразно четко указать те публичные органы или уровни правительственных структур, которые компетентны выдавать подряды на осуществление проектов в области инфраструктуры и действовать в качестве организаций-заказчиков. Для того чтобы избежать ненужных задержек, целесообразно, в частности, принять нормы, позволяющие установить тех физических или должностных лиц, которые обладают

полномочиями на принятие обязательств от имени организации-заказчика (и, если это уместно, других публичных органов) на различных этапах переговоров, а также полномочиями на подписание договора о ПЧП. Полезно рассмотреть вопрос об объеме тех полномочий, которые могут потребоваться иным органам, нежели центральное правительство, для реализации проектов, входящих в сферу их компетенции. Применительно к проектам, предполагающим участие должностных лиц или ведомств на различных уровнях управления (например, общенациональном, региональном или местном), когда заранее определить всех соответствующих должностных лиц или ведомства невозможно, могут потребоваться другие меры для обеспечения надлежащей административной координации (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 46–55).

32. В целях обеспечения ясности будет, возможно, также целесообразно указать в таком общем законодательстве те секторы, в которых могут заключаться договоры о ПЧП. Если это будет сочтено невозможным или нежелательным, то в качестве альтернативы в законодательстве могут быть указаны те области деятельности, которые не могут являться объектом договора о ПЧП (например, виды деятельности, связанные с национальной обороной или безопасностью).

2. Цель и сфера охвата ПЧП

33. Будет, возможно, полезно определить в законодательстве характер и цель проектов, по которым в стране могут заключаться договоры о ПЧП. Один из возможных подходов состоит в определении различных категорий проектов в соответствии с объемом прав и обязательств, принимаемых на себя частным партнером (например, строительство–эксплуатация–передача, строительство–собственность–эксплуатация, строительство–передача–эксплуатация или строительство–передача). В то же время, ввиду большого разнообразия схем, которые могут применяться в связи с частными инвестициями в инфраструктуру (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 23 и 24), применять такой подход нецелесообразно. В качестве альтернативы в законодательстве можно в общем плане предусмотреть, что договоры о ПЧП могут заключаться в целях разработки любых или конкретных видов публичной инфраструктуры или общедоступных услуг. В законе можно было бы уточнить, что ПЧП могут предусматривать прямое предоставление частным партнером услуг населению на основании концессии, выданной компетентным органом, или управление инфраструктурой, используемой организацией-заказчиком или другим правительственным органом для предоставления общедоступных услуг или используемой для проведения своей собственной деятельности, и эксплуатацию такой инфраструктуры. В законодательстве можно дополнительно уточнить, что вознаграждение частного партнера может принимать форму права взимать цену за использование объекта или помещений или за предоставленную услугу или произведенные товары или же согласованную сторонами другую форму платы или вознагражде-

ния. И наконец, в законодательстве, возможно, было бы полезно уточнить, что ПЧП могут использоваться для строительства и эксплуатации нового объекта или системы инфраструктуры или для материально-технического обслуживания, ремонта, восстановления, модернизации, расширения и эксплуатации действующих объектов или систем инфраструктуры, или только для предоставления общедоступных услуг и для управления такой деятельностью.

34. Другая важная проблема касается характера прав, предоставляемых частному партнеру, в частности вопроса о том, является ли право на предоставление соответствующей услуги исключительным или же частный партнер будет действовать в условиях конкуренции с другими объектами инфраструктуры или поставщиками услуг. Исключительное право может предоставляться в отношении обслуживания какого-либо конкретного географического региона (например, в случае коммунальной водораспределительной компании) или всей территории страны (например, в случае национальной железнодорожной компании); исключительное право может предоставляться на поставку одного конкретного вида товаров или предоставление одного конкретного вида услуг одному конкретному клиенту (например, когда электростанция является исключительным региональным поставщиком для определенной линии передачи и распределения электроэнергии) или ограниченной группе клиентов (например, когда национальная компания междугородной телефонной связи обеспечивает связь с местными телефонными компаниями).

35. Решение вопроса о том, следует ли предоставлять исключительные права в связи с каким-либо конкретным проектом или категорией проектов, следует принимать с учетом политики принимающей страны в отношении соответствующего сектора. Как уже говорилось ранее, масштабы конкуренции в различных секторах инфраструктуры существенно различаются. В то время как одни секторы или их сегменты обладают характеристиками естественных монополий — и в этом случае открытая конкуренция обычно не является экономически эффективным вариантом, — другие секторы инфраструктуры успешно открыты для свободной конкуренции (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 37–44).

36. Таким образом, к решению вопроса об исключительных правах целесообразно применять гибкий подход. Предпочтительным будет, возможно, такой порядок, когда законодательство, вместо того чтобы запрещать или предписывать создание ПЧП с исключительными правами, будет разрешать предоставлять исключительные права, если будет сочтено, что это соответствует публичным интересам, например в случаях, когда исключительные права оправданы с точки зрения обеспечения технической или экономической эффективности проекта. Можно установить требование о том, что организация-заказчик должна указывать причины предоставления исключительных прав в оценке и исследованиях, которые необходимо провести до начала процедур отбора частного партнера

(см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 21 и 22). Вопрос об исключительных правах может также регулироваться специальными законодательными актами по отдельным секторам с учетом каждого конкретного сектора.

D. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры

37. Проекты ПЧП, которые предусматривают прямое предоставление частным партнером услуг или товаров населению («концессионные ПЧП»), часто связаны с секторами или видами деятельности, которые регулируются специальными нормами. Применимый режим регулирования может устанавливаться с помощью материально-правовых правил, процедур, инструментов и институциональных структур. Такая база представляет собой важный инструмент реализации политики правительства в соответствующем секторе (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 25–47). В зависимости от институциональной структуры соответствующей страны и распределения полномочий между правительственными структурами различного уровня определенные секторы инфраструктуры могут — полностью или совместно с общенациональным законодательством — регулироваться региональным или местным законодательством.

38. Регулирование услуг в области инфраструктуры связано с широким кругом общих и конкретно относящихся к отдельным секторам вопросов, которые могут существенно различаться в зависимости от социальных, политических, правовых и экономических реалий в каждой принимающей стране. Хотя основные вопросы регулирования, встречающиеся в аналогичных контекстах в различных секторах, рассматриваются, когда это уместно, в *Руководстве* (см., например, главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 43–50 и 91–106), оно не преследует цели полностью охватить все правовые или политические вопросы, возникающие в связи с регулированием в различных секторах инфраструктуры. Термин «регулирующие учреждения» означает институциональные механизмы, которые требуются для применения правил, регулирующих деятельность операторов инфраструктуры, и для контроля за соблюдением таких правил. Поскольку правила, применимые к эксплуатации инфраструктуры, часто допускают определенную свободу действий, необходимо наличие какого-либо органа, на который были бы возложены функции по толкованию и применению таких правил, контролю за их соблюдением, наложению санкций и урегулированию споров, вытекающих из применения таких норм. Конкретные регулирующие функции и степень связанной с их выполнением свободы действий будут определяться соответствующими правилами, которые могут существенно различаться.

39. *Руководство* исходит из той предпосылки, что страна, которая принимает решение о создании ПЧП в любом из этих секторов, убедилась в том, что у нее есть надлежащие институциональные и иерархические структуры и необходимые людские ресурсы для реализации ПЧП. Тем не менее в помощь национальным законодательным органам, рассматривающим вопросы о необходимости и целесообразности создания регулирующих учреждений для контроля за предоставлением общедоступных услуг, в настоящем разделе рассматриваются некоторые основные институциональные и процедурные вопросы, которые могут возникнуть в этой связи. Обсуждение, включенное в настоящий раздел, отражает различные подходы, которые были использованы во внутреннем законодательстве для установления рамок регулирования в отношении ПЧП, однако *Руководство* никоим образом не рекомендует использование какой-либо конкретной модели или создание какой-либо конкретной административной структуры. Практическую информацию и технические консультации можно получить от международных финансовых учреждений, которые выполняют программы по оказанию помощи своим странам-членам в создании надлежащих рамок регулирования (например, от Всемирного банка и региональных банков развития).

1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений

40. Функции регулирования могут быть организованы на секторальной или межсекторальной основе. Страны, избравшие секторальный подход, во многих случаях принимали решение о включении тесно связанных секторов или их сегментов в один комплекс регулирования (например, о создании общего регулирующего учреждения для энергетики и газа или аэропортов и авиалиний). Другие страны организовали регулирование на межсекторальной основе, причем в некоторых случаях одна регулирующая организация несла ответственность за все секторы инфраструктуры, а в других — одна организация несла ответственность за предприятия общественного пользования (водо- и энерго-снабжение, газ, телекоммуникации), а другая — за транспорт. В некоторых странах компетенция регулирующих учреждений может также распространяться на несколько секторов в каком-либо конкретном регионе.

41. Регулирующие учреждения, компетенция которых ограничивается тем или иным конкретным сектором, обычно работают над развитием технического экспертного потенциала, приспособленного к нуждам конкретного сектора. Регулирование по отдельным секторам может способствовать разработке правил и видов практики, приспособленных к нуждам соответствующего сектора. В то же время решение относительно секторального или межсекторального регулирования частично зависит от регулятивного потенциала соответствующей страны. Страны, обладающие ограниченными знаниями и опытом в области регулирования инфраструктуры, могут счесть предпочтительным сократить ко-

личество независимых структур и попытаться получить экономию за счет эффекта масштаба.

42. В законодательстве, устанавливающем механизм регулирования, часто оговаривается ряд общих целей, на основании которых должна строиться деятельность регулирующих учреждений, например содействие конкуренции, защита интересов пользователей, удовлетворение спроса, эффективность сектора или поставщиков общедоступных услуг, их финансовая устойчивость, гарантии публичных интересов или обязательств о предоставлении общедоступных услуг и защита прав инвесторов. Наличие одной или двух главных целей помогает разъяснить мандат регулирующих учреждений и установить приоритеты между иногда противоречащими друг другу задачами. Четкий мандат может также способствовать укреплению автономии регулирующего учреждения и повышению его авторитета.

2. Институциональные механизмы

43. Диапазон институциональных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры может быть самым различным. В то время как некоторые страны возлагают функции регулирования на правительственные органы (например, на соответствующие министерства или департаменты), другие страны отдали предпочтение созданию автономных регулирующих учреждений, отделенных от правительственного аппарата. Некоторые страны приняли решение о том, чтобы предусмотреть регулирование определенных секторов инфраструктуры автономным и независимым органом, сохранив в то же время регулирование других секторов за министерствами. Иногда соответствующие полномочия могут быть распределены между автономным регулирующим учреждением и правительством, как это часто имеет место применительно к вопросам лицензирования. С законодательной точки зрения важно разработать такие институциональные механизмы для реализации функции регулирования, которые будут обеспечивать должный уровень эффективности работы регулирующего учреждения с учетом политических, правовых и административных традиций соответствующей страны.

44. Эффективность режима регулирования во многих случаях зависит от эффективности принимаемых в порядке регулирования решений. Это, в свою очередь, требует, чтобы регулирующие учреждения имели возможность принимать решения без вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг. В этих целях в ряде стран законодательные положения предусматривают обязательную независимость процесса принятия решений по регулированию. С тем чтобы обеспечить желаемый уровень независимости, целесообразно отделить функции регулирования от оперативных функций за счет передачи любых функций регулирования, которые могут по-прежнему сохраняться у поставщиков общедоступных услуг,

какой-либо юридически и функционально независимой организации. Независимость в осуществлении функций регулирования подкрепляется положениями, направленными на предотвращение коллизии интересов, такими как запрещение для персонала регулирующего учреждения получать полномочия, принимать подарки, заключать контракты или поддерживать какие-либо иные связи (прямые или через членов семьи или других посредников) с регулируемыми компаниями, их материнскими или дочерними предприятиями.

45. В связи с этим возникает еще один вопрос, а именно вопрос о необходимости свести к минимуму тот риск, что решения будут приниматься органом, который также является собственником предприятий, действующих в регулируемом секторе, или органом, действующим исходя из политических, а не технических соображений, или под влиянием подобных органов. В некоторых странах было сочтено необходимым наделить регулирующее учреждение определенной степенью автономии по отношению к политическим органам правительства. Вопросы независимости и автономии следует рассматривать не только на основе институционального оформления функции регулирования, но также и на основе функциональной автономии (т.е. наличия достаточных финансовых и кадровых ресурсов для надлежащего выполнения возложенных на соответствующие органы обязанностей).

3. Полномочия регулирующих учреждений

46. Регулирующие учреждения могут быть наделены полномочиями на принятие решений, полномочиями на составление заключений или чисто консультативными полномочиями, или сочетанием этих различных уровней полномочий в зависимости от предмета регулирования. В некоторых странах регулирующие учреждения первоначально наделялись ограниченными полномочиями, которые впоследствии расширялись по мере того, как соответствующие учреждения доказывали свою независимость и профессионализм. В законодательстве часто оговаривается, какими полномочиями располагает правительство и какими регулирующее учреждение. Четкое решение этого вопроса весьма важно для того, чтобы избежать ненужных коллизий и неясностей. Инвесторам, а также потребителям и другим заинтересованным сторонам необходимо знать, кому следует направлять различные запросы, заявки или жалобы.

47. Например, во многих странах и правительство, и регулирующее учреждение участвуют в процессе отбора поставщиков общедоступных услуг. Если решение о предоставлении подряда на проект принимается исходя из общего суждения, которое носит скорее политический, а не технический характер, как это может часто иметь место в случае приватизации инфраструктуры, окончательная ответственность часто остается за правительством. Если однако критерии принятия решения носят более технический характер, как это может иметь место при либеральном режиме лицензирования в секторах производства электроэнергии

или телекоммуникационных услуг, то во многих странах полномочия на принятие этого решения возлагаются на независимое регулирующее учреждение. В других случаях правительство до принятия решения о заключении договора может запрашивать мнение регулирующего учреждения. С другой стороны, в некоторых странах исключается прямое участие регулирующих учреждений в процессе принятия решений на том основании, что это может повлиять на дальнейшее регулирование предоставления соответствующих услуг.

48. Компетенция регулирующих учреждений обычно распространяется на все предприятия, действующие в регулируемых ими секторах, без какого-либо различия между частными и публичными предприятиями. Использование некоторых полномочий или инструментов регулирования может в силу закона ограничиваться доминирующими поставщиками общедоступных услуг в соответствующем секторе. Регулирующее учреждение может, например, обладать полномочиями на установление принципов ценообразования только в отношении уполномоченного или доминирующего поставщика общедоступных услуг, в то время как новым участникам, выходящим на рынок, может быть разрешено свободно устанавливать цены.

49. Вопросы, по которым регулирующие учреждения должны принимать решения, являются самыми разнообразными — от выполнения нормативных функций (например, соблюдение правил относительно принятия решения о заключении договора и условий сертификации оборудования) до фактического заключения договора; кроме того, к кругу таких вопросов относятся следующие: утверждение контрактов или решений, предложенных регулируемыми субъектами (например, схемы доступа к сети или контракты на доступ); определение обязательства предоставлять определенные услуги и контроль за его исполнением; надзор над поставщиками общедоступных услуг (в частности применительно к соблюдению условий лицензий, норм и производственных целевых заданий); в интересах обеспечения прозрачности — публичное раскрытие целевой финансовой информации, связанной с частным партнером (например, относительно структуры акционерного капитала или специальной базовой финансовой модели, используемой для конкретного проекта); установление или корректировка цен; проверка субсидий, освобождений или иных льгот, которые могут нанести ущерб конкуренции в соответствующем секторе; санкции; и урегулирование споров.

4. Организационная структура, персонал и бюджет регулирующих учреждений

50. Создавая регулирующее учреждение, некоторые страны избрали вариант, предусматривающий назначение одного должностного лица, в то время как большинство других государств предпочли учредить комиссию по регулированию. Создание комиссии может дать более надежные гарантии против оказания

ненадлежащего давления или лоббирования и может ограничить риск принятия поспешных решений по регулированию. С другой стороны, регулирующее учреждение, состоящее из одного должностного лица, может принимать решения более оперативно и может быть более подотчетным. С тем чтобы облегчить управление процессом принятия решений в рамках комиссии по регулированию, число ее членов часто поддерживается на незначительном уровне (обычно три–пять членов). Назначения четного числа членов часто стараются избежать, с тем чтобы не допустить создания тупиковой ситуации, хотя, конечно, может быть предусмотрен такой порядок, при котором голос председательствующего будет решающим.

51. В целях укрепления автономии регулирующего учреждения к процессу назначения его членов могут быть привлечены различные организации. В некоторых странах члены регулирующих учреждений назначаются главой государства на основе списка, представленного парламентом; в других странах исполнительные органы правительства назначают членов регулирующего учреждения при условии утверждения парламентом или из числа кандидатур, представленных парламентом, ассоциациями пользователей или другими органами. От должностных лиц регулирующих учреждений часто требуется наличие минимальной профессиональной квалификации, а также отсутствие коллизии интересов, поскольку это может служить препятствием для назначения на должность. Мандаты членов регулирующих советов могут истекать в различные сроки, с тем чтобы не допустить полной смены или назначения всех членов одной и той же администрации; такая практика также способствует преемственности в процессе принятия решений по регулированию. Назначения часто производятся на фиксированный срок, который может быть невозобновляемым и который может быть прекращен до истечения только по ограниченному числу причин (например, осуждение за совершение уголовного преступления, психическое расстройство, грубая небрежность или пренебрежение обязанностями). Регулирующим учреждениям часто приходится иметь дело с квалифицированными юристами, бухгалтерами и другими экспертами, работающими в регулируемом секторе, и им необходимо обладать такими же опытом, навыками и профессионализмом, либо опираясь на собственные кадры, либо при помощи найма внешних консультантов, когда это необходимо.

52. Важнейшее значение для надлежащей деятельности регулирующего учреждения имеют источники стабильного финансирования. Во многих странах бюджет регулирующего учреждения финансируется за счет платежей и иных сборов с регулируемого сектора. Платежи могут быть установлены в качестве процентной доли от оборота поставщиков общедоступных услуг или могут взиматься за выдачу лицензий, заключение договора и предоставление других разрешений. В некоторых странах бюджет учреждения в случае необходимости пополняется за счет переводов бюджетных средств, предусмотренных в ежегодных финансовых законах. Однако такой порядок создает элемент неопределенности,

что может неблагоприятно сказаться на автономии соответствующего учреждения.

5. Процесс и процедуры регулирования

53. Рамки регулирования обычно включают процедурные нормы, определяющие порядок выполнения соответствующими учреждениями возложенных на них различных полномочий по регулированию. Доверие к процессу регулирования требует прозрачности и объективности независимо от того, осуществляются ли полномочия по регулированию правительственным департаментом или министерством, или автономным регулирующим учреждением. Правила и процедуры должны быть объективными и ясными, с тем чтобы обеспечивать справедливость, беспристрастность и своевременность решений, принимаемых регулирующим учреждением. В целях обеспечения прозрачности следует установить законодательное требование об опубликовании таких правил и процедур. В принимаемых в порядке регулирования решениях следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон, что может быть обеспечено с помощью их опубликования или других надлежащих средств.

54. Прозрачность может быть еще более укреплена, если, как это требуется в соответствии с некоторыми законами, регулирующее учреждение будет публиковать ежегодный отчет о состоянии соответствующего сектора, в том числе, например, о решениях, принятых им за отчетный период, о возникших спорах и путях их разрешения. Такой ежегодный отчет может также включать счета регулирующего учреждения и аудиторское заключение по ним, составленное независимым ревизором. Кроме того, во многих странах законодательство требует, чтобы этот ежегодный отчет представлялся одному из парламентских комитетов.

55. Принимаемые в порядке регулирования решения могут затронуть интересы различных групп, включая заинтересованного поставщика общедоступных услуг, его нынешних или потенциальных конкурентов, а также коммерческих или некоммерческих пользователей. Во многих странах процесс регулирования включает процедуры консультаций в связи с принятием важных решений или рекомендаций. В некоторых странах такие консультации проводятся в форме публичных слушаний, а в других предусматривается подготовка консультативных записок, по которым запрашиваются комментарии заинтересованных групп. В некоторых странах также созданы консультативные органы, состоящие из пользователей и других заинтересованных сторон, и установлено требование о том, чтобы их мнение запрашивалось до принятия важных решений и рекомендаций. Для повышения прозрачности комментарии, рекомендации или мнения, выработанные в ходе процесса консультаций, могут публиковаться или могут обеспечиваться иные возможности для публичного ознакомления с ними.

6. Обжалование решений регулирующего учреждения

56. Другим важным элементом установленного в принимающей стране режима регулирования являются механизмы, с помощью которых поставщики общедоступных услуг могут ходатайствовать о пересмотре решений, принятых в порядке регулирования. Как и применительно ко всему процессу регулирования, здесь важнейшую роль играет высокая степень прозрачности и доверия. В целях обеспечения доверия к процессу обжалования соответствующие функции должны быть возложены на организацию, являющуюся независимой по отношению к регулируемому учреждению, принявшему первоначальное решение, к политическим властям принимающей страны и к поставщикам общедоступных услуг.

57. Рассмотрение ходатайств об обжаловании решений регулирующих учреждений часто относится к компетенции судов, однако в некоторых правовых системах вопросы обжалования решений регулирующих учреждений относятся к исключительной компетенции специальных судебных органов, рассматривающих только административные вопросы, причем в некоторых странах такие органы отделены от судебной системы в целом. В тех случаях, когда процесс обжалования вызывает обеспокоенность (например, в том, что касается возможных задержек и способности судов дать должную оценку сложным экономическим вопросам, с которыми связаны решения по регулированию), функции по рассмотрению ходатайств, по крайней мере в первой инстанции, могут быть возложены на другой орган, а окончательное решение по ходатайству может приниматься судами или административными судебными органами. В некоторых странах подаваемые в порядке обжалования ходатайства рассматриваются независимым межсекторальным надзорным органом высокого уровня. Кроме того, имеются страны, в которых такие ходатайства заслушиваются специальными коллегиями, состоящими из лиц, на которых возложены специально оговоренные судебные или научные функции. Что касается оснований, на которых может основываться подаваемое в порядке обжалования ходатайство, то во многих случаях предусматриваются определенные ограничения, в частности в отношении того, что касается права апелляционного органа заменять ту оценку, которая была произведена органом, решение которого обжалуется, оценкой фактических обстоятельств дела, которую он может подготовить по своему усмотрению.

7. Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг

58. Между конкурирующими частными партнерами (например, двумя операторами систем сотовой телефонной связи) или между частными партнерами, предоставляющими услуги в различных сегментах одного и того же сектора инфраструктуры, могут возникать споры. Такие споры могут быть связаны с

утверждениями о несправедливой торговой практике (например, ценовом демпинге), о неконкурентной практике, нарушающей политику соответствующей страны в области инфраструктуры (см. «Введение и справочная информация по проектам ПЧП», пункты 25–36), или о нарушении специальных обязательств поставщиков общедоступных услуг (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 91–104). Во многих странах было сочтено, что для создания надлежащих рамок для урегулирования подобных споров необходимы законодательные положения.

59. Во-первых, различные стороны могут не иметь договорных отношений между собой, которые могли бы предусматривать надлежащий механизм урегулирования споров. Но даже в тех случаях, когда создание подобных договорных механизмов является возможным, принимающая страна может быть заинтересована в том, чтобы споры, связанные с определенными вопросами (например, условиями доступа к той или иной конкретной сети инфраструктуры), разрешались специальным органом, с тем чтобы обеспечить последовательность в применении соответствующих правил. Кроме того, определенные споры между поставщиками общедоступных услуг могут быть связаны с вопросами, которые согласно законодательству принимающей страны рассматриваются как не подлежащие урегулированию в арбитражном порядке.

60. Внутреннее законодательство часто предусматривает административные процедуры для разрешения споров между поставщиками общедоступных услуг. Как правило, поставщики общедоступных услуг могут подавать жалобы в регулирующее учреждение или в иное правительственное учреждение, несущее ответственность за применение правил, которые, как утверждается, были нарушены (например, правительственный орган, выполняющий функции по обеспечению соблюдения законов и правил в области конкуренции); в некоторых странах такие учреждения наделяются полномочиями на принятие обязательного решения по соответствующему вопросу. Такие механизмы, даже в тех случаях, когда они являются обязательными, не обязательно запрещают лицам, понесшим ущерб, обращаться в суды, хотя в некоторых правовых системах суды могут обладать лишь полномочиями на проверку законности принятого решения (например, надлежащего соблюдения предусмотренных процедур), но не на проверку решения по существу дела.

II. Планирование и подготовка проектов

А. Общие замечания

1. ПЧП являются одним из средств, используемых правительствами для развития инфраструктуры или систем, необходимых для предоставления общедоступных услуг или оказания поддержки в решении задач того или иного подразделения правительства. При правильной разработке и реализации ПЧП могут создавать возможности для сокращения обязательств публичных фондов и других ресурсов, предназначенных для развития инфраструктуры или предоставления общедоступных услуг. Они также позволяют перекладывать на частный сектор ряд рисков, которые этот сектор может контролировать или смягчать более эффективно или экономично, чем правительство.

2. То, насколько эти предполагаемые выгоды могут реально материализоваться, зависит от различных факторов. Сюда входит пригодность и стабильность общей нормативно-правовой базы и базы регулирования (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 10–12), выбор квалифицированного частного партнера (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 6–9), техническая и коммерческая осуществимость проекта, обоснованность договорных механизмов и их пригодность на протяжении всего срока осуществления проекта (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 130–144). Хотя некоторые из элементов этого уравнения могут выходить за рамки контроля сторон, существенным предварительным условием успеха ПЧП является этап всеобъемлющего, строгого и профессионально проведенного планирования и подготовки, в ходе которого проходят проверку предположения в отношении проекта и прогнозируются риски и непредвиденные обстоятельства, которые могут возникнуть на протяжении всего жизненного цикла ПЧП.

3. Таким образом, как отмечается в разделе В, нормативно-правовая база для ПЧП должна содержать требование — и предусматривать механизмы — обязательного пересмотра предположений в отношении проекта, с тем чтобы компетентные органы могли точно оценить, является ли ПЧП приемлемым вариантом для развития инфраструктуры или соответствующих услуг в сравнении с прямыми закупками, финансированием и управлением со стороны правительства

(пункты 5–22). В этих предварительных исследованиях следует также проанализировать основные связанные с ПЧП риски, включая общие договорные решения по распределению рисков, и степень гибкости, которая потребуется для эффективного распределения проектных рисков (см. раздел С, пункты 23–45). В пунктах 46–55 раздела D обсуждаются институциональные и административные аспекты подготовки и координации проектов. В разделе Е (пункты 56–86) излагаются политические соображения, которые правительство, возможно, пожелает принять во внимание при рассмотрении уровня прямой правительственной поддержки, которая может быть оказана проектам в области инфраструктуры, например степень публичной заинтересованности в осуществлении какого-либо данного проекта и необходимость избегать принятия правительством на себя открытых или чрезмерно больших потенциальных обязательств. И наконец, в разделах F (пункты 87–98) и G (пункты 99–101) приводятся гарантии и меры поддержки, которые могут быть предоставлены агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестициям.

4. В других главах настоящего *Руководства* рассматриваются связанные с этим аспекты правового режима правительства принимающей страны, которые имеют отношение к кредитному анализу и анализу рисков в связи с проектом. Читателю, в частности, рекомендуется обратиться к главе IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП»; главе V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП»; главе VI «Урегулирование споров» и главе VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам».

В. Оценка проекта и возможные варианты

5. Одна из важных мер, направленных на обеспечение успешной реализации ПЧП, — это требование о том, чтобы соответствующий публичный орган проводил предварительную оценку технико-экономической целесообразности и обоснованности таких проектов, включая экономические и финансовые аспекты, такие как предполагаемые экономические выгоды от проекта, сметные затраты и потенциальная прибыль, ожидаемая от эксплуатации объекта инфраструктуры, а также социальные последствия реализации проекта и его воздействие на окружающую среду. В таких исследованиях, подготовленных организацией-заказчиком, следует, в частности, четко указывать предполагаемую отдачу проекта, представлять достаточные основания, обуславливающие необходимость в инвестициях, предлагать механизм привлечения частного сектора к участию, а также описывать конкретные решения применительно к требованиям в отношении отдачи проекта. Эти исследования, если они проведены должным образом, должны служить не только обоснованию политического выбора в отношении конкретного вида проекта ПЧП и структуры процедур для принятия решения о заключении договора. Так, в рамках этапа тщательной оценки и планирования проекта следует учесть все аспекты всего жизненного цикла про-

екта ПЧП, и результаты таких исследований станут основой для принятия важнейших решений применительно к структуре договора и управлению исполнением этого договора (включая механизмы для контроля и внесения корректировок в этот договор).

1. Соотношение затрат и получаемой выгоды (экономия и эффективность)

6. Одна из основных целей любой системы принятия решений о заключении публичных контрактов — и, в частности, центральная задача Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках — заключается в обеспечении максимальной экономичности и эффективности. В этой связи в *Руководстве по принятию Типового закона* разъясняется, что экономичность (которую часто называют наилучшей стоимостью) означает оптимальную взаимосвязь между уплаченной ценой и другими факторами, которые включают качество объекта закупок, и предполагает, что потребности ведущей публичные закупки организации фактически удовлетворены. Эффективность при проведении закупок означает, что соотношение между операционными затратами и расходом времени на администрирование каждой закупки и ее стоимостью является пропорциональным. Эффективность включает также понятие, согласно которому затраты системы закупок в целом тоже являются пропорциональными с учетом стоимости всех закупок, проведенных через данную систему. Применительно к проектам ПЧП принципы экономичности и эффективности находят отражение в концепции соотношения затрат и получаемой выгоды.

7. Обеспечение наилучшего соотношения затрат и получаемой выгоды является центральной задачей во всех проектах ПЧП. Некоторые из них могут подпадать под действие общего законодательства о публичных закупках, в частности те, при которых организация-заказчик берет на себя обязательство производить прямые платежи частному партнеру. В то же время другие виды проектов ПЧП не связаны с выделением публичных средств для производства платежей партнеру по проекту, а роль организации-заказчика как общего руководителя проекта может значительно отличаться от роли правительства при традиционных публичных закупках. Это означает, что понятие соотношения затрат и получаемой выгоды применительно к ПЧП имеет более широкий смысл, чем в узком контексте публичных закупок.

8. Так, в контексте ПЧП правительство, вместо того чтобы уделять основное внимание цене, уплачиваемой за произведенные работы или услуги, оказанные частным партнером, должно быть в состоянии продемонстрировать, что осуществление проекта в качестве ПЧП является не только более экономичным, но и более эффективным выбором по сравнению, например, с публичными закупками работ или услуг или с публичной эксплуатацией инфраструктуры или системы обслуживания. Плохая проработка или недостаточно четкое выражение

целей проектов ПЧП могут привести к их краху, перебоям в предоставлении общедоступных услуг, перерасходу средств или опасениям по поводу получения частным сектором неоправданно высокой прибыли за счет публичных интересов. Для обеспечения прозрачности и надлежащего управления организация-заказчик должна продемонстрировать, что осуществление проекта как ПЧП позволяет добиться наилучшего соотношения затрат и получаемой выгоды. Таким образом, в законодательстве следует предусмотреть тщательную оценку соотношения затрат и получаемой выгоды как обязательный шаг в процессе утверждения любого предлагаемого проекта и как предварительное условие для начала организацией-заказчиком подготовки к отбору партнера по проекту.

9. Как правило, такая проверка должна включать количественный и качественный анализ затрат, выгод и качества проекта, который четко показывает, что осуществление проекта в качестве ПЧП является наилучшим из имеющихся вариантов. Проект ПЧП следует считать обеспечивающим надлежащее соотношение затрат и получаемой выгоды только в том случае, если его реализация в качестве ПЧП позволит получить более высокое качество по более низкой цене, чем в случае использования любого другого метода или механизма осуществления проекта или достижения сопоставимых результатов. Может быть даже полезным произвести повторную проверку после проведения торгов, для того чтобы обеспечить полную согласованность метода расчетов и полученных результатов (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 30 и 31).

10. Организация-заказчик может использовать различные инструменты для проведения оценки затрат и получаемой выгоды. Общим и широко используемым инструментом является так называемый «компаратор публичного сектора». Такая проверка предусматривает оценку гипотетической стоимости проекта в публичном секторе на протяжении всего жизненного цикла, если этот проект будет осуществляться правительством. В компараторе публичного сектора используются предлагаемые характеристики ожидаемых результатов и предлагаемое распределение рисков в качестве основы для сопоставления варианта с использованием ПЧП и гипотетической модели расходов по проекту, если он будет осуществляться в наиболее эффективном режиме реализации в публичном секторе с обеспечением того же уровня и качества обслуживания, что и в частном секторе, и с учетом связанных с проектом рисков на протяжении всего срока его осуществления. Отправной точкой здесь, как правило, является наилучшая оценка капитальных затрат и оперативных и эксплуатационных расходов на протяжении всего жизненного цикла в случае реализации этого проекта предприятиями публичного сектора.

11. Методология проведения оценки затрат и получаемой выгоды и точная матрица факторов, которые должны приниматься во внимание, могут варьироваться в зависимости от характера проекта и с течением времени могут изменяться. Если есть центральный утверждающий орган, координирующий или консульти-

рующий орган (см. пункты 46 и 47), то принимающая страна может рассмотреть возможность создания специализированных структур для периодического или систематического пересмотра используемой методологии и установления для нее соответствующих параметров. Следует однако отметить, что приемлемость и точность оценки затрат и получаемой выгоды зависят от наличия и надежности компараторов публичного сектора, которые могут быть ограниченными в странах с небольшим опытом в области ПЧП или в рамках практики использования передовых методов правительственного бухгалтерского учета и управления, как это может иметь место в некоторых развивающихся странах. Более того, точный анализ соотношения затрат и получаемой выгоды может выходить за рамки возможностей некоторых публичных органов, поскольку данные для проведения такой оценки могут быть недостаточными или неполными. К тому же существенное воздействие на определение проектных издержек будет оказывать эффективность работы правительственной структуры, которая будет использоваться в качестве компаратора публичного сектора, а у организации-заказчика могут отсутствовать специальные знания и опыт для надлежащей оценки эффективности работы публичного сектора в рамках сравнительного анализа. Эти потенциальные ограничения еще раз подчеркивают важность обеспечения того, чтобы организация-заказчик или другие органы, отвечающие за планирование ПЧП, обладали соответствующими людскими и техническими ресурсами, необходимыми для проведения такой оценки. Правительствам также настоятельно рекомендуется следить за текущей ситуацией с международными стандартами и руководящими принципами надлежащей оценки затрат и получаемой выгоды¹.

12. Необходимость точного и реалистичного подтверждения коммерческого обоснования проекта становится еще более важной в свете структуры финансирования большинства проектов ПЧП. В прошлом заемные средства для финансирования развития инфраструктуры привлекались на основе кредитной поддержки со стороны спонсоров проекта, многосторонних учреждений и национальных агентств по кредитованию экспорта, правительств и других третьих сторон. В последние годы эти традиционные источники уже не могли удовлетворять растущие потребности в капиталовложениях в инфраструктуру, и проекты ПЧП все чаще осуществляются на основе проектного финансирования.

¹ Для оказания правительствам поддержки на раннем этапе выявления и отбора проектов, пригодных для осуществления на основе ПЧП, Экономическая и социальная комиссия Организации Объединенных Наций для Азии и Тихого океана (ЭСКАТО ООН) разработала инструментарий для качественной оценки затрат и получаемой выгоды в случае ПЧП, который является интерактивным инструментом, позволяющим правительствам и публичным органам осуществлять правильный выбор проектов ПЧП на основе соотношения затрат и получаемой выгоды. Этот инструментарий размещен по адресу <https://ppp.unescap.org/>. См. также World Bank, 2017. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3*, Section 3.2.4 Assessing Value for Money of the PPP. World Bank, Washington, D.C. © World Bank; World Bank Institute; Public-Private Infrastructure Advisory Facility. 2013. *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*. World Bank, Washington, D.C. © World Bank.

13. Для проектного финансирования как метода финансирования характерно стремление устанавливать кредитоспособность частного партнера на индивидуальной основе еще до начала строительства и получения каких-либо поступлений и привлекать заемные средства на основе этой кредитоспособности. В литературе отмечалось, что проектное финансирование, возможно, представляет собой ключ к решению задачи по задействованию значительных резервов капитала, теоретически имеющегося на рынках капитала, для инвестиций в инфраструктуру и услуги. В то же время с финансовой точки зрения проектное финансирование обладает рядом своих собственных и довольно сложных особенностей. Основная из них заключается в том, что в рамках структуры проектного финансирования финансирующие стороны для возмещения предоставленных ими средств должны полагаться в основном на активы и потоки наличных средств частного партнера. В случае провала проекта у них не будет права оборота на финансовые ресурсы компании-спонсора или другой третьей стороны для возмещения предоставленных ими средств или такое право будет весьма ограниченным (см. также «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 56 и 57).

14. Финансовая методология проектного финансирования требует точного прогнозирования капитальных затрат, поступлений и сметных затрат, расходов, налогов и финансовых обязательств по проекту. С тем чтобы иметь возможность с точностью и определенностью спрогнозировать эти данные, а также разработать финансовую модель для проекта, обычно необходимо спроектировать базовые суммы поступлений, затрат и расходов частного партнера на длительный срок — часто на 20 лет и более, — с тем чтобы определить суммы заемного и акционерного капитала, которые могут быть покрыты проектом. При проведении такого анализа важнейшую роль играет выявление и количественная оценка рисков. В силу этого с финансовой точки зрения в центре концепции проектного финансирования находятся вопросы выявления, оценки, распределения и снижения рисков. Так, распределение рисков лежит в основе каждого ПЧП, и при подготовке договора о ПЧП неизменным условием является полное понимание механизмов распределения рисков. Именно правильное применение принципов распределения рисков определяет, сможет ли конкретный проект ПЧП быть привлекательным для финансирования и будет ли он устойчивым на протяжении всего срока его осуществления (краткое изложение наиболее общих рисков в рамках ПЧП и общее рассмотрение вопроса распределения рисков приводятся в разделе С, пункты 23–45).

2. Оценка фискального воздействия

15. Еще одной важной причиной, требующей точного и реалистичного подтверждения коммерческого обоснования проекта как предварительного условия для его продвижения в качестве ПЧП, является необходимость избегать неопре-

данных затрат для публичного сектора (фискальный риск). Во многих странах инвестиционные проекты осуществлялись как ПЧП не по соображениям эффективности, а для того, чтобы обойти бюджетные ограничения и отсрочить фиксацию фискальных затрат на предоставление услуг в области инфраструктуры. Соответственно, некоторые правительства прекратили осуществление проектов, которые либо не могли финансироваться в рамках их бюджетных средств, либо подвергали публичные финансы чрезмерным фискальным рискам в форме непредвиденных обязательств, которые не были точно оценены и должным образом учтены в отчетности. Поэтому организации-заказчику или любому центральному подразделению, на которое возложена общая ответственность за политику в отношении ПЧП (см. пункт 47 ниже), целесообразно на этом раннем этапе производить оценку потенциальных фискальных издержек и рисков, связанных с предлагаемым проектом ПЧП, если такая оценка еще не является неотъемлемым элементом обязательного анализа затрат и получаемой выгоды (см. пункты 6–14). Тщательная оценка фискальных рисков должна учитывать широкий круг различных факторов, которые могут повлиять на общий финансовый баланс проекта (см. пункты 23–36 ниже), а также варианты распределения рисков посредством установления договорных согласованных прав и обязательств (см. пункты 37–45 ниже). Более того, для того чтобы в полной мере оценить ожидаемые результаты и бюджетные последствия на протяжении всего жизненного цикла проекта, в рамках проводимого анализа необходимо рассмотреть не менее четырех основных переменных показателей проектов ПЧП:

а) инициатор проекта. Воздействие основных фискальных показателей (например, дефицита и задолженности) варьируется в зависимости от того, какой публичный субъект несет в конечном итоге ответственность за проект (например, центральное правительство, местные органы власти, государственные предприятия и т.д.);

б) кто контролирует активы. Уровни вероятности реализации и масштабы фискального риска варьируются в зависимости от способности правительства контролировать связанные с ПЧП активы — будь то на основании собственности, аренды, права пользования или других интересов;

в) кто в конечном счете платит за инфраструктуру. Структура финансирования проекта (например, правительство платит за объект или систему инфраструктуры с использованием публичных средств; частный партнер взимает плату непосредственно с пользователей объекта или системы инфраструктуры; или же используется сочетание того и другого) имеет важнейшее значение для оценки воздействия проекта на основные фискальные агрегированные показатели;

г) предоставляет ли правительство дополнительную поддержку проекту. Правительства могут напрямую финансировать проекты ПЧП, но и также оказывать проекту поддержку различными способами, включая предоставление

гарантий, уставного капитала или налоговых и таможенных льгот (см. пункты 56–86 ниже). Такая ранняя оценка фискального воздействия любой правительственной поддержки, предусмотренной для проекта ПЧП, включая стоимость таких мер поддержки, как приобретение в принудительном порядке земельного участка под реализацию проекта, будет иметь решающее значение для недопущения возникновения открытых обязательств и обеспечения долгосрочного выделения публичных ресурсов, что будет способствовать стабильности стратегии и политики развития инфраструктуры в стране.

16. Для проведения такой оценки правительства могут использовать различные методы и инструменты. Международный валютный фонд и Всемирный банк разработали аналитический инструмент, призванный помочь правительствам произвести количественную оценку макрофинансовых последствий проектов ПЧП. В модели для оценки фискальных рисков ПЧП (P-FRAM), предназначенной в основном для применения подразделениями, занимающимися вопросами ПЧП в министерствах финансов, используется стандартное программное обеспечение для обработки конкретных проектных и макроэкономических данных и автоматического генерирования результатов в стандартной форме, включая: *a)* потоки наличных денежных средств в рамках проекта; *b)* фискальные таблицы и графики как по наличным денежным средствам, так и нарастающим итогом; *c)* анализ приемлемого уровня задолженности при использовании ПЧП и при отсутствии такого проекта; *d)* анализ реагирования основных фискальных агрегированных показателей на изменения макроэкономических и конкретных проектных параметров; и *e)* сводная матрица рисков по проекту².

3. Оценка воздействия на благосостояние и социального воздействия

17. Цель проверки с использованием соотношения затрат и получаемой выгоды — дать возможность принять обоснованное предварительное решение относительно того, является ли ПЧП в целом эффективной и экономически оправданной альтернативой другим формам разработки проектов посредством публичных закупок. Если предлагаемый проект не проходит такую проверку, то это не всегда означает, что проект как таковой экономически нецелесообразен, но это должно побудить организацию-заказчика рассмотреть и другие варианты, которые являются более подходящими, чем ПЧП. Точно так же тот факт, что предлагаемый проект дает приемлемое соотношение затрат и выгод, необязательно должно означать, что проект стоит осуществлять как ПЧП. Правительство должно убедиться, что проект отвечает его общим потребностям и стратегиям в области развития инфраструктуры и общедоступных услуг (см. главу I

² Информация о P-FRAM размещена по следующему адресу: <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>.

«Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 17 и 18), а также более широкой экономической и социальной политике правительства с должным учетом обязательств, принятых для достижения его целей в области устойчивого развития.

18. Так, как бы там ни было, при анализе затрат и получаемой выгоды особый акцент делается на поддающиеся денежному исчислению параметры надлежащего управления в процессе развития инфраструктуры и общедоступных услуг. Для того чтобы полностью оценить выгоды, а также потенциальные риски, связанные с ПЧП, правительство должно рассмотреть возможность проведения альтернативной оценки проекта. Во-первых, с чисто финансовой точки зрения задействованные органы, возможно, пожелают рассчитать последствия наличия соответствующей инфраструктуры, а также фискальную отдачу от инвестиций в дополнение к ситуации с движением денежных средств. Во-вторых, поскольку проекты ПЧП по природе имеют большое значение для населения с учетом их масштабов и характера предоставляемых услуг, публичным органам следует проанализировать социальное воздействие проекта еще на этапе его подготовки. В целях прогнозирования и смягчения негативных последствий и увеличения выгод для местных жителей и общества в целом следует провести соответствующую оценку. Особое значение имеет мнение правительства о том, насколько проект — независимо от того, осуществляется ли он как ПЧП или нет, — отвечает соответствующим целям Организации Объединенных Наций в области устойчивого развития. На этапах планирования рекомендуется оценивать устойчивость проекта и его экологические, экономические и социальные последствия. Что касается надлежащего управления и прозрачности, то на данном этапе целесообразно рассмотреть интересы некоммерческих партнеров и заинтересованных сторон — возможно, с использованием соответствующего консультативного механизма — в целях мобилизации публичной поддержки проекта и снижения риска возникновения проблем или даже судебных разбирательств на более поздних этапах.

4. Оценка воздействия на окружающую среду

19. Анализ воздействия проекта на благосостояние и социального воздействия следует дополнить тщательной оценкой воздействия на окружающую среду. Оценка воздействия на окружающую среду должна позволить выявить экологические риски, обеспечить учет природоохранных соображений при оценке рисков проекта и его планировании и способствовать устойчивому развитию. В Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию содержится прямой призыв к проведению оценок экологических последствий, применяемых в качестве национального инструмента «в отношении предполагаемых видов деятельности, которые могут оказать значительное негативное влияние на окружающую среду и которые подлежат утверждению решением компетентного

народного органа»³. В тех случаях, когда проект может также иметь «значительные негативные трансграничные последствия», государствам предлагается также направлять «государствам, которые могут оказаться затронутыми, предварительные и своевременные уведомления и соответствующую информацию» и проводить «консультации с этими государствами на раннем этапе и в духе доброй воли»⁴. Необходимость оценки воздействия проектов на окружающую среду при наличии вероятности того, что проект может повлечь существенные неблагоприятные последствия в трансграничном контексте, особенно для совместно используемых ресурсов, получила широкое признание среди государств и может рассматриваться как требование общего международного права. Оценка воздействия на окружающую среду (ОВОС) представляет собой «систематический процесс, целью которого является определение и оценка потенциальных экологических последствий, воздействия (и в меньшей степени социально-экономического воздействия) и результатов предложенного проекта, например, такая информация может быть представлена лицам, принимающим решения, и другим заинтересованным участникам, с тем чтобы минимизировать, смягчить или в целом ликвидировать любые негативные потенциальные последствия, обусловленные предложенным проектом в области развития»⁵. Принципы надлежащего управления и прозрачности в экологической области требуют открытого и инклюзивного процесса ОВОС посредством механизма, который позволит обеспечить доступ к информации и привлечь к участию всех потенциально затронутых заинтересованных участников в процессе принятия решений согласно соответствующим международным стандартам⁶.

20. Проведение ОВОС имеет важнейшее значение для обеспечения того, чтобы проекты носили устойчивый характер и не причиняли ущерба жизни людей и природной среде (для этого, при необходимости, следует принимать меры по

³ Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года) (A/CONF/151/26 (vol. I)), приложение I, Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию, Принцип 17.

⁴ Там же. Принцип 19. В некоторых регионах это обязательство предусматривается нормативно-правовой международно-договорной базой, например в случае Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, Финляндия, 25 февраля 1991 года), заключенной под эгидой Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, p. 309).

⁵ United Nations Environment Programme, *An Introduction to Environmental Assessment*, 2015, p. 23 (http://apps.unep.org/publications/index.php?option=com_pub&task=download&file=011945_en).

⁶ Например, в Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция), которая была принята на четвертой Конференции министров «Окружающая среда для Европы» (Орхус, Дания, 25 июня 1998 года) и которая была согласована под эгидой Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций, требуется от государств-участников гарантировать права на доступ к информации, на участие общественности в процессе принятия решений и на доступ к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, с тем чтобы содействовать защите права каждого человека «нынешнего и будущих поколений» жить в окружающей среде, благоприятной для его здоровья и благосостояния (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2161, p. 447).

предупреждению или снижению степени ущерба). ОВОС должна помочь осознанию последствий и воздействия предложенных проектов на окружающую среду и выявить пути возможного совершенствования проектов, например посредством минимизации негативных экологических последствий. С этой целью в рамках ОВОС следует изучить и оценить воздействие, которое предложенный проект может оказать на природную среду, местную окружающую среду и местные общины, и сформулировать необходимые меры, с тем чтобы избежать, сократить масштабы и компенсировать экологические последствия после осуществления проекта. Эти меры следует отразить в соответствующих обязательствах частного партнера в течение этапа строительства и эксплуатации проекта (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 85 и 91–92 соответственно). Все более и более важным элементом ОВОС является оценка возможного устаревания объектов или соответствующих технологий и необходимости разработать план экономически обоснованного прекращения эксплуатации, с тем чтобы включить надлежащие меры в договор о ПЧП (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 68 и 69).

5. Воздействие на конкуренцию

21. Организации-заказчику необходимо дополнительно рассмотреть на этапах планирования масштабы предоставления частному партнеру исключительных прав на эксплуатацию инфраструктуры или оказание соответствующих услуг или же вопрос о том, требуются ли вообще частному партнеру такие исключительные права, как гарантия возмещения первоначальных инвестиций. В этой предварительной оценке следует рассмотреть географический охват исключительных прав — если таковые будут предоставлены — и учесть политику страны в отношении соответствующего сектора (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 28–36, и главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 19–20 и 24–28). Вопрос исключительных прав будет играть центральную роль в оценке финансовой и коммерческой жизнеспособности проекта и его экономических и социальных последствий. С практической точки зрения предоставление исключительных прав будет одним из центральных условий договора (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 99–102) и также будет влиять на уровень правительственной поддержки, которая может потребоваться частному партнеру (см. раздел E «Правительственная поддержка», f) «Защита от конкуренции»).

22. Организации-заказчику следует внимательно изучить макроэкономические последствия и программные недостатки, связанные с предоставлением частному партнеру исключительных прав, а также общие расходы на социальные и культурные нужды в результате устранения конкуренции. Поскольку частные партнеры могут проявлять живой интерес к получению исключительных прав, риск

сговора и коррупции в этой связи может быть особенно высоким. Соответствующие параметры для предоставления исключительных прав могут устанавливаться в законодательных актах и нормах регулирования, и обычно организация-заказчик должна обосновывать свою рекомендацию о предоставлении таких прав.

С. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков

23. Точное распределение рисков между различными участвующими сторонами, как правило, определяется после рассмотрения ряда факторов, включая публичную заинтересованность в развитии соответствующей инфраструктуры и степень риска, с которым сталкивается частный партнер, другие инвесторы и кредиторы (а также степень их способности и готовности нести такие риски при приемлемых затратах). Надлежащее распределение рисков имеет существенно важное значение для уменьшения затрат на осуществление проекта и обеспечения его успешной реализации. И наоборот, неправильное распределение рисков, связанных с проектом, может поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта или помешать его эффективному осуществлению, что увеличит затраты на предоставление соответствующей услуги.

24. Используемое в настоящей главе понятие «риски, связанные с проектами» относится к таким обстоятельствам, какие, по оценке сторон, могут оказать неблагоприятное воздействие на выгоду, которую они предполагают получить в результате осуществления какого-либо конкретного проекта. Хотя могут иметь место события, которые будут сопряжены с серьезным риском для большинства сторон (например, физическое уничтожение объектов в результате стихийного бедствия), подверженность риску каждой стороны будет различаться в зависимости от ее роли в осуществлении проекта.

25. Понятие «распределение рисков» относится к решению вопроса о том, на какой стороне или каких сторонах должны лежать последствия возникновения событий, определенных как риски, связанные с проектом. Этот момент, как правило, является предметом переговоров между сторонами, хотя нормы регулирования, принципиальные установки или административные инструкции соответствующей страны могут устанавливать параметры для распределения некоторых рисков. Соглашение сторон в этом отношении воплощается в правах и обязательствах по договору о ПЧП. Например, если частный партнер обязан сдать объект инфраструктуры организации-заказчику, причем определенное оборудование объекта должно быть в функционирующем состоянии, то частный партнер несет риск, связанный с тем, что такое оборудование не сможет обеспечить достижение согласованных показателей производительности. Материализация такого риска, связанного с проектом, в свою очередь может иметь ряд послед-

ствий для частного партнера, включая его ответственность за неисполнение какого-либо договорного обязательства по договору о ПЧП или согласно применимому праву (например, выплата возмещения ущерба организации-заказчику за задержку ввода в эксплуатацию соответствующего объекта); определенные убытки (например, потеря дохода вследствие задержки начала эксплуатации объекта); или дополнительные затраты (например, на ремонт неисправного оборудования или обеспечение поставки оборудования взамен неисправного).

26. Сторона, несущая тот или иной риск, может принять предупредительные меры в целях ограничения вероятности материализации такого риска, а также конкретные меры по защите себя, полностью или частично, от последствий этого риска. Такие меры часто называются «уменьшение риска». В предыдущем примере частный партнер тщательно проверит надежность поставщиков оборудования и предлагаемой технологии. Частный партнер может потребовать от своих поставщиков оборудования предоставления независимых гарантий в отношении функционирования их оборудования. На поставщика может быть также возложена обязанность выплатить штраф или возмещение заранее оцененных убытков частному партнеру в связи с неисправностью его оборудования. В некоторых случаях может быть создан целый ряд более или менее сложных договорных механизмов в целях смягчения последствий риска, связанного с проектом. Например, частный партнер может сочетать гарантии, предоставленные поставщиком оборудования, с коммерческим страхованием, покрывающим некоторые последствия перерыва в ее деятельности из-за неисправности оборудования.

1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами

27. С тем чтобы проиллюстрировать вышесказанное, в нижеследующих пунктах приводится обзор основных категорий рисков, связанных с проектами, а также примеры некоторых договорных механизмов, используемых для распределения и уменьшения рисков. Для дальнейшего ознакомления с этим вопросом читателю предлагается использовать другие источники информации, например *UNIDO BOT Guidelines* (Руководящие принципы ЮНИДО по проектам СЭП⁷).

а) Срыв осуществления проекта, вызванный событиями, которые находятся вне сферы контроля сторон

28. Стороны могут подвергаться риску срыва осуществления проекта вследствие непредвиденных или чрезвычайных событий, не поддающихся их контролю; эти события могут носить физический характер, например стихийные бедствия — наводнения, ураганы или землетрясения, — или же могут быть результатом деятельности человека, например военные действия, гражданские

⁷ См. Введение и справочная информация по ПЧП, сноска 2.

беспорядки или террористические акты. Непредвиденные или чрезвычайные события такого рода могут временно прервать исполнение проекта или функционирование объекта, что в свою очередь может привести к задержке в строительстве, потере дохода и другим убыткам. Серьезные события могут нанести физический ущерб объекту или даже разрушить его до такой степени, что он не будет поддаваться восстановлению (в отношении рассмотрения вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 145–154).

б) Срыв осуществления проекта, вызванный неблагоприятными действиями правительства (политический риск)

29. Частный партнер и кредиторы подвергаются риску негативного влияния на исполнение проекта действий организации-заказчика, другого правительственного ведомства или законодательного органа принимающей страны. Такие риски часто называются политическими рисками, и их можно подразделить на три широких категории: традиционные политические риски (например, национализация активов частного партнера или введение новых налогов, которые ставят под угрозу перспективы частного партнера в отношении выплаты долгов и возвращения инвестиций); регулятивные риски (например, введение более жестких стандартов в отношении предоставляемой услуги или открытие сектора для конкуренции); и квазикommerческие риски (например, нарушение своих обязательств организацией-заказчиком или перерывы в осуществлении проекта вследствие изменений в приоритетах и планах организации-заказчика) (в отношении рассмотрения вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 131–134). В дополнение к политическим рискам, связанным с принимающей страной, некоторые политические риски могут быть результатом действий какого-либо иностранного правительства, например блокады, эмбарго или бойкота, введенных правительствами в странах инвесторов.

с) Риски на стадии строительства и эксплуатации

30. Основные риски, с которыми стороны могут сталкиваться на стадии строительства, заключаются в том, что строительство объекта может быть вообще не завершено или не может быть завершено в согласованные сроки (риски, связанные с завершением), или может быть завершено при более высоких затратах по сравнению с первоначальной сметой (риск превышения расходов на строительство), или же что объект по завершении его строительства не будет удовлетворять критериям, касающимся уровня производительности (эксплуатационный риск). На стадии эксплуатации стороны также могут столкнуться с риском, связанным с тем, что заверченный объект невозможно эффективно эксплуатировать или обслуживать, с тем чтобы обеспечить ожидаемый уровень мощности, отдачи или эффективности (эксплуатационный риск), или что эксплуатационные расходы

превысят первоначальную смету (превышение эксплуатационных расходов). Следует отметить, что риски на стадии строительства и эксплуатации затрагивают не только частный сектор. Организация-заказчик и пользователи в принимающей стране могут испытывать серьезное воздействие в результате перерыва в предоставлении необходимых услуг. Правительство, выступающее в качестве представителя публичных интересов, будет, как правило, обеспокоено рисками, связанными с техникой безопасности или экологическим ущербом, который может быть причинен в результате ненадлежащей эксплуатации объекта.

31. Некоторые из этих рисков могут быть созданы частным партнером или его подрядчиками или поставщиками. Например, превышение расходов на строительство и задержка в завершении могут иметь место в результате применения неэффективных методов строительства, излишних затрат, недостаточного сметного финансирования или отсутствия координации среди подрядчиков. Несоответствие объекта критериям производительности может быть также результатом дефектов конструкции, непригодности используемой технологии или неисправности оборудования, поставленного поставщиками частного партнера. На стадии эксплуатации отсутствие эффективности в работе может быть следствием, например, неправильного технического обслуживания объекта или халатности при эксплуатации механического оборудования. Превышение эксплуатационных затрат также может обуславливаться ненадлежащим управлением.

32. Вместе с тем некоторые из этих рисков могут возникать также в результате конкретных действий организации-заказчика, других правительственных ведомств или даже законодательного органа принимающей страны. Эксплуатационные сбои или превышение расходов могут возникать вследствие ненадлежащих технических спецификаций, предоставленных организацией-заказчиком на стадии принятия решения о заключении договора о ПЧП. Задержки и перерасход могут также обуславливаться действиями организации-заказчика после заключения договора (задержки в получении утверждений и разрешений, дополнительные расходы, вызванные изменениями в требованиях вследствие ненадлежащего планирования, перерывы в работе, вызванные инспектирующими ведомствами или задержками в отводе земельного участка, на котором предполагается строительство объекта). Общие законодательные или регулятивные меры, например более жесткие стандарты в отношении техники безопасности или условий труда, могут также привести к увеличению затрат на строительство или эксплуатацию. Недостатки производства могут быть вызваны непоставкой необходимых материалов (например, электроэнергии или газа) публичными органами.

d) Коммерческие риски

33. Коммерческие риски связаны с возможностью того, что проект не будет в состоянии обеспечить получение ожидаемых доходов вследствие изменений в

рыночных ценах или спросе на производимые товары или услуги. Обе эти формы коммерческих рисков могут серьезно подорвать способность частного партнера погашать свои долги и поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта.

34. Коммерческие риски существенно разнятся в зависимости от сектора и вида проекта. Риск может рассматриваться как минимальный или умеренный, если частный партнер обладает монополией на предоставление соответствующей услуги или если он осуществляет поставки одному клиенту на основании соглашений о постоянном приобретении товаров или услуг. Вместе с тем коммерческие риски могут быть существенными в связи с проектами, которые зависят от поступлений на основе рыночной деятельности, в частности тогда, когда существование альтернативных объектов или источников поставок затрудняет составление достоверного прогноза в отношении пользования или спроса. Это может стать источником серьезной озабоченности, например, в связи с проектами строительства платных автодорог, поскольку платные дороги могут сталкиваться с конкуренцией со стороны бесплатных дорог. В зависимости от легкости, с которой водители могут воспользоваться бесплатной дорогой, доходы от платных дорог могут быть труднопрогнозируемыми, особенно в городских районах, в которых на постоянной основе могут строиться или улучшаться альтернативные скоростные и обычные дороги. Кроме того, показатели загрузки дорог, как было установлено, еще труднее прогнозировать при строительстве новых платных дорог, особенно если речь не идет о расширении существующей системы платных дорог, поскольку в этом случае не имеется данных о дорожном движении, которые можно было бы использовать в качестве точки отсчета.

е) Риски, связанные с обменным курсом, и другие финансовые риски

35. Связанные с обменным курсом риски сопряжены с возможностью того, что изменения в обменном курсе иностранных валют могут изменить валютную стоимость потоков наличных средств, генерируемых проектом. Цены и сборы, взимаемые с местных пользователей или потребителей, по всей вероятности, будут выплачиваться в местной валюте, тогда как займы, а иногда и затраты на оборудование или топливо могут быть выражены в иностранной валюте. Такой риск может носить существенный характер, поскольку обменные курсы являются особенно нестабильными во многих развивающихся странах или странах с переходной экономикой. Помимо колебаний обменного курса частный партнер может подвергаться риску, связанному с тем, что в результате валютного контроля или уменьшения резервов иностранной валюты может быть ограничено наличие на местном рынке иностранной валюты, которая необходима частному партнеру для обслуживания своего долга или возмещения первоначальных инвестиций.

36. Еще один риск, с которым сталкивается частный партнер, связан с возможностью увеличения процентных ставок, что приведет к дополнительным расходам на финансирование проекта. Этот риск может носить существенный характер в связи с проектами в области инфраструктуры с учетом обычно крупных сумм заимствований и длительной продолжительности осуществления проектов, когда некоторые займы предоставляются на период в несколько лет. Кредиты часто предоставляются по фиксированной процентной ставке (например, в виде долговых обязательств с фиксированной ставкой), что позволяет уменьшить риск, связанный с процентными ставками. Кроме того, пакет финансирования может включать схемы страхования от рисков, связанных с процентными ставками, например посредством осуществления свопов с процентными ставками или установления верхнего предела процентных ставок.

2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков

37. Из вышеизложенного вытекает, что стороны должны принимать во внимание целую совокупность факторов для действенного распределения рисков, связанных с проектами. По этой причине в целом нецелесообразно принимать законодательные положения, излишне ограничивающие способность участников переговоров обеспечивать сбалансированное распределение рисков, связанных с проектами, с учетом нужд отдельных проектов. Тем не менее правительству было бы, возможно, полезно подготовить некоторые общие руководящие указания для должностных лиц, действующих от имени национальных организаций-заказчиков, например, путем разработки рекомендательных принципов, касающихся распределения рисков.

38. Практические руководящие принципы, подготовленные для организаций-заказчиков в ряде стран, часто содержат ссылку на общие принципы распределения рисков, связанных с проектами. Один из таких принципов заключается в том, что конкретные риски должны, как правило, возлагаться на ту сторону, которая в большей степени может оценить риск, контролировать и регулировать его. Дополнительные руководящие принципы предусматривают возложение рисков, связанных с проектами, на ту сторону, которая имеет наиболее легкий доступ к инструментам хеджирования (т.е. к инвестиционным схемам, позволяющим компенсировать убытки по одной сделке за счет одновременного получения прибыли по другой) или наибольшую способность диверсифицировать такие риски или уменьшать их при наиболее низких затратах. Однако на практике распределение рисков часто является фактором, связанным как с политическими соображениями (например, публичная заинтересованность в проекте или совокупные обязательства организации-заказчика по различным проектам), так и с относительной прочностью переговорных позиций сторон. Кроме того, при распределении рисков, связанных с проектами, важно учитывать финансо-

вое положение сторон, на которые возлагается конкретный риск, а также их способность нести последствия такого риска, если он материализуется.

39. Частный партнер и его подрядчики, как правило, принимают на себя обычные риски, связанные с развитием и эксплуатацией инфраструктуры. Например, риски, связанные с задержкой завершения строительства и превышением сметных расходов, а также другие риски, типичные для этапа строительства, как правило, возлагаются на строительного подрядчика или подрядчиков посредством заключения договора о строительстве под ключ, согласно которому подрядчик принимает на себя полную ответственность за проектирование и сооружение объекта по фиксированной цене, при соблюдении указанного срока завершения строительства и в соответствии с конкретными эксплуатационными спецификациями (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 78). Строительный подрядчик, как правило, несет ответственность за выплату заранее оцененных убытков или штрафных неустоек за любую задержку в завершении строительства. Кроме того, подрядчик, как правило, также должен предоставить эксплуатационную гарантию, например банковскую гарантию или гарантийное обязательство. Отдельные поставщики оборудования, как правило, также должны предоставлять гарантии в отношении функционирования их оборудования. Эксплуатационные гарантии, предоставляемые подрядчиками и поставщиками оборудования, часто дополняются аналогичными гарантиями, предоставляемыми частным партнером организации-заказчику. Аналогичным образом, частный партнер обычно уменьшает объем возлагаемых на него эксплуатационных рисков посредством заключения договора об эксплуатации и техническом обслуживании, согласно которому эксплуатационная компания берет на себя обязательство обеспечить требуемую отдачу и принимает на себя ответственность за последствия эксплуатационных сбоев. В большинстве случаев механизмы такого рода будут являться жизненно важным требованием успешного осуществления проекта. Кредиторы, со своей стороны, будут стремиться получить защиту от последствий материализации таких рисков и требовать, например, переуступки поступлений по любым обязательствам, выданным с целью гарантировать исполнение со стороны подрядчика. Соглашения о кредитовании обычно содержат требование о том, чтобы поступления по контрактным гарантиям депонировались на залоговом счете кредиторов (счете эскроу), что является дополнительной мерой защиты от возможного ненадлежащего использования средств частного партнера или от наложения ареста по ходатайству третьих сторон (например, других кредиторов). Тем не менее средства, выплачиваемые по гарантийным обязательствам, регулярно высвобождаются для использования частным партнером по мере необходимости покрытия расходов на ремонтные работы либо эксплуатационных или иных расходов.

40. С другой стороны, организация-заказчик, как предполагается, примет на себя те риски, которые относятся к событиям, обусловленным собственными действиями этой организации, таким как неадекватность технических специфици-

каций, представленных на стадии отбора, или задержка, вызванная неспособностью обеспечить согласованные поставки. Можно также предположить, что организация-заказчик будет нести ответственность за последствия срывов, вызванных действиями правительства, например когда она соглашается компенсировать частному партнеру любые убытки вследствие принятия мер по контролю над ценами (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 42). Хотя некоторые политические риски могут быть уменьшены путем приобретения страхования, такое страхование, если оно вообще предоставляется в отношении проектов в соответствующей стране, может и не предлагаться при приемлемых затратах. Так, потенциальные инвесторы и кредиторы могут обратиться к правительству, например, в целях получения гарантий от экспроприации или национализации, а также гарантий того, что в случае таких действий будет выплачена надлежащая компенсация (см. пункт 76). В зависимости от их оценки уровня рисков, которые могут возникнуть в принимающей стране, потенциальные инвесторы и кредиторы могут и не проявить готовности к поддержке осуществления проекта в отсутствие таких заверений или гарантий.

41. Большинство рисков, связанных с проектами и указанных в предыдущих пунктах, можно в большей или меньшей степени рассматривать как подпадающие под контроль той или иной стороны. Вместе с тем большое разнообразие рисков, связанных с проектами, возникает в результате событий, не поддающихся контролю сторон или произошедших вследствие действий третьих сторон, и, таким образом, будет, возможно, необходимо рассмотреть другие принципы распределения рисков.

42. Например, частный партнер может ожидать, что риск, связанный с изменением процентных ставок, а также риск инфляции будут перенесены на конечных пользователей или потребителей объекта посредством механизма повышения цен, хотя это не всегда является возможным вследствие обстоятельств, связанных с рыночными условиями, или мер по контролю над ценами. Структура цен, согласованная между частным партнером и организацией-заказчиком, будет определять ту степень, в которой частный партнер сможет избежать таких рисков, или же ту степень, в которой от него будет ожидать принятия на себя некоторых таких рисков (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 40–50).

43. Другая категория рисков, которые могут быть распределены на основании различных схем, касается таких внешних событий, как военные действия, гражданские беспорядки, стихийные бедствия или иные события, которые вообще не поддаются контролю сторон. В рамках традиционных проектов в области инфраструктуры, осуществляемых публичным сектором, соответствующая публичная организация, как правило, несет риск, например, разрушения объекта в результате стихийных бедствий или аналогичных событий в той мере, в

какой такие риски не могут быть покрыты страхованием. При осуществлении проектов ПЧП правительство может отдать предпочтение возложению подобных рисков на частного партнера. Вместе с тем в зависимости от его оценки конкретных рисков, возникающих в принимающей стране, частный сектор может и не быть готовым принять на себя эти риски. Поэтому на практике не существует единого решения, охватывающего всю категорию таких рисков, и зачастую создаются особые механизмы, регулирующие каждый из них. Например, стороны могут согласиться в том, что наступление некоторых событий такого рода может влечь за собой освобождение затрагиваемой стороны от последствий неисполнения обязательств по договору о ПЧП и что будут созданы договорные механизмы, предусматривающие решения в отношении некоторых неблагоприятных последствий, такие как продление срока действия контрактов в целях компенсации задержки, которая явилась результатом событий, или даже прямой платеж в определенной форме при особых обстоятельствах (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 145–154, и главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 9–10). Эти механизмы будут дополняться коммерческим страхованием, приобретенным частным партнером, если это можно будет сделать при приемлемых затратах (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 128 и 129).

44. Вполне возможно, что потребуется создать и специальные механизмы, касающиеся распределения коммерческих рисков. Такие проекты ПЧП, как проекты в области мобильной связи, обладают относительно высоким потенциалом возвращения прямых затрат, и в большинстве случаев предполагается, что частный партнер будет осуществлять такой проект, не разделяя этих рисков с организацией-заказчиком и не прибегая к поддержке со стороны правительства. В отношении других проектов ПЧП в области инфраструктуры, таких как проекты по электроэнергетике, частный партнер может прибегать к созданию совместно с организацией-заказчиком или другим публичным органом договорных механизмов, в целях уменьшить объем лежащих на нем коммерческих рисков, например, путем заключения долгосрочных соглашений о приобретении товаров или услуг, которые гарантировали бы рынок для соответствующей продукции по согласованной цене. Платежи могут принимать форму сборов за фактическое потребление или наличие услуги или же объединять элементы и одного, и другого, а применимые ставки, как правило, являются предметом положений, касающихся увеличения или индексации платежей с целью обеспечить защиту реальной стоимости поступлений от увеличения затрат на эксплуатацию устаревającego объекта (см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 58 и 59). И наконец, существуют относительно капиталоемкие проекты с более медленным развитием потенциала возмещения затрат, такие как проекты в области водоснабжения и некоторые проекты по строительству платных дорог, которые частный сектор может осуществлять неохотно, если не будет располагать некой схемой совместного несения рисков с

организацией-заказчиком, например, посредством гарантий фиксированных поступлений или согласованных платежей на основе пропускной способности, независимо от фактического использования объекта (см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 53–57).

45. Распределение рисков, которое в конечном счете будет согласовано организацией-заказчиком и частным партнером, будет отражено в их взаимных правах и обязательствах, изложенных в договоре о ПЧП. Возможные законодательные последствия некоторых положений, обычно включаемых в проектные соглашения, рассматриваются в других главах *Руководства* (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП» и главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП»). Стороны будут также заключать различные другие соглашения, призванные уменьшить или перераспределить риски, которые они принимают на себя (например, кредитные соглашения; контракты на строительство, поставку оборудования, эксплуатацию и материально-техническое обслуживание; прямое соглашение между организацией-заказчиком и кредиторами; и, когда это применимо, соглашения о постоянном приобретении товаров или услуг и о долгосрочных поставках).

D. Административная координация

46. В зависимости от структуры административных органов принимающей страны в случае ПЧП может потребоваться участие ряда публичных органов на различных уровнях управления. Например, компетенция на установление различных норм и правил, регулирующих соответствующий вид деятельности, может полностью или частично принадлежать какому-либо публичному органу на ином уровне, нежели уровень органа, отвечающего за предоставление соответствующей услуги. Может также существовать такой сценарий, когда и регулирующие, и оперативные функции объединяются в одной организации, а полномочия на заключение правительственных контрактов в централизованном порядке переданы другому публичному органу. Применительно к проектам, связанным с иностранными инвестициями, может также сложиться такая ситуация, когда некоторые специальные области компетенции могут охватываться мандатом того ведомства, которое несет ответственность за утверждение иностранных инвестиционных предложений.

47. Международный опыт показал целесообразность возложения общей ответственности за разработку политики и практических рекомендаций в отношении ПЧП на центральное подразделение в составе административной структуры принимающей страны. Такое центральное подразделение может также нести ответственность за координацию работы основных публичных органов, взаимодействующих с частным партнером. В то же время признается, что в силу особой

организации административной структуры создание такого механизма в ряде стран будет невозможным. Когда учреждение такого центрального подразделения невозможно, то могут быть изучены иные меры по обеспечению надлежащего уровня координации деятельности различных заинтересованных публичных органов, о чем говорится в нижеследующих пунктах.

1. Координация подготовительных мероприятий

48. После выявления будущего проекта и положительной оценки предлагаемого ПЧП как оптимального варианта его реализации правительству следует определить относительную приоритетность проекта, а также выделить людские и другие ресурсы для его осуществления. На этом этапе желательно, чтобы организация-заказчик провела обзор действующих законодательных или регулятивных требований, касающихся эксплуатации объектов инфраструктуры предлагаемого вида, в целях выявления основных публичных органов, участие которых потребуется для реализации проекта. На данном этапе также важно рассмотреть меры, которые могут потребоваться для того, чтобы организация-заказчик и другие участвующие публичные органы выполнили те обязательства, которые, как они это могут разумно предполагать, лягут на них в связи с проектом. Например, правительству может потребоваться заблаговременно принять бюджетные меры, для того чтобы организация-заказчик или другие публичные органы могли выполнить финансовые обязательства, охватывающие несколько бюджетных циклов, например долгосрочные обязательства по закупке продукции, произведенной в рамках проекта (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 55–59). Кроме того, может потребоваться принятие ряда административных мер для предоставления определенных форм поддержки в связи с проектом, например в том, что касается освобождения от налогообложения и упрощения таможенного режима (см. пункты 77–80 ниже), причем для их принятия может потребоваться значительное время.

2. Подготовка к выбору частного партнера

49. Выбор наилучшего частного партнера, способного разработать проект, отвечающий требованиям организации-заказчика, является центральным условием успеха проекта. Поэтому организация-заказчик должна как можно раньше заняться подготовкой процедур отбора, позволяющих добиться этого результата (см. главу III «Решение заключить договор»). Как и большинство современных законов о публичных закупках, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках обычно позволяет закупающей организации гибко подходить к определению, что будет представлять собой соотношение затрат и получаемой выгоды в случае каждой закупки и как проводить процесс закупок, чтобы добиться желаемого результата. В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках предоставляет закупающей организации широкую свободу действий при принятии реше-

ния о том, что покупать, и определении, что будет считаться отвечающим потребностям закупающей организации (статья 10), кто может участвовать и на каких условиях (статьи 9, 18 и 49) и критерии, которые будут применяться при выборе выигравшего представления (статья 11). Такую же гибкость желательно проявлять и при выборе частного партнера для осуществления проекта ПЧП.

50. Гибкость, однако, не означает, что организация-заказчик вправе принимать такие решения в любое время или изменять характер процедур без надлежащего обоснования. Наоборот, крайне важно, чтобы уже на этапе планирования организация-заказчик определила и детально изучила подходящую процедуру отбора из числа тех, которые предусмотрены в общем законодательстве страны о публичных закупках или в каких-либо конкретных законах о ПЧП (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 17 и 18). Так, выбор надлежащей процедуры будет зависеть от ряда практических аспектов, которые организация-заказчик должна рассмотреть в совокупности еще на этапе подготовки проекта. Таким образом, выбор формы ПЧП (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункт 16), предусматриваемые для объекта механизмы собственности и обслуживания (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 48–55), модель оплаты (например, взимание платы с пользователей или правительственные платежи или сочетание этих методов) и другие существенные элементы разработки проекта будут определять, например, степень заинтересованности организации-заказчика в физических аспектах работы и могут, в свою очередь, повлиять на то, в какой степени организация-заказчик пожелает контролировать технические аспекты путем подготовки свода спецификаций или же предпочтет вместо этого разрешить участникам процедур до конца предлагать свои собственные решения для получения ожидаемого результата. Существуют различные варианты процедур отбора, которые могут отвечать требованиям организации-заказчика (см. главу III «Решение заключить договор»).

51. Уже на этом этапе организации-заказчику необходимо будет также рассмотреть важные аспекты процесса заключения договора. Организация-заказчик должна будет рассмотреть необходимость или желательность процедур предварительного отбора с учетом уровня конкуренции, уже существующей на рынке, и необходимость обеспечения надежного и прозрачного процесса отбора. Организации-заказчику необходимо будет тщательно изучить критерии предварительного отбора с учетом как желаемого результата, так и характера предполагаемого ПЧП. Ей также необходимо будет подготовить надлежащие критерии оценки, чтобы можно было ранжировать предложения, с тем чтобы выбрать участника процедур, предложившего наилучшее соотношение затрат и получаемой выгоды. В практическом плане организация-заказчик должна будет обеспечить себе возможность воспользоваться необходимыми техническими знаниями и опытом для оценки предложений по их как техническим, так и финансовым и коммерческим аспектам.

52. Еще одним весьма важным шагом в подготовительном процессе является доработка организацией-заказчиком предположений в отношении распределения рисков, которые делаются во время анализа затрат и получаемой выгоды, и определение основных условий договора, в том числе и тех, которые считаются не подлежащими обсуждению, поскольку это будет центральным элементом процесса отбора и одним из основных факторов при сопоставлении полученных предложений (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 75–79). Зачастую после выбора соответствующего частного партнера проходит слишком много времени, прежде чем заключается договор о ПЧП, и это приводит к увеличению общих расходов по проекту. Организация-заказчик может помочь сократить это время и сделать заключительные переговоры более структурированными и эффективными, используя как можно больше стандартных документов, которые учитывают предыдущий опыт и практику и отражают существенные условия ПЧП (естественно, адаптированные к обстоятельствам соответствующего конкретного проекта).

3. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений

53. Законодательство может сыграть полезную роль в деле облегчения выдачи лицензий и разрешений, которые могут потребоваться в ходе осуществления проекта (как, например, лицензии, необходимые согласно валютным правилам; лицензии на регистрацию частного партнера в качестве юридического лица; разрешения на наем иностранцев; регистрационные и гербовые сборы за использование земельных участков или оформление собственности на такие участки; лицензии на импорт оборудования и материалов; строительные лицензии; лицензии на прокладку кабелей или трубопроводов; лицензии на ввод объекта в эксплуатацию; и выделение частот для мобильной связи). Выдача таких лицензий и разрешений может относиться к компетенции различных органов на различных уровнях управления, и для их получения может потребоваться значительное время, особенно если утверждающие органы или должностные лица не участвовали с самого начала в разработке проекта или в согласовании его условий. Задержки в процессе введения объектов инфраструктуры в эксплуатацию из-за отсутствия необходимых лицензий или разрешений по не зависящим от частного партнера причинам могут привести к повышению издержек по проекту, а также цен, которые должны выплачиваться пользователями.

54. Поэтому рекомендуется проводить заблаговременную оценку потребностей в лицензиях и разрешениях для целей конкретного проекта, с тем чтобы избежать задержек на этапе реализации. Одна из возможных мер по укреплению координации в процессе выдачи лицензий и разрешений может состоять в том, чтобы возложить на какой-либо один орган полномочия на получение заявок на лицензии и разрешения, препровождение их соответствующим ведомствам и контроль за выдачей всех лицензий и разрешений, перечисленных в запросе

предложений, и других лицензий, которые могут быть предусмотрены принятыми впоследствии регулятивными нормами. Кроме того, в законодательном порядке можно уполномочить соответствующие ведомства выдавать временные лицензии и разрешения и установить срок, по истечении которого эти лицензии и разрешения будут считаться выданными, если не поступит отказ в письменной форме.

55. В то же время следует отметить, что распределение административных полномочий между правительственными структурами различного уровня (например, местного, регионального и центрального) часто отражает основополагающие принципы политической организации страны. Таким образом, имеют место случаи, когда центральное правительство не может принять на себя ответственность за выдачу всех лицензий и разрешений или возложить такую координирующую функцию на какой-либо единый орган. В подобных случаях важно принять меры, направленные на то, чтобы не допустить задержек, которые могут быть вызваны таким распределением административных полномочий, например заключить соглашения между организацией-заказчиком и другими заинтересованными публичными органами об облегчении процедур в связи с каким-либо конкретным проектом, или принять другие меры, направленные на обеспечение надлежащего уровня координации в деятельности различных заинтересованных публичных органов и на повышение прозрачности и эффективности процесса получения лицензий. К тому же правительство может рассмотреть вопрос о предоставлении определенных гарантий того, что оно будет в максимально возможной степени содействовать частному партнеру в получении лицензий, требуемых согласно внутреннему законодательству, например, путем предоставления участникам процедур информации и помощи в вопросах о тех лицензиях, которые требуется получить, а также о соответствующих процедурах и условиях. С практической точки зрения в дополнение к координации между правительственными структурами различного уровня и различными публичными органами требуется обеспечить последовательность в деле применения критериев для выдачи лицензий и для обеспечения прозрачности административного процесса.

Е. Правительственная поддержка

56. Изложенное в разделе С обсуждение показывает, что стороны могут использовать различные договорные механизмы для распределения и уменьшения рисков, связанных с проектами ПЧП. Тем не менее такие механизмы не всегда могут быть достаточными для обеспечения степени уверенности, которая требуется частным инвесторам для того, чтобы они приняли участие в проектах ПЧП. Вполне может оказаться необходимой некоторая дополнительная правительственная поддержка для повышения привлекательности частных инвестиций в осуществление проектов ПЧП.

57. Правительственная поддержка может принимать различные формы. В целом любую меру, принятую правительством в целях улучшения инвестиционного климата для проектов ПЧП, можно рассматривать в качестве правительственной поддержки. С этой точки зрения наличие законодательства, позволяющего правительству заключать договоры о ПЧП, или же установление четких полномочий на проведение переговоров и принятие последующих мер в связи с договорами о ПЧП (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 29–36) могут явиться важными мерами в поддержку осуществления проектов в области инфраструктуры. Однако используемый в *Руководстве* термин «правительственная поддержка» имеет более узкий смысл и касается, в частности, специальных мер, в большинстве случаев финансового или экономического характера, которые могут быть приняты правительством для улучшения условий осуществления какого-либо конкретного проекта или же для оказания частному партнеру помощи в связи с некоторыми связанными с проектами рисками, которые выходят за пределы обычной сферы действия договорных механизмов, согласованных организацией-заказчиком и частным партнером в целях распределения рисков, связанных с проектом. Меры правительственной поддержки, если они могут быть приняты, как правило, образуют неотъемлемую часть правительственных программ по привлечению частных инвестиций в проекты в области инфраструктуры.

1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки

58. На практике решение о поддержке осуществления какого-либо проекта основывается на оценке правительством экономической или социальной значимости проекта и целесообразности оказания в связи с этим дополнительной правительственной поддержки. Правительство может определить, что частный сектор может быть не в состоянии самостоятельно финансировать некоторые проекты при приемлемых затратах. Правительство может также счесть, что определенные проекты не могут быть реализованы без принятия тех или иных мер поддержки, которые уменьшали бы некоторые риски, связанные с этими проектами. Так, готовность частных инвесторов и кредиторов осуществлять крупные проекты в какой-либо стране не только основывается на своей оценке конкретных рисков, связанных с такими проектами, но и обуславливается степенью их удовлетворения инвестиционным климатом в принимающей стране, в частности в секторе инфраструктуры. Факторы, которым частные инвесторы могут придавать особое значение, включают экономическую систему принимающей страны и степень развития рыночных структур, а также степень, в которой эта страна уже преуспела в осуществлении проектов ПЧП в течение ряда лет.

59. По вышеуказанным причинам ряд стран придерживались гибкого подхода при решении вопроса об оказании правительственной поддержки. В некоторых

странах это было достигнуто путем принятия законодательных положений, которые увязывают объем и вид поддержки с конкретными нуждами отдельных секторов инфраструктуры. В других странах это было достигнуто путем наделения правительства принимающей страны достаточными законодательными полномочиями для предоставления некоторых видов заверений или гарантий при сохранении возможности по своему усмотрению предоставлять такие заверения или гарантии не во всех случаях. Вместе с тем правительство принимающей страны будет заинтересовано в обеспечении того, чтобы объем и вид поддержки, предоставленной в связи с каким-либо проектом, не привели к принятию на себя открытых обязательств. Так, принятие публичными органами чрезмерных обязательств в результате предоставления гарантий в связи с каким-либо конкретным проектом может воспрепятствовать предоставлению ими гарантий в связи с другими проектами, являющимися, возможно, даже более важными с точки зрения публичных интересов.

60. Эффективность программ правительственной поддержки частных инвестиций в инфраструктуру можно повысить путем внедрения соответствующих методов бюджетного финансирования мер правительственной поддержки или же оценки общих затрат, связанных с другими формами правительственной поддержки. Например, кредитные гарантии, предоставляемые публичными органами, обычно сопряжены с меньшими расходами, чем затраты на кредитные гарантии, предоставляемые коммерческими кредиторами. Разница между ними (минус стоимость сборов и процентов, выплачиваемых частным партнером) представляет собой затраты для правительства и субсидию для частного партнера. Таким образом правительству, предусматривающему предложить ту или иную форму правительственной поддержки для ПЧП, следует тщательно рассмотреть общие фискальные последствия, с тем чтобы избежать риска случайных непреднамеренных обязательств (см. пункты 15 и 16 выше). Например, кредитные гарантии зачастую не фиксируются в качестве затрат до тех пор, пока не предъявляется соответствующее требование. Таким образом фактическая сумма субсидии, предоставленной правительством, не фиксируется, что может создать неправильное впечатление о том, что кредитные гарантии влекут за собой обязательства в меньшем объеме, чем прямые выплаты субсидий. Аналогичным образом финансовые и экономические затраты, связанные с освобождением от налогов, предоставленным правительством, могут и не быть очевидными, что обуславливает их меньшую прозрачность по сравнению с другими формами прямой правительственной поддержки. По этим причинам странам, рассматривающим вопрос о принятии программ поддержки проектов ПЧП, возможно, потребуется разработать специальные методы для оценки бюджетных затрат на принятие таких мер поддержки, как освобождение от налогообложения, кредиты и кредитные гарантии, предоставляемые публичными органами; такие методы должны учитывать предполагаемую текущую стоимость будущих затрат или утраченных поступлений.

2. *Формы правительственной поддержки*

61. Возможность предоставления прямой правительственной поддержки, будь то в форме финансовых гарантий, публичных кредитов или гарантий в отношении поступлений, может быть важным элементом финансовой структуры проекта. В нижеследующих пунктах кратко описываются формы правительственной поддержки, которые иногда разрешаются внутренним законодательством, а также рассматриваются возможные законодательные последствия, которые они могут иметь для принимающей страны, но при этом не приводится рекомендаций относительно использования какой-либо из этих конкретных форм.

62. В целом, помимо административных и бюджетных мер, которые могут быть необходимыми для обеспечения исполнения правительственных обязательств в течение всей продолжительности осуществления проекта, целесообразно, чтобы законодательный орган рассмотрел возможную необходимость установления прямого законодательного разрешения на оказание некоторых форм поддержки. Если установлено, что правительственная поддержка является целесообразной, то важно, чтобы законодательный орган учитывал обязательства принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли, которые могут ограничивать способность публичных органов договаривающихся государств оказывать финансовую или иную поддержку компаниям, действующим на их территории. Кроме того, если какое-либо правительство рассматривает вопрос об оказании поддержки осуществлению какого-либо проекта в области инфраструктуры, то это обстоятельство должно быть доведено до сведения всех потенциальных участников процедур в надлежащий момент в ходе процедуры отбора (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 76, подпункты (c) и (i)).

а) Публичные кредиты и кредитные гарантии

63. В некоторых случаях закон разрешает правительству предоставлять частному партнеру беспроцентные кредиты или кредиты по низкой процентной ставке в целях уменьшения затрат на финансирование проекта. В зависимости от применяющихся правил отчетности некоторые беспроцентные кредиты, предоставляемые публичными учреждениями, могут быть указаны в качестве поступлений в счета частного партнера; при этом платежи в погашение кредита будут рассматриваться как затраты, вычитаемые в целях налогообложения и бухгалтерского учета. Более того, субординированные ссуды, предоставляемые правительством, могут улучшить финансовые условия осуществления проекта за счет дополнения первостепенных кредитов, предоставленных коммерческими банками, без создания коллизии с точки зрения очередности погашения. Правительственные ссуды в целом могут предоставляться всем частным партнерам в каком-либо секторе или же они могут ограничиваться оказанием времен-

ной помощи частному партнеру в случае материализации определенных рисков, связанных с проектами. Общая сумма любой такой ссуды может быть далее ограничена какой-либо фиксированной суммой или процентной долей общих проектных затрат.

64. Помимо публичных кредитов законодательство некоторых стран разрешает организации-заказчику или другому ведомству правительства принимающей страны предоставлять гарантии в отношении погашения кредитов, взятых частным партнером. Кредитные гарантии предназначены для защиты кредиторов (и в некоторых случаях инвесторов, также предоставляющих средства на осуществление проекта) от неисполнения частным партнером своих обязательств. Кредитные гарантии не влекут за собой немедленного выделения публичных средств, и они могут казаться более привлекательными для правительства, чем прямые ссуды. Вместе с тем кредитные гарантии могут представлять собой существенные обязательства в случае наступления непредвиденных обстоятельств, и объем возлагаемых на правительство рисков может быть весьма значительным, особенно в случае полного краха частного партнера. Так, правительство в большинстве случаев может найти небольшое утешение в возможном вступлении, в порядке суброгации, в права кредиторов в отношении несостоятельного частного партнера.

65. Таким образом, помимо принятия общих мер по повышению эффективности программ правительственной поддержки (см. пункт 60), возможно, было бы целесообразно рассмотреть конкретные положения, ограничивающие объем рисков, принимаемых на себя правительством в связи с кредитными гарантиями. Правила, регулирующие предоставление кредитных гарантий, могут устанавливать максимальный предел, который может быть выражен в виде фиксированной суммы или, если нужна большая гибкость, в виде определенной процентной доли общих инвестиций в какой-либо конкретный проект. Другой мерой по ограничению обязательств предоставляющего гарантии ведомства при наступлении непредвиденных обстоятельств может быть определение случаев, когда такие гарантии могут предоставляться с учетом тех видов связанных с проектом рисков, которые правительство может быть готово нести на совместной основе. Например, если правительство рассматривает вопрос о совместном несении только рисков, связанных с временным перерывом в работе, вызванным событиями, не поддающимися контролю сторон, то гарантии могут ограничиваться случаем, когда частный партнер временно не в состоянии обслуживать свою задолженность из-за наступления специально оговоренных непредвиденных событий вне сферы контроля этого партнера. Если правительство желает обеспечить большую степень защиты кредиторам, то такие гарантии могут охватывать и постоянную неспособность частного партнера выплатить задолженность по своим кредитам по тем же причинам. Однако в этом случае целесообразно не устранять стимулы для кредиторов к принятию мер для продолжения проекта, например, путем определения другого приемлемого частного партнера или путем привлечения какого-либо агента, назначенного для исправления положения, вызванного неисполнением частным

партнером своих обязательств (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 162–165). Таким образом, востребование средств по правительственным гарантиям может обуславливаться предварительным исчерпанием других средств защиты, имеющихся у кредиторов в соответствии с договором о ПЧП, кредитными соглашениями или их прямыми соглашениями с организацией-заказчиком, если таковые были заключены. В любом случае полные кредитные гарантии правительства, равнозначные полной защите кредиторов от риска неисполнения своих обязательств частным партнером, не являются общей чертой проектов в области инфраструктуры, осуществляемых при помощи механизма проектного финансирования.

b) Участие в акционерном капитале

66. Еще одна форма дополнительной поддержки со стороны правительства может состоять в прямом или косвенном участии в акционерном капитале частного партнера. Участие правительства в акционерном капитале может помочь достижению более благоприятного соотношения между акционерным капиталом и задолженностью посредством дополнения капитала, предоставленного спонсорами проекта, в частности тогда, когда другие источники акционерного капитала, такие как инвестиционные фонды, не могут быть использованы частным партнером. Инвестиции правительства в акционерный капитал могут быть также полезными для выполнения правовых требований принимающей страны, касающихся состава создаваемых в стране компаний. Законодательство некоторых стран, регулирующее деятельность акционерных обществ, или специальное законодательство, касающееся проектов в области инфраструктуры, требует определенной степени участия местных инвесторов в компаниях, учреждаемых в стране. Однако не всегда можно обеспечить требуемую степень местного участия на приемлемых условиях. Местные инвесторы могут не испытывать достаточной заинтересованности или не обладать достаточными финансовыми ресурсами для инвестирования в крупные проекты в области инфраструктуры; они могут также негативно относиться к необходимости принять на себя особые риски, связанные с проектами, или не обладать достаточным опытом ведения операций при наличии таких рисков.

67. Участие правительства может быть сопряжено с определенными рисками, которые правительство, возможно, пожелает учесть. В частности, существует риск того, что такое участие может восприниматься как подразумеваемая гарантия правительства, и поэтому стороны или даже третьи стороны могут предполагать, что правительство полностью поддерживает соответствующий проект или в конечном счете может даже взять его осуществление на себя в случае неудачи частного партнера. Если такая подразумеваемая гарантия не является преднамеренной, то следует принять соответствующие положения, уточняющие пределы правительственного участия в проекте.

с) Субсидии

68. В некоторых странах тарифные субсидии используются для того, чтобы дополнить поступления частного партнера в том случае, если фактические доходы от проекта уменьшаются ниже определенного минимального уровня. Предоставление услуг в некоторых областях, в которых частный партнер должен осуществлять свои операции, может и не быть доходным предприятием вследствие незначительного спроса или больших эксплуатационных затрат, или же вследствие того, что частный партнер должен предоставлять соответствующую услугу определенному слою населения по низкой стоимости. Таким образом, в некоторых странах закон разрешает правительству брать на себя обязательства по предоставлению субсидий частному партнеру, с тем чтобы обеспечить возможность оказания услуг по более низкой стоимости.

69. Субсидии, как обычно, принимают форму прямых платежей частному партнеру, будь то в форме единовременных платежей или платежей, конкретно рассчитанных для того, чтобы дополнять поступления частного партнера. В последнем случае правительство должно обеспечить, чтобы оно располагало адекватными механизмами для проверки точности выплаты субсидий частному партнеру посредством, например, включения в проектное соглашение положений, касающихся аудита и раскрытия финансовой информации. Альтернативой прямым субсидиям может быть разрешение частному партнеру перекрестно субсидировать менее прибыльные виды деятельности за счет доходов, полученных от более прибыльных операций. Этого можно достичь путем объединения в рамках одного и того же договора о ПЧП как доходных, так и менее доходных видов или областей деятельности либо путем предоставления частному партнеру права коммерческой эксплуатации отдельного и более прибыльного вспомогательного объекта (см. пункты 84–86 ниже).

70. Вместе с тем важно, чтобы законодательный орган учитывал практические последствия и возможные юридические препятствия предоставлению субсидий частному партнеру. Например, установлено, что субсидии препятствуют свободной конкуренции, и законодательство многих стран, касающееся конкуренции, запрещает предоставлять субсидии или иные формы прямой финансовой помощи, которые прямо не разрешены законодательством. Предоставление субсидий может также противоречить международным обязательствам принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли.

d) Суверенные гарантии

71. В связи с проектами ПЧП термин «суверенные гарантии» иногда используется для указания на один из двух видов гарантий, предоставляемых правительством принимающей страны. К первому виду относятся гарантии, предо-

ставленные правительством принимающей страны для покрытия нарушения обязательств, принятых на себя организацией-заказчиком в соответствии с договором о ПЧП. Ко второй категории относятся гарантии того, что правительство не будет препятствовать частному партнеру в осуществлении определенных прав, предоставленных ему в соответствии с договором о ПЧП или вытекающих из законодательства страны, например права на репатриацию прибыли по завершении проекта. Какую бы форму ни принимали такие гарантии, важно, чтобы правительство и законодательный орган учитывали способность правительства оценивать и эффективно регулировать объем принимаемых на себя рисков, связанных с проектами, а также определять приемлемый уровень прямых или условных обязательств, которые оно может взять на себя.

i) Гарантии исполнения со стороны организации-заказчика

72. Гарантии исполнения могут использоваться в том случае, когда организация-заказчик является отдельным или самостоятельным юридическим лицом, на действия которого не распространяется ответственность самого правительства. Такие гарантии могут быть предоставлены от имени правительства или какого-либо публичного финансового учреждения принимающей страны. Они могут также принимать форму гарантии, выданной международными финансовыми учреждениями и подкрепленной встречной гарантией правительства (см. пункты 88–92 ниже). Гарантии, предоставляемые правительством, могут быть полезным средством защиты частного партнера от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика или иного публичного органа, взявшего на себя конкретные обязательства по договору о ПЧП. Наиболее широко распространенные ситуации, в которых используются такие гарантии, включают следующие:

a) гарантии приобретения товаров и услуг. В рамках этих механизмов правительство гарантирует оплату товаров и услуг, предоставляемых частным партнером публичным субъектам. Гарантии оплаты часто используются в связи с платежными обязательствами по соглашениям о приобретении продукции в секторе электроэнергетики (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 58 и 59). Такие гарантии могут иметь особое значение в том случае, когда основным или единственным клиентом частного партнера является какая-либо правительственная монополия. Уверенность частного партнера и кредиторов может быть дополнительно укреплена, если такая гарантия поддержана каким-либо международным финансовым учреждением;

b) гарантии поставок. Гарантии поставок могут также предоставляться в целях защиты частного партнера от последствий неисполнения со стороны предприятий публичного сектора, поставляющих товары и материалы, необходимые для эксплуатации какого-либо объекта, — например в том, что касается топлива, электроэнергии или водоснабжения, — или же в целях обеспечения выплаты возмещения, которое может причитаться с организации-заказчика в соответствии с соглашением о поставках;

с) *общие гарантии*. Ими являются гарантии, призванные защищать частного партнера от любой формы неисполнения обязательств организацией-заказчиком, а не от неисполнения конкретно указанных обязательств. Хотя общие гарантии исполнения, возможно, встречаются довольно редко, имеют место случаи, когда частный партнер и кредиторы могут рассматривать их как условие, необходимое для осуществления проекта. Речь может идти, например, о случае, когда обязательства, принятые на себя организацией-заказчиком, не являются соразмерными ее кредитоспособности, что может иметь место в связи с крупными договорами о ПЧП, заключенными с муниципалитетами или иными автономными субъектами. Гарантии правительства могут быть полезными для обеспечения исполнения обязательств в натуре, например когда правительство принимающей страны берет на себя обязательство заменить собой организацию-заказчика применительно к совершению некоторых действий (например, в связи с отводом надлежащей площадки для удаления побочных продуктов).

73. В целом можно сказать, что весьма важно не переоценить достаточность только суверенных гарантий для защиты частного партнера от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика. За исключением случая, когда их цель состоит в обеспечении исполнения в натуре, суверенные гарантии обычно выполняют компенсационную функцию. Так, они не могут заменить соответствующие договорные средства защиты в случае неисполнения со стороны организации-заказчика (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 156 и 157). Различные виды договорных средств защиты или их комбинации могут использоваться в различных случаях неисполнения, например в случае неисполнения обязательств могут погашаться заранее оцененные убытки, а повышение тарифов или продление срока действия договора могут предусматриваться для случаев дополнительной задержки в осуществлении проекта, вызванной действиями организации-заказчика. Кроме того, для сокращения объема ответственности, принимаемой на себя правительством, и уменьшения риска востребования по гарантии целесообразно рассмотреть меры, побуждающие организацию-заказчика к соблюдению обязательств по договору о ПЧП или к усилиям по устранению причин неисполнения обязательств. Такие меры могут включать права гаранта на прямую суброгацию в отношении организации-заказчика или механизмы внутреннего контроля для обеспечения подотчетности организации-заказчика или ее агентов в случае, например, произвольного или небрежного нарушения ее обязательств по договору о ПЧП, которое приводит к востребованию по суверенной гарантии.

ii) *Гарантии в отношении неблагоприятных действий со стороны правительства*

74. В отличие от гарантий исполнения, которые защищают частного партнера от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика, гарантии, рассматриваемые в настоящем разделе, относятся к действиям других органов при-

нимающей страны, которые наносят ущерб правам частного партнера или иным образом существенно затрагивают осуществление договора о ПЧП. Такие гарантии часто называются «гарантии от политических рисков».

75. Одним из видов гарантий, предусматриваемых в национальном законодательстве, являются валютные гарантии, которые обычно выполняют три функции: гарантию конвертируемости прибыли в местной валюте в иностранную валюту, гарантию наличия необходимой иностранной валюты и гарантию перевода за рубеж конвертируемых сумм. Валютные гарантии широко применяются в контексте тех проектов ПЧП, которые связаны со значительными суммами задолженности, выраженной в иных валютах, чем местная валюта, в частности в тех странах, валюта которых не является свободно конвертируемой. Некоторые законы также предусматривают, что такая гарантия может быть подкреплена банковской гарантией, выданной в пользу частного партнера. Валютные гарантии, как правило, не предназначаются для защиты частного партнера и кредиторов от рисков колебаний обменного курса или вызванной рынком девальвации, которые считаются обычными коммерческими рисками. В то же время правительства иногда соглашались оказать помощь частному партнеру в случаях, когда он не в состоянии погасить свою задолженность в иностранной валюте в результате чрезвычайно резкой девальвации национальной валюты.

76. Другой важный вид гарантий может состоять в предоставлении частному партнеру и его акционерам заверений в том, что они не подвергнутся экспроприации без надлежащей компенсации. Такая гарантия, как правило, распространяется и на конфискацию собственности, принадлежащей частному партнеру в принимающей стране, и на национализацию самого частного партнера, т.е. конфискацию акционерного капитала частного партнера. Этот вид гарантий обычно предусматривается в законодательстве, касающемся прямых иностранных инвестиций, а также в двусторонних договорах о защите инвестиций (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6).

е) Налоговые и таможенные льготы

77. Другим способом поддержки правительством принимающей страны осуществления проектов ПЧП может быть предоставление в некоторой форме освобождения от налогов и таможенных пошлин или уменьшения их размера, либо предоставление налоговых и таможенных льгот. Внутреннее законодательство, касающееся прямых иностранных инвестиций, часто устанавливает особые налоговые режимы для поощрения иностранных инвестиций, причем в некоторых странах было сочтено полезным прямо распространить такой налоговый режим на иностранные компании, участвующие в осуществлении проектов ПЧП (см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 35–40).

78. Освобождение от налогов или предоставление налоговых льгот, как правило, включает освобождение от подоходного налога или налога на прибыль или от поимущественного налога на объект либо освобождение от подоходного налога на проценты, причитающиеся в связи с кредитами и другими финансовыми обязательствами, взятыми на себя частным партнером. Некоторые законы предусматривают освобождение всех сделок, касающихся проектов ПЧП, от гербовых или аналогичных сборов. В некоторых случаях закон устанавливает определенный преференциальный налоговый режим или предусматривает, что частный партнер будет пользоваться льготами на основании того благоприятного налогового режима, который в целом установлен для иностранных инвестиций. Иногда налоговые льготы принимают форму более благоприятной ставки подоходного налога в сочетании с уменьшающимся объемом освобождения от налогов в течение первоначальных лет осуществления проекта. Такие освобождения и льготы иногда предоставляются подрядчикам, привлеченным частным партнером, в особенности иностранным подрядчикам.

79. Другими мерами в области налогообложения, которые иногда используются для содействия осуществлению проектов ПЧП, являются освобождения от налога на проценты для иностранных кредиторов, предоставивших кредиты в связи с такими проектами. Во многих правовых системах любой процент, комиссионный сбор или вознаграждение в связи с кредитом или задолженностью, которые прямо или косвенно выплачивают созданные в стране компании или которые вычитаются из полученного в стране дохода, считаются местным доходом для целей налогообложения. Поэтому и местные, и иностранные кредиторы по проектам в области инфраструктуры могут подлежать обложению подоходным налогом в принимающей стране, причем от частного партнера может требоваться удерживать суммы налога из платежей иностранным кредиторам как нерезидентам принимающей страны. Подоходный налог, причитающийся с кредиторов в принимающей стране, обычно принимается во внимание в ходе переговоров между частным партнером и кредиторами и может иметь своим результатом увеличение финансовой стоимости проекта. В некоторых странах компетентные органы уполномочены предоставлять освобождение от налогообложения в связи с платежами нерезидентам, которые, как установлено, производятся для поощрения или активизации экономического или технического развития принимающей страны или же как-либо иначе считаются связанными с целью, имеющей большое значение с точки зрения публичных интересов.

80. Помимо предоставления налоговых льгот или освобождения от налогообложения, национальное законодательство иногда предусматривает облегченный порядок импорта оборудования для использования частным партнером путем освобождения от уплаты таможенных пошлин. Такое освобождение, как правило, относится к уплате импортных пошлин в отношении оборудования, механизмов, вспомогательных материалов, сырьевых материалов и предметов, ввозимых в страну для целей проведения предварительного обоснования, проектирования, строительства и эксплуатации объектов в области инфраструкту-

ры. В том случае, когда частный партнер желает передать или продать ввезенное оборудование на внутреннем рынке, ему, как правило, необходимо получить разрешение организации-заказчика, а соответствующие импортные пошлины, налог с оборота или другие налоги потребуются заплатить в соответствии с законодательством принимающей страны. Иногда закон уполномочивает правительство либо предоставить освобождение от уплаты таможенных пошлин, либо гарантировать, что размер пошлины не будет увеличен в ущерб проекту.

f) Защита от конкуренции

81. Дополнительная форма правительственной поддержки может заключаться в предоставлении заверений в том, что в течение определенного срока не будет разрабатываться каких-либо конкурирующих проектов в области инфраструктуры или что ни одно ведомство правительства не будет конкурировать с частным партнером, будь то прямо или через другого частного партнера. Заверения такого рода служат в качестве гарантии того, что исключительные права, которые могут быть предоставлены частному партнеру (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 19 и 20), не будут аннулированы в течение жизненного цикла этого проекта. Защита от конкуренции может рассматриваться частным партнером и кредиторами в качестве весьма важного условия участия в развитии инфраструктуры принимающей страны. Национальное законодательство некоторых стран содержит положения, согласно которым правительство обязуется не оказывать помощи или поддержки осуществлению каких-либо параллельных проектов, которые могут привести к конкуренции с частным партнером. В некоторых случаях законодательство устанавливает обязательство правительства не изменять условия таких исключительных прав в ущерб частному партнеру без его согласия.

82. Положения такого рода могут быть направлены на содействие возникновению у спонсоров проекта и кредиторов уверенности в том, что основные предположения, на основании которых был выдан подряд на осуществление проекта, будут соблюдаться. Вместе с тем они могут противоречить международным обязательствам принимающей страны по соглашениям о региональной экономической интеграции и либерализации торговли. Кроме того, они могут ограничивать способность правительства реагировать на увеличение спроса на соответствующую услугу, как того могут требовать публичные интересы, или же обеспечивать возможность предоставления таких услуг различным категориям пользователей. В связи с этим весьма важно тщательно учитывать интересы различных участвующих сторон. Например, требуемый уровень цен, обеспечивающий прибыльную эксплуатацию платной дороги, может превышать платежеспособность слоев населения с низкими доходами. Таким образом, организация-заказчик может быть заинтересована в сохранении открытой для населения бесплатной дороги в качестве альтернативы новой платной дороге. Однако если организация-заказчик в то же время принимает решение улучшить или модер-

низировать альтернативную дорогу, то дорожное движение может быть отвлечено от платной дороги, построенной частным партнером, что повлияет на поток ее поступлений. Аналогичным образом правительство может пожелать обеспечить свободную конкуренцию при предоставлении услуг в области междугородной телефонной связи, с тем чтобы расширить доступность таких услуг и уменьшить их стоимость (краткий обзор вопросов, связанных с конкуренцией, см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 28–32). Однако последствием принятия такой меры может быть существенное уменьшение доходов, на которые рассчитывал частный партнер.

83. В целом, возможно, было бы полезно уполномочить правительство предоставлять в соответствующих случаях заверения в том, что исключительным правам частного партнера не будет нанесено ненадлежащего ущерба в результате последующих изменений правительственной политики без надлежащей компенсации. Вместе с тем может быть нецелесообразно принимать законодательные положения, которые исключают возможность внесения последующих изменений в политику правительства в отношении соответствующего сектора, включая решение о содействии конкуренции или создании параллельной инфраструктуры. Возможные последствия таких будущих изменений для частного партнера должны быть предусмотрены сторонами в договорных положениях, касающихся изменений обстоятельств (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 130–144). Особенно целесообразно предоставить организации-заказчику необходимые полномочия на проведение переговоров с частным партнером по вопросу о компенсации, которая может причитаться в связи с убытками или ущербом, которые могут возникнуть в результате осуществления конкурирующего проекта в области инфраструктуры, позднее начатого организацией-заказчиком, или в результате любой аналогичной меры правительства, которая наносит ущерб исключительным правам частного партнера.

g) Вспомогательные источники поступлений

84. Одна из дополнительных форм поддержки осуществления проектов ПЧП может заключаться в разрешении частному партнеру диверсифицировать свои инвестиции посредством выдачи ему дополнительных концессий на предоставление вспомогательных услуг или осуществление других видов деятельности. В некоторых случаях альтернативные источники поступлений могут также использоваться в качестве субсидии, предоставляемой частному партнеру в целях проведения политики, заключающейся в установлении низких или контролируемых цен на основную услугу. При условии, что такая вспомогательная деятельность является достаточно прибыльной, она может укрепить финансовую осуществимость проекта: например, право взимать плату на каком-либо существующем мосту может служить стимулом для осуществления нового проекта по строительству платного моста. Вместе с тем не следует переоценивать относительную значимость вспомогательных источников поступлений.

85. С тем чтобы позволить частному партнеру осуществлять вспомогательную деятельность, правительству, возможно, необходимо получить законодательную санкцию на предоставление частному партнеру права использовать собственность, принадлежащую организации-заказчику, для целей такой деятельности (например, земельного участка, прилежащего к скоростной магистрали и выделяемого для строительства объектов обслуживания) или права взимать сборы за использование объекта, построенного организацией-заказчиком. Если будет сочтено необходимым установить контроль над развитием и возможным расширением такой вспомогательной деятельности, то может быть предусмотрено требование о получении разрешения организации-заказчика на то, чтобы частный партнер предпринял существенное расширение объектов, используемых для такой вспомогательной деятельности.

86. В некоторых правовых системах определенные виды вспомогательных источников поступлений, предлагаемые правительством, могут считаться концессией, отдельной от основной концессии, и в связи с этим целесообразно рассмотреть вопрос о возможных ограничениях свободы частного партнера заключать договоры в отношении эксплуатации вспомогательных объектов (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 109 и 110).

Г. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями

87. Помимо гарантий, предоставляемых непосредственно правительством принимающей страны, могут использоваться гарантии, выдаваемые такими международными финансовыми учреждениями, как Всемирный банк, Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям и региональные банки развития. Такие гарантии обычно защищают частного партнера от некоторых политических рисков, однако при определенных обстоятельствах они могут также охватывать нарушение договора о ПЧП, например когда частный партнер не исполняет обязательств в отношении своих кредитов в результате нарушения какого-либо обязательства организацией-заказчиком.

1. Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями

88. В дополнение к предоставлению кредитов правительствам и публичным органам многосторонние кредитные учреждения, такие как Всемирный банк и региональные банки развития, разработали программы, предусматривающие предоставление кредитов частному сектору. Иногда они могут также предоставлять гарантии коммерческим кредиторам в отношении проектов в публичном и

частном секторах. В большинстве случаев такие гарантии, выданные этими учреждениями, требуют предоставления встречной гарантии правительством принимающей страны.

89. Гарантии многосторонних кредитных учреждений призваны уменьшать риски неисполнения суверенных договорных обязательств или невозвращения долгосрочных кредитов, которые частные кредиторы не готовы нести и не способны оценить. Например, гарантии, предоставляемые Всемирным банком, могут, как правило, охватывать конкретно указанные риски (частичная гарантия от рисков) или же все кредитные риски в течение конкретно указанной части периода финансирования (частичная кредитная гарантия), о чем кратко говорится ниже. Большинство региональных банков развития предоставляют гарантии на условиях, аналогичных условиям Всемирного банка.

а) Частичные гарантии от рисков

90. Частичная гарантия от рисков охватывает конкретно указанные риски, возникающие в результате неисполнения суверенных договорных обязательств или вследствие некоторых политических форс-мажорных событий. Такие гарантии обеспечивают платеж в случае отказа от обслуживания задолженности, явившегося результатом неисполнения договорных обязательств, взятых на себя правительствами или их ведомствами. Они могут охватывать различные виды неисполнения, такие как отказ от поддержания согласованной регулятивной основы, включая ценовые формулы; отказ обеспечивать вводимые ресурсы, такие как топливо, поставляемое какой-либо частной электроэнергетической компании; отказ оплатить готовую продукцию, например электроэнергию, закупленную каким-либо правительственным предприятием общественного пользования у электроэнергетической компании, или же водные ресурсы, приобретенные какой-либо местной коммунальной компанией водоснабжения; отказ выплатить компенсацию за задержки или перерывы в осуществлении проекта, вызванные действиями правительства или политическими событиями; процедурные задержки; и неблагоприятные изменения в законодательстве или регулятивных нормах, касающихся валютного контроля.

91. Когда многосторонние кредитные учреждения участвуют в финансировании какого-либо проекта, они иногда оказывают поддержку в форме отказа от права обращения взыскания на частного партнера, которым они в ином случае располагали бы, в случае если неисполнение обязательств вызвано событиями, обусловленными политическими рисками. Например, многостороннее кредитное учреждение, принимающее гарантию завершения строительства от частного партнера, может согласиться с тем, что оно не будет прибегать к принудительному востребованию по такой гарантии, если причина незавершения строительства обуславливалась политическим риском.

б) Частичные кредитные гарантии

92. Частичные кредитные гарантии предоставляются заемщикам из частного сектора при наличии встречной гарантии правительства. Они призваны охватить ту часть финансирования, сроки погашения которой являются более длительными, чем обычный срок возвращения кредитов, предоставленных частными кредиторами. Такие гарантии, как правило, используются в отношении осуществляемых с участием частного сектора проектов, для финансовой жизнеспособности которых необходимы средства, предоставленные на долгосрочной основе. Частичная кредитная гарантия обычно продлевает сроки возвращения кредитов и охватывает все случаи неплатежа конкретно указанной части задолженности.

2. Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям

93. Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям (МАИГ) предлагает долгосрочное страховое покрытие политических рисков в отношении новых инвестиций, происходящих из любого государства-члена и предназначенных для любого развивающегося государства-члена, кроме государства происхождения инвестиций. Такое покрытие может также распространяться на новые инвестиционные взносы, связанные с расширением, модернизацией или финансовой реструктуризацией существующих проектов, равно как и на приобретения, сопряженные с приватизацией государственных предприятий. Покрываемые формы иностранных инвестиций включают акционерный капитал, кредиты акционеров и кредитные гарантии, выдаваемые акционерами, при условии, что кредиты и кредитные гарантии рассчитаны на срок по меньшей мере в три года. Могут быть также застрахованы кредиты, предоставляемые другим заемщикам, при условии одновременного страхования инвестиций акционеров в проекты. Другими формами инвестиций, которые могут быть застрахованы, являются договоры о технической помощи и управлении, а также соглашения о франшизинге и лицензировании при условии, что срок их действия составляет по меньшей мере три года, а вознаграждение инвестора увязано с эксплуатационными результатами проекта. МАИГ осуществляет страхование от следующих рисков: ограничения на переводы иностранной валюты, экспроприация, нарушение договора, военные действия и гражданские беспорядки, а также невыполнение финансовых обязательств.

а) Ограничения на перевод валюты

94. Цель гарантий перевода иностранной валюты, предоставляемых МАИГ, является аналогичной цели суверенных валютных гарантий, которые могут быть

предоставлены правительством принимающей страны (см. пункт 75). Эта гарантия обеспечивает защиту от убытков, возникающих вследствие неспособности инвесторов конвертировать местную валюту (капитал, проценты, сумма долга, прибыль, роялти и другие поступления) в иностранную валюту для перевода за пределы принимающей страны. Такое страховое покрытие защищает от чрезмерных задержек в приобретении иностранной валюты, вызванных действиями или бездействием правительства принимающей страны, неблагоприятными изменениями в законодательстве или правилах, касающихся валютного контроля, и ухудшением условий, регулирующих конвертируемость и перевод местной валюты. Девальвация валюты не покрывается. По получении заблокированной местной валюты от инвестора МАИГ выплачивает компенсацию в валюте, предусмотренной его гарантийным договором.

b) Экспроприация

95. Эта гарантия защищает от потери застрахованных инвестиций в результате действий правительства принимающей страны, которые могут ослабить или ликвидировать право собственности на застрахованные инвестиции, контроль в отношении таких инвестиций или иные права в них. Помимо прямой национализации и конфискации, покрывается также «ползучая» экспроприация, т.е. ряд действий, которые с течением времени приводят к фактической экспроприации. Покрывание частичной экспроприации предоставляется на ограниченной основе (например, в отношении конфискации средств или материальных активов). Добросовестные, недискриминационные меры, принятые правительством принимающей страны во исполнение законных полномочий по регулированию, не охватываются такой гарантией. В случае полной экспроприации инвестиций в форме акционерного капитала МАИГ выплачивает чистую балансовую стоимость застрахованных инвестиций. В случае экспроприации средств МАИГ выплачивает застрахованную часть заблокированных средств. В отношении кредитов и кредитных гарантий Агентство осуществляет страхование непогашенной части суммы долга и любых накопленных и невыплаченных процентов. Компенсация выплачивается при переуступке Агентству интереса инвестора в экспроприированных инвестициях (например, акций или интереса в кредитном соглашении).

c) Нарушение договора

96. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих в связи с нарушением или аннулированием правительством принимающей стороны договора с инвестором. В случае предполагаемого нарушения или аннулирования договора инвестор должен быть в состоянии прибегнуть к механизму урегулирования споров (например, арбитражу) в соответствии с основным договором и получить возмещение ущерба. Если после истечения конкретно указанного срока инвестор не получил платежа или если механизм урегулирования споров не функциони-

рует вследствие действий, предпринятых правительством принимающей страны, то МАИГ выплачивает компенсацию.

д) Военные действия и гражданские беспорядки

97. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих по причине ущерба, причиненного материальным активам, а также их уничтожения или исчезновения в результате политически мотивированных военных действий или гражданских беспорядков в принимающей стране, в том числе революции, восстания, государственного переворота, саботажа и терроризма. В отношении инвестиций в форме акционерного капитала МАИГ выплачивает долю инвестора в балансовой стоимости активов или покрывает расходы на их замену и расходы на ремонт поврежденных активов в зависимости от того, какая из этих сумм является меньшей. В отношении кредитов и кредитных гарантий МАИГ выплачивает застрахованную часть суммы долга и процентов, не выплаченных непосредственно в результате ущерба активам проекта, причиненного военными действиями или гражданскими беспорядками. Покрытие военных действий и гражданских беспорядков также распространяется на события, которые в течение одногодичного периода приводят к перерыву в проектных операциях, имеющих важное значение для общей финансовой жизнеспособности проекта. Такого рода перерыв в операциях происходит тогда, когда инвестиции считаются полностью утраченными; в этот момент МАИГ выплачивает балансовую стоимость всех застрахованных инвестиций в форме акционерного капитала.

е) Невыполнение финансовых обязательств

98. Эта гарантия защищает от убытков, причиненных в результате неисполнения обязательств суверенных и субсуверенных субъектов, а также государственных предприятий произвести причитающийся платеж согласно безусловному финансовому платежному обязательству или гарантии в связи с соответствующими инвестициями. Первоочередными бенефициарами являются коммерческие ссудодатели, которые предоставили кредиты субъектам из частного сектора, участвующим в инвестиционных проектах в области развития. Такое покрытие может быть предложено инвесторам только в том случае, если финансовое платежное обязательство является безусловным и если не заявлены никакие возражения, т.е. не имеется никаких оснований, на которых суверенный или субсуверенный субъект и государственное предприятие могут использовать средства правовой защиты на законной основе в порядке возражения против того факта, что обязательство причитается к уплате. Еще одно преимущество механизма МАИГ, использующегося в случае невыполнения финансовых обязательств, заключается в том, что инвестору не требуется получать арбитражное решение для предъявления требования МАИГ для компенсации.

6. Гарантии, предоставляемые агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

99. Страхование покрытие от некоторых политических, коммерческих и финансовых рисков, а также прямые кредиты могут быть получены от агентств по кредитованию экспорта и содействию инвестированию. Агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию, как правило, создаются в некоторых странах в целях оказания содействия экспорту товаров или услуг, происходящих из данной страны. Агентства по кредитованию экспорта действуют от имени правительств стран, поставляющих товары и услуги для какого-либо проекта. Большинство агентств по кредитованию экспорта являются членами Международного союза страховщиков кредитов и инвестиций (Бернский союз), основные цели которого включают поощрение международного сотрудничества и содействие созданию благоприятного инвестиционного климата, разработку и поддержание надежных принципов страхования экспортных кредитов, а также установление и поддержание дисциплины с точки зрения кредитов, используемых в международной торговле.

100. Хотя в каждой стране может быть получена поддержка в различных формах, агентства по кредитованию экспорта обычно предлагают два вида страхового покрытия:

а) страхование экспортных кредитов. В контексте финансирования проектов ПЧП основная цель страхования экспортных кредитов заключается в гарантировании платежа продавцу в том случае, когда иностранному покупателю экспортируемых товаров или услуг разрешено отсрочить платеж. Страхование экспортных кредитов может принимать форму механизмов страхования кредитов поставщику или кредитов покупателю. В рамках механизмов кредитов поставщику экспортер и импортер согласовывают коммерческие условия, предусматривающие отсрочку платежа, подтвержденную оборотными инструментами (например, переводными или простыми векселями), выдаваемыми покупателем. При условии доказательства кредитоспособности экспортер получает страховое покрытие от агентства по кредитованию экспорта в своей стране. В рамках механизма кредитов покупателю обязательство покупателя произвести платеж финансируется банком экспортера, который в свою очередь получает страховое покрытие от агентства по кредитованию экспорта. Экспортные кредиты, как правило, подразделяются на краткосрочные (срок оплаты составляет обычно до двух лет), среднесрочные (обычно от двух до пяти лет) и долгосрочные (свыше пяти лет). Официальная поддержка со стороны агентств по кредитованию экспорта может принимать форму чистого покрытия, под которым понимается страхование или гарантии, предоставленные экспортерам или кредитным учреждениям без финансовой поддержки. Официальная поддержка может также

принять форму финансовой поддержки, которая определяется как включающая прямые кредиты зарубежному покупателю, рефинансирование и все формы поддержки процентной ставки;

b) страхование инвестиций. Агентства по кредитованию экспорта могут предложить страховое покрытие либо непосредственно заемщику, либо экспортеру в связи с определенными политическими и коммерческими рисками. Типичные политические и коммерческие риски включают военные действия, восстание или революцию; экспроприацию, национализацию или реквизицию активов; невозможность конвертировать валюту; и отсутствие возможности приобрести иностранную валюту. Страхование инвестиций, предоставляемое агентствами по кредитованию экспорта, обычно защищает инвесторов какого-либо частного партнера, созданного за рубежом, от застрахованных рисков, но не самого частного партнера. Страхование инвестиций может также распространяться на целый ряд политических рисков. Агентства по кредитованию экспорта, которые готовы обеспечить страховой охват таких рисков, как правило, будут требовать предоставления достаточной информации относительно правовой системы принимающей страны.

101. Условия, на которых агентства по кредитованию экспорта большинства государств — членов Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) предлагают поддержку кредитных сделок поставщика и покупателя, должны устанавливаться в соответствии с Механизмом ОЭСР, касающимся руководящих принципов в отношении экспортных кредитов, пользующихся официальной поддержкой (который также называется консенсусом ОЭСР). Основная цель этого Механизма заключается в создании приемлемой институциональной основы, позволяющей предотвращать недобросовестную конкуренцию посредством официальной поддержки экспортных кредитов. Во избежание предоставления субсидий, искажающих ситуацию на рынке, Механизм регулирует условия предоставления страхования, гарантий или прямого кредитования при поддержке правительств.

III. Решение заключить договор

А. Общие замечания

1. В настоящей главе рассматриваются методы и процедуры, рекомендуемые к использованию при заключении договоров о ПЧП. В соответствии с рекомендациями таких международных организаций, как ЮНИДО¹ и Всемирный банк², в *Руководстве* отдается явное предпочтение применению конкурентных процедур заключения договора, поскольку широко признается, что они лучше всего подходят для обеспечения экономии, эффективности и прозрачности и в наибольшей степени соответствуют другим общим принципам, которые должны лежать в основе законов и правил о ПЧП (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 3–20). Такой подход также соответствует пункту 1 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, в котором содержится требование о том, чтобы ее государства-участники принимали необходимые меры «для создания надлежащих систем закупок, которые основываются на прозрачности, конкуренции и объективных критериях принятия решений и являются эффективными, среди прочего, с точки зрения предупреждения коррупции». В *Руководстве*, однако, признается, что в особых случаях договоры могут заключаться без использования конкурентных процедур с учетом особенностей того или иного проекта, но при соблюдении рекомендованных здесь гарантий (см. пункты 99–131).

2. Процедуры заключения договора, рекомендуемые в настоящей главе, содержат некоторые элементы запроса предложений с проведением диалога (ЗП с диалогом), предусмотренные в статье 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках³. Наряду с запросом предложений с проведением диалога в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках предусматриваются и другие методы закупок, например двухэтапные торги (статья 48) или конкурентные переговоры (статья 51), которые также могут быть использованы для заключения договоров о ПЧП в зависимости от конкретных особенностей проекта и результатов оценки, произведенной организацией-заказчиком на этапе планиро-

¹ *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, United Nations Industrial Development Organization, p. 91 seq. (UNIDO publication, Sales No. UNIDO.95.6.E).

² *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3*, World Bank and its partners, p. 160 seq. (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017).

³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2011 год).

вания (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 49–52). В соответствующих случаях в настоящей главе дается ссылка на эти, а также многие другие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, эффективно дополняющие описываемую процедуру заключения договора. Выбирая наиболее приемлемые методы заключения договора и определяя структуру и практическую процедуру их осуществления, организация-заказчик должна также учитывать общие принципы законов и правил о ПЧП и цели, которые должны быть достигнуты в результате проведения надлежащего процесса заключения договора о ПЧП (см. пункты 5–16 ниже).

1. Процедуры заключения договора, рассматриваемые в Руководстве

3. Проекты ПЧП позволяют организации-заказчику объединить различные виды деятельности, которые в противном случае заказывались бы ею отдельно (например, проектирование, строительство, эксплуатация и обслуживание, но также и финансирование и общее управление всем жизненным циклом инфраструктуры или услуги). Главной целью здесь является перераспределение рисков между государством и частным сектором таким образом, чтобы стимулировать обеспечение более эффективного функционирования государственной инфраструктуры или услуг. Однако, даже если эти проекты и предполагается финансировать исключительно из частных источников и окупить за счет сборов с пользователей и других платежей, ответственность за качество и стоимость инфраструктуры и услуг несет в конечном счете государство. Соответственно, за исключением отдельных вопросов, специфичных для ПЧП, а поэтому обычно не регулируемых в рамках процедур публичных закупок, выбор частного партнера в основном должен соотноситься или сочетаться с соответствующими принципами и надлежащей практикой, применимыми к публичным закупкам.

4. В настоящей главе рассматриваются главным образом процедуры заключения договора, которые подходят для применения в отношении проектов в области инфраструктуры, связанных с обязательством выбранного частного партнера обеспечить финансирование, проектирование, сооружение, ремонт или расширение соответствующей инфраструктуры в целях ее последующей эксплуатации на частной основе и предоставления обществу соответствующих услуг частным партнером. Процедуры заключения договоров, обсуждаемые в настоящей главе, также могут быть применимы к случаям заключения договоров о ПЧП, согласно которым объект, который должен быть построен или отремонтирован, будет использоваться организацией-заказчиком или другим государственным органом для собственных нужд или для размещения учреждений общего пользования, но при этом будет эксплуатироваться и обслуживаться частным партнером. Другие методы отбора поставщиков общедоступных услуг с помощью лицензирования или аналогичных процедур или просто методы ре-

ализации государственной собственности или государственных корпораций с помощью увеличения капитала или предложений акций в настоящей главе специально не рассматриваются.

2. Общие цели процедур заключения договора

5. Для заключения договора о ПЧП организация-заказчик может либо применить методы и процедуры, которые уже предусмотрены в законах страны, либо разработать процедуры, специально предназначенные для этой цели. Национальное законодательство может конкретно оговаривать и регулировать наиболее уместные методы отбора частного партнера в ПЧП для обеспечения прозрачности всего процесса. В любом случае важно обеспечить, чтобы такие процедуры в целом способствовали достижению основополагающих целей правил, определяющих порядок заключения публичных контрактов. Эти цели кратко рассматриваются ниже.

а) Экономия и эффективность

6. В связи с проектами ПЧП понятие «экономия» означает выбор такого частного партнера, который способен выполнить работы и обеспечить услуги желаемого качества по наиболее выгодной цене или предложение которого является наиболее выгодным с коммерческой точки зрения. Как показывает опыт, одним из наиболее эффективных способов достижения экономии является поощрение конкуренции между участниками. Наличие конкуренции побуждает участников процедур предлагать свои наиболее выгодные условия и может стимулировать применение ими наиболее эффективных и прогрессивных технологий или производственных методов для обеспечения таких условий.

7. Следует однако отметить, что для обеспечения конкуренции отнюдь не обязательно, чтобы в соответствующем процессе заключения договора участвовало большое число компаний. Для крупных проектов у организации-заказчика могут даже иметься причины для ограничения числа участников процедур до приемлемого уровня (см. пункты 19 и 34–35). При условии наличия надлежащих процедур организация-заказчик может реализовать преимущества эффективной конкуренции даже в том случае, если конкурентная база является ограниченной.

8. Достижению экономии часто может способствовать участие в процедурах заключения договора иностранных компаний. Участие иностранных компаний не только содействует расширению конкурентной базы, но и может способствовать тому, что организация-заказчик или ее страна смогут приобрести технологии, которых не имеется на местном рынке. Участие иностранных компаний в процедурах заключения договора может оказаться необходимым в том случае, если не существует национальной компании с такой специализацией, которая

требуется организации-заказчику. Стране, желающей реализовать преимущества участия иностранных компаний, следует обеспечить, чтобы такому участию способствовали соответствующие законы и процедуры.

9. Понятие «эффективность» означает выбор частного партнера в течение разумного срока при минимальном административном бремени и при разумных расходах как для организации-заказчика, так и для участников процедур. Помимо потерь, которые может понести сама организация-заказчик вследствие неэффективных процедур заключения договора (например, в результате задержек в отборе и высоких административных затрат), чрезмерно дорогостоящие и обременительные процедуры могут привести к повышению общей стоимости проекта или даже побудить компетентные компании полностью отказаться от участия в процедурах заключения договора, что поставит под угрозу достижение главной цели — привлечение к проекту наилучших возможных экономических субъектов.

b) Обеспечение объективности процесса заключения договора и доверия к нему

10. Другой важной целью правил, регулирующих отбор частного партнера, является обеспечение объективности этого процесса и доверия к нему. Так, например, надлежащая система отбора обычно должна содержать положения, призванные обеспечить справедливый режим в отношении участников процедур, уменьшить или ограничить вероятность непреднамеренных или преднамеренных злоупотреблений в процессе заключения договора со стороны лиц, осуществляющих руководство этим процессом, или со стороны участвующих в нем компаний, а также обеспечить принятие решений об отборе на надлежащей основе.

11. Меры по обеспечению объективности процесса заключения договора будут способствовать повышению общественного доверия к этому процессу и к публичному сектору в целом. Участники процедур будут, как правило, стремиться не тратить времени и, в некоторых случаях, значительных денежных сумм для участия в процедурах заключения договора до тех пор, пока они не будут уверены в том, что к ним будет проявляться беспристрастное отношение и что вероятность принятия их предложений и оферт является вполне реальной. Те, кто будет участвовать в процедурах заключения договора без такой уверенности, будут, скорее всего, стремиться завысить стоимость проекта для покрытия высоких рисков и расходов на участие. Меры, обеспечивающие проведение процедур заключения договора на надлежащей основе, могут способствовать смягчению или устранению такой тенденции и содействовать достижению более благоприятных условий для организации-заказчика.

12. В целях борьбы с коррупцией правительственных должностных лиц, в том числе сотрудников организаций-заказчиков, в принимающей стране должна

быть создана эффективная система санкций. В их число могут входить санкции уголовного характера, установленные применительно к противоправным действиям должностных лиц, руководящих процессом заключения договора, а также участников процедур, включая, например, отстранение от процесса заключения договора или приостановление участия в нем. Необходимо также принять меры к недопущению коллизии интересов, предусмотрев, например, требование о том, что должностные лица организации-заказчика или каждый из членов комиссии по оценке или отдельный оценщик должны в начале процесса заполнить декларацию об отсутствии коллизии интересов. Должностным лицам, их супругам, родственникам и иным связанным с ними лицам не должно быть разрешено участвовать в заемном или акционерном капитале компании, участвующей в процессе заключения договора, а также принимать предложения о выполнении функций директора или сотрудника такой компании. Кроме того, в соответствии с положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (статья 21) в законодательстве, регулирующем процедуры заключения договора, должно устанавливаться обязательство организации-заказчика отклонять оферты или предложения, представленные стороной, которая прямо или косвенно дает или соглашается дать любому нынешнему или бывшему должностному лицу или служащему организации-заказчика или другого публичного органа вознаграждение в любой форме, предложение о найме на работу или любую другую ценную вещь или услугу с целью повлиять на совершение какого-либо действия, принятие решения или применение какой-либо процедуры организацией-заказчиком в процессе заключения договора. Это обязательство должно быть применимым в любой момент процедуры заключения договора и не ограничиваться лишь периодом торгов. Эти положения могут быть дополнены другими мерами, такими как требование о том, чтобы все компании, приглашенные к участию в процессе заключения договора, принимали на себя обязательства не пытаться оказывать ненадлежащего воздействия на решения государственных должностных лиц, участвующих в процессе, и не препятствовать каким-либо иным образом конкуренции путем сговора или использования других незаконных видов практики (другими словами, речь может идти о заключении так называемого соглашения о честной борьбе). Кроме того, в соответствии с процедурами закупок, принятыми некоторыми странами, от участников торгов требуется предоставление гарантий о том, что ни одному должностному лицу закупающей организации участником торгов не было и не будет предоставляться каких-либо прямых или косвенных льгот, вытекающих из договора или из решения о выдаче соответствующего подряда. Нарушение этого условия обычно рассматривается в качестве нарушения существенного условия договора.

13. Укреплению доверия инвесторов может также способствовать наличие надлежащих положений, направленных на охрану конфиденциальности защищенной правами собственности информации, которую они представляют в ходе процедур заключения договора. Такие положения должны предусматривать до-

статочные гарантии того, что организация-заказчик будет рассматривать заявки на участие в предквалификационном или предварительном отборе, а также полученные в конечном итоге предложения таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур или посторонним лицам; что любые обсуждения или переговоры будут носить конфиденциальный характер; и что коммерческая или иная информация, которую участники процедур могут включить в свои предложения, не будет раскрыта их конкурентам.

с) Прозрачность законов и процедур

14. Прозрачность законов и процедур, регулирующих заключение договоров с частными партнерами, включая устанавливающие прецедент судебные решения и административные постановления, будет способствовать достижению ряда упомянутых выше программных целей. Прозрачными являются такие законы, в которых правила и процедуры, подлежащие соблюдению организацией-заказчиком или участниками процедур, полностью раскрыты, не являются излишне сложными и изложены в систематизированном и доступном порядке. Процедуры являются прозрачными в том случае, когда их участники имеют возможность определить, какие процедуры используются организацией-заказчиком и на какой основе она принимает соответствующее решение. Другим способом обеспечения прозрачности является опубликование публичным органом информации о намечающихся возможностях, поскольку это позволяет потенциальным участникам торгов узнавать, что планируется закупить и каким образом это будет сделано.

15. Одним из наиболее эффективных методов повышения прозрачности и подотчетности является включение положений, содержащих требование о том, что организация-заказчик обязана вести отчет о процедурах заключения договора (см. пункты 134–141). Отчет, в котором кратко излагается ключевая информация, касающаяся таких процедур, облегчает осуществление права на обжалование участником, интересы которого нарушены. Это, в свою очередь, будет способствовать тому, что правовые нормы, регулирующие процедуры заключения договора, будут в максимально возможной степени автономными с точки зрения обеспечения их соблюдения и неукоснительного применения. Кроме того, наличие в законодательстве соответствующих требований в отношении отчетности облегчит работу публичных органов, выполняющих функции по ревизии или контролю, а также будет обеспечивать подотчетность организаций-заказчиков обществу в целом в отношении выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры. В законодательстве стран действительно все чаще встречается требование раскрывать информацию о заключенных договорах для целей обеспечения прозрачности и подотчетности (см. пункт 109 ниже). Обязательства по раскрытию информации для организации-заказчика или регулирующих органов могут не ограничиваться основными положениями договора о ПЧП и могут распространяться также на некоторые важные аспекты выполнения договоров,

такие как объем платежей частному партнеру со стороны государственных учреждений или оценка производительности частного партнера на основе сопоставления с договорными или нормативными контрольными показателями (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 52, 103 и 104).

16. Важным вспомогательным средством, позволяющим достичь целей экономии, эффективности, объективности и прозрачности, является наличие административных и судебных процедур для обжалования решений, принимаемых органами, участвующими в процессе заключения договора (см. пункты 142 и 143).

3. Характерные особенности процедуры заключения договора о ПЧП

17. Современные системы закупок предоставляют публичным органам широкий ассортимент методов закупок и большую свободу выбора наилучшей процедуры для удовлетворения их потребностей. Формальные процедуры, а также объективность и предсказуемость, характерные для конкурентных процедур заключения договора, как правило, создают оптимальные условия для обеспечения конкуренции, прозрачности и эффективности. Так, использование конкурентных процедур заключения договора о ПЧП рекомендовано ЮНИДО, которая сформулировала подробное практическое руководство о том, каким образом следует организовывать такие процедуры⁴. В соответствии с политикой Всемирного банка в отношении закупок также рекомендуется использовать конкурентные процедуры заключения договоров на национальном уровне в тех случаях, когда национальное законодательство разработано надлежащим образом. Частный партнер, отобранный в соответствии с процедурами торгов, приемлемыми для Всемирного банка, обычно имеет право применять свои собственные процедуры для выдачи подрядов, необходимых для осуществления проекта.

18. Следует тем не менее отметить, что до последнего времени не было разработано какого-либо международного типового законодательства, специально предназначенного для регламентирования конкурентных процедур заключения договора о ПЧП. Недавно разработанные национальные законодательства, касающиеся конкурентных процедур для публичных закупок услуг, могут оказаться приемлемыми для ПЧП или в отдельных случаях содержать конкретные положения, применимые к ПЧП. В отношении маломасштабных проектов или в случаях, когда требования организации-заказчика настолько ясны, что спецификации и критерии оценки можно сформулировать без необходимости проведения в той или иной форме консультации или диалога с потенциальными

⁴ См. Руководящие принципы ЮНИДО по проектам СЭП.

участниками процедур, могут использоваться процедуры, которые обычно проводятся при открытых торгах. В большинстве же случаев правительствам целесообразно изучить возможность пересмотра приемлемости существующих процедур для отбора частного партнера по проекту ПЧП с учетом конкретных вопросов, которые возникают в связи с ПЧП и которые кратко рассматриваются ниже.

а) Круг потенциальных участников процедур

19. Выдача подрядов на проекты ПЧП, как правило, сопряжена со сложными, длительными и дорогостоящими процедурами, причем значительные масштабы большинства проектов в области инфраструктуры снижают вероятность получения предложений от большого количества достаточно квалифицированных участников процедур. Так, компетентные участники процедур могут быть не заинтересованы в участии в тендере по дорогостоящим проектам, если круг потенциальных конкурентов излишне широк, если существует опасность того, что они вынуждены будут конкурировать с нереалистичными предложениями или предложениями, представленными неквалифицированными участниками. Поэтому для заключения большинства договоров о ПЧП обычно не рекомендуется проводить открытые торги без этапа предварительного отбора.

б) Определение требований к проекту

20. При традиционных публичных закупках строительных работ закупающий орган, как правило, выступает в роли распорядителя или нанимателя, а выбранный подрядчик выполняет функции исполнителя работ. Основное внимание в рамках процедур закупок уделяется исходным ресурсам, которые будут предоставлены подрядчиком, т.е. организация-заказчик четко определяет, что, каким образом и при помощи каких средств должно быть построено. Поэтому приглашения принять участие в торгах на осуществление работ, как правило, сопровождаются обширными и весьма подробными техническими спецификациями в отношении закупаемых категорий работ и услуг. В таких случаях организация-заказчик будет нести ответственность за составление надлежащих спецификаций, соответствующих тому типу инфраструктуры, который планируется соорудить, а также за обеспечение возможностей для эффективной эксплуатации такой инфраструктуры.

21. В то же время для многих проектов ПЧП организация-заказчик может предусматривать иное распределение ответственности между публичным и частным секторами. В подобных случаях после определения конкретных потребностей организация-заказчик может отдать предпочтение такому варианту, при котором ответственность за выработку наилучшего решения для удовлетворения соответствующих нужд будет передана частному сектору при условии соблюдения определенных требований, которые могут быть установлены организацией-

заказчиком (например, установленных в порядке регулирования требований, связанных с вопросами производственных характеристик и безопасности, а также требований, касающихся предоставления достаточных доказательств того, что предложенные технические решения являются опробованными и что они удовлетворяют международно признанным стандартам в области безопасности и в других областях). Так, в рамках процедуры заключения договора, применяемой организацией-заказчиком, больше внимания может уделяться ожидаемой отдаче объекта (т.е. тем услугам или товарам, которые будут предоставляться или производиться), а не техническим спецификациям в отношении работ, которые должны быть выполнены, или же средств, которые должны быть использованы для предоставления таких услуг (см. пункты 70–72).

с) Критерии оценки

22. Для нужд проектов, которые должны финансироваться, находиться в собственности и эксплуатироваться публичными органами, товары, работы или услуги обычно закупаются за счет средств, источником которых являются утвержденные бюджетные ассигнования. Поскольку источники финансирования обычно являются обеспеченными, основная цель закупочной организации состоит в том, чтобы получить за расходуемые средства продукцию наилучшего качества. Поэтому при таких видах закупок решающим фактором при определении наилучшего предложения из числа отвечающих формальным требованиям и технически приемлемых предложений (т.е. предложений, превышающих минимальный уровень требований в отношении как качественных, так и технических аспектов) зачастую является предлагаемая общая цена строительных работ, которая рассчитывается на основе стоимости строительства и других понесенных подрядчиком расходов плюс определенная норма прибыли.

23. В свою очередь многие проекты ПЧП должны быть автономными в финансовом отношении, т.е. расходы на сооружение и эксплуатацию должны покрываться за счет собственных доходов проекта, хотя некоторые проекты (неконцессионные ПЧП) могут предусматривать внесение специального платежа организацией-заказчиком (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 15–16). Поэтому помимо затрат на строительство и эксплуатацию, а также цены, которую должны будут оплачивать пользователи или публичный орган, потребуется принять во внимание целый ряд других факторов, связанных со способностью потенциального частного партнера взять на себя определенные риски по проекту, которые публичный сектор принимать на себя не склонен (главным образом, но не только, в связи с особенностями конкретной технологии или отрасли). Так, например, организации-заказчику необходимо будет тщательно рассмотреть вопрос о финансовой и коммерческой осуществимости проекта, представленного участниками торгов в рамках предварительной оценки, производимой публичным органом, обоснованности механизмов финансирования, предлагаемых участниками процедур, а также надежности используемых технических решений и возмож-

ности их адаптации к местным условиям. Заинтересованность в проведении такого анализа будет существовать даже в том случае, если не предусматривается никаких правительственных гарантий или платежей, поскольку незавершенные проекты или проекты со значительным перерасходом сметы или более высокими, чем ожидалось, эксплуатационными расходами часто оказывают негативное воздействие на общие показатели обеспеченности необходимыми услугами и на общественное мнение в принимающей стране. Организация-заказчик будет также стремиться к тому, чтобы сформулировать такие квалификационные критерии и критерии оценки, в соответствии с которыми должное значение будет придаваться необходимости обеспечения непрерывного характера предоставления соответствующей общедоступной услуги, а также надлежащего универсального доступа к ней. Кроме того, учитывая характерные весьма длительные сроки договоров о ПЧП, организации-заказчику необходимо будет удостовериться в надежности и приемлемости механизмов, предлагаемых для этапа эксплуатации, а также тщательно оценить элементы предложений, касающиеся услуг (см. пункт 72). Исходя из оптимальной практики, применяемой в крупномасштабных строительных проектах, в числе критериев оценки следует также учитывать затраты в течение всего срока эксплуатации. Это имеет особое значение для тех проектов ПЧП, в рамках которых участникам процедур конкурентного отбора предоставляется возможность представлять для выполнения поставленных задач несколько технических предложений, расходы на эксплуатацию которых могут отличаться.

d) Переговоры с участниками процедур

24. Законы и правила, регулирующие процедуры торгов по закупке товаров и услуг, часто запрещают проведение переговоров между организацией-заказчиком и подрядчиками относительно предоставленных ими предложений. Причина этого строго запрета, который устанавливается также в статье 44 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, состоит в том, что результатом таких переговоров может стать проведение своего рода аукциона, в рамках которого предложение одного подрядчика может быть использовано для оказания давления на другого подрядчика, с тем чтобы он предложил более низкую цену или представил в другом отношении более благоприятное предложение. Из-за такого строгого запрета подрядчики, отобранные для поставок товаров или услуг в соответствии с традиционными процедурами закупок, обычно обязаны подписать стандартный пакет договорных документов, который представляется им в ходе процедур закупок.

25. В случае заключения договоров о ПЧП складывается иная ситуация. С учетом сложности таких проектов и продолжительности их осуществления представляется маловероятным, что организация-заказчик сумеет заранее определить технические и другие требования по проекту без обсуждения с квалифицированными участниками процедур соответствующих нужд и различных возможных вариантов их удовлетворения. Поэтому в *Руководстве* рекомен-

дуются использовать такую процедуру заключения договора, как запрос предложений с проведением диалога, предусмотренную в статье 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках; такая процедура позволяет обеспечить транспарентную структуру переговоров между организацией-заказчиком и участниками процедур на этапе процесса, не ведущем к изменениям базовых аспектов, на основании которых происходит реализация конкурентных процедур (см. пункты 95–98; о важности надлежащего планирования и подготовки проектов для уточнения сферы охвата переговоров на этапе отбора см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 52; о необходимости сохранения основы принятия решения о заключении договора в ходе его дальнейшего выполнения см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 140–144).

4. Подготовка к процедурам заключения договора

26. Заключение договоров о ПЧП в большинстве случаев оказывается сложным мероприятием, требующим тщательного планирования и координации усилий всех участвующих департаментов. Обеспечивая надлежащую административную и кадровую поддержку для успешного применения выбранной процедуры, правительство играет важную роль в повышении доверия ко всему процессу заключения договора. Кроме того, хорошим способом улучшить процесс подготовки к процедурам заключения договора считается привлечение к нему подразделения или департамента по вопросам ПЧП национального или местного уровня.

а) Предварительная информация о намечающихся проектах ПЧП

27. Страны, включающие проекты ПЧП в свои среднесрочные и долгосрочные планы в области создания инфраструктуры, к чему их поощряет *Руководство* (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 17), могут пожелать публиковать информацию относительно планируемых или возможных в будущем процедур отбора по проектам ПЧП на предстоящие месяцы или годы, как это предусмотрено в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках. Цель этого предварительного уведомления состоит в том, чтобы ознакомить большее число поставщиков и подрядчиков с возможностями заключения договоров, оценить их заинтересованность в участии и, соответственно, заблаговременно запланировать такое участие. Публикация подобной информации также может иметь положительный результат в более широком контексте государственного управления, в частности в плане представления процесса закупок на суд общественности и открытия его для участия гражданского общества и местного населения. В практическом отношении такие предварительные уведомления могут быть полезными, например, для выяснения того, сможет ли рынок откликнуться на нужды организации-заказчика, прежде чем будет начат процесс отбора. Такой вид исследования рынка может оказаться полезным в

случае высоко динамичных рынков (таких, например, как сектор информатики и телекоммуникаций), ибо позволяет публичному сектору выяснить, имеются ли в наличии недавно найденные и ожидаются ли новые инновационные решения. Реакция на предварительное уведомление может указать на то, что реализация запланированного публичным органом проекта будет неосуществима или нецелесообразна. На базе собранных данных организация-заказчик может принять более обоснованное решение относительно наиболее подходящего метода отбора для заключения намечаемого договора. Это предварительное уведомление не следует путать с уведомлением, целью которого является выяснение заинтересованности и которое обычно публикуется в связи с процедурой запроса предложений (см. раздел C, пункты 51–64), поскольку публикация уведомления в целях выяснения заинтересованности не обязывает организацию-заказчика запрашивать предложения у всех тех, кто выразил заинтересованность.

b) Назначение комитета, принимающего решение заключить договор

28. Одной из важных подготовительных мер является назначение комитета, который будет нести ответственность за оценку предложений и выработку рекомендаций для организации-заказчика относительно заключения договора. Назначение квалифицированных и беспристрастных членов в состав комитета не только является обязательным условием эффективной оценки предложений, но может также содействовать дальнейшему повышению доверия участников процедур к процессу принятия решения заключить договор.

29. Другая важная подготовительная мера заключается в назначении независимых консультантов, которые будут оказывать помощь организации-заказчику в процедурах заключения договора. На этом первоначальном этапе организации-заказчику, возможно, потребуется привлечь услуги независимых экспертов или консультантов для оказания помощи в установлении надлежащих квалификационных критериев и критериев оценки, в определении эксплуатационных показателей (и, если это необходимо, проектных спецификаций) и в подготовке документации, которая должна быть представлена участникам процедур. Может возникнуть необходимость в консультативных услугах для оказания помощи организации-заказчику в оценке предложений, а также в разработке проектного соглашения и в проведении переговоров по нему. Консультанты могут оказать особую помощь в решении самых разнообразных технических вопросов, по которым в государственной администрации организации-заказчика может не быть необходимых специалистов, в частности в том, что касается рекомендаций по инженерно-техническим вопросам (например, по технической оценке проекта или сооружения и техническим требованиям для включения в договор); экологических консультаций (например, по экологической оценке и эксплуатационным требованиям); или юридических и финансовых рекомендаций (например, по финансовым прогнозам, анализу источников финансирования, оценке надлежащего соотношения между заемным и

акционерным капиталом и оформлению документов, содержащих договорную и финансовую информацию).

с) Техничко-экономические обоснования и другие исследования

30. Как уже отмечалось выше (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–21), одним из первых шагов, которые должны быть предприняты правительством в связи с предлагаемым проектом в области инфраструктуры, является предварительная оценка его осуществимости, включая анализ таких экономических и финансовых аспектов, как ожидаемые экономические выгоды проекта, сметная стоимость и потенциальные доходы, которые, как предполагается, можно будет получить в результате эксплуатации объекта инфраструктуры, а также его социальные последствия и воздействие на окружающую среду. Вариант создания объекта инфраструктуры посредством ПЧП требует наличия позитивного заключения об осуществимости и финансовой жизнеспособности проекта в форме ПЧП, исключающей любой другой метод закупки. В ряде стран было сочтено целесообразным привлечь определенные общественные организации к предварительной оценке социального воздействия проекта и воздействия на окружающую среду, а также различных вариантов сведения такого воздействия к минимуму.

31. До начала процедур, в результате которых производится отбор будущего частного партнера, организации-заказчику рекомендуется проанализировать и в большинстве случаев расширить такие первоначальные исследования. В некоторых странах организациям-заказчикам рекомендуется сформулировать типовые проекты для справочных целей (обычно на основе сочетания показателей сметной стоимости капитальных инвестиций, эксплуатационных затрат и расходов на обслуживание), прежде чем предлагать частному сектору представить свои предложения. Цель таких типовых проектов состоит в том, чтобы продемонстрировать рентабельность коммерческой эксплуатации объекта инфраструктуры, а также финансовую осуществимость проекта с точки зрения общего объема инвестиционных затрат и его стоимости для населения. Они обеспечивают также для организации-заказчика весьма полезный инструмент, при помощи которого можно проводить сопоставление и оценку предложений. Наличие информации, подтверждающей, что организация-заказчик тщательно рассмотрела технические, экономические и финансовые аспекты проекта, а также проанализировала предлагаемую роль частного сектора, будет содействовать дальнейшему повышению доверия участников процедур.

d) Подготовка документации

32. Процедура отбора для заключения договоров о ПЧП, как правило, предполагает подготовку обширной документации, включая проектный план, документацию для предварительного отбора, запрос предложений, инструкции в отно-

шении подготовки предложений и проект договора о ПЧП. Качество и ясность документов, распространяемых организацией-заказчиком, играет существенную роль в обеспечении эффективности и прозрачности процедуры заключения договора. В этом отношении работа подразделений ПЧП также была широко отмечена как весьма позитивный вклад в данный процесс, имея в виду осуществляемую ими централизованную публикацию ясных и кратких документов, согласующихся с практикой участников процедур.

33. Стандартная документация, составленная в достаточно четких формулировках, может стать важным элементом, облегчающим проведение переговоров между участниками процедур и потенциальными кредиторами и инвесторами. Кроме того, такая документация может способствовать обеспечению последовательности при решении вопросов, характерных для большинства проектов в соответствующем секторе. Тем не менее при использовании стандартных договорных условий рекомендуется принимать во внимание возможность того, что в связи с конкретным проектом могут возникнуть вопросы, которые не были учтены при подготовке стандартного документа, или что проект может потребовать особых решений, которые могут отличаться от стандартных условий. Следует тщательно рассмотреть вопрос о необходимости достижения надлежащего баланса между уровнем желаемого единообразия для проектных соглашений конкретного типа и возможностями для проявления гибкости, которые могут потребоваться для отыскания решений, учитывающих потребности конкретных проектов.

В. Предварительный отбор участников процедур

34. Ввиду того что большинство проектов ПЧП носят технический характер и многие из них являются сложными, организации-заказчику следует стремиться получить предложения от участников процедур, удовлетворяющих определенным квалификационным критериям. При традиционных правительственных закупках процедуры предварительной квалификации могут состоять в проверке удовлетворения определенным формальным требованиям, например может требоваться предоставление надлежащих доказательств технических возможностей или предыдущего опыта участия в соответствующей категории закупок, причем все участники процедур, удовлетворяющие критериям предварительной квалификации, автоматически допускаются к этапу торгов. Процедуры предварительного отбора для комплексных закупок или проектов ПЧП могут, в свою очередь, включать элементы сравнения и отбора. Например, могут иметь место случаи, когда организация-заказчик составляет список прошедших предварительный отбор участников процедур в соответствии с полученными ими оценками.

35. В некоторых странах в практических руководствах по процедурам заключения договоров национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного

уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Для этих целей такие страны применяют систему количественных оценок по техническим, управленческим, финансовым, экологическим, этическим и другим критериям выполнения установленных требований, включая отсутствие прошлых случаев отстранения от деятельности и антикоррупционные показатели, с учетом характера конкретного проекта. Считается, что количественные критерии предварительного отбора легче применять, чем качественные критерии, связанные с оценкой различных достоинств, и что они являются более прозрачными. В то же время при установлении системы количественных оценок важно избегать излишнего ограничения свободы усмотрения организации-заказчика при оценке квалификационных данных участников процедур. Организации-заказчику может также потребоваться учесть тот факт, что руководства по вопросам закупок, подготовленные некоторыми многосторонними финансовыми учреждениями, могут регламентировать использование процедур предварительного отбора, имея в виду ограничение количества участников процедур каким-либо заранее установленным числом. В любом случае, если предполагается использовать такую систему оценок, на это обстоятельство следует прямо указать в документации для предварительного отбора. В случае некоторых проектов меньшего масштаба или сложности организации-заказчику, возможно, будет сложно использовать систему количественной оценки потенциальных участников процедур из-за большого числа поставщиков или подрядчиков, которые в равной мере отвечают необходимым квалификационным требованиям и могут быть допущены к участию в процедурах. В случаях такой высокой конкуренции организации-заказчику будет сложно сформулировать критерии проведения процедур и разработать методы квалификационной оценки участников процедур, которые позволили бы обеспечить эффективный процесс заключения договора. В некоторых странах организации-заказчики пытаются добиться этого результата путем оценки поставщиков или подрядчиков методом случайной выборки, например посредством проведения жеребьевки среди прошедших предварительный отбор поставщиков или подрядчиков, включенных в существующий список поставщиков. В свою очередь, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках составление списка поставщиков не предусматривается, поскольку было сочтено, что весьма гибкие положения о рамочных соглашениях, содержащихся в главе VII Типового закона, позволяют получить преимущества использования списков поставщиков, не сталкиваясь при этом с повышенными рисками для прозрачности и конкуренции, с которыми, как считается, связаны списки поставщиков.

1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора

36. В целях содействия прозрачности и конкуренции рекомендуется публиковать приглашение к участию в предварительном отборе таким образом, чтобы

оно нашло достаточно широкий отклик для обеспечения эффективного уровня конкуренции. Законы многих стран определяют публикации, обычно официальную газету или другие официальные издания, в которых должны предаваться гласности приглашения к предварительному отбору. Другим широко используемым и эффективным средством распространения приглашения к участию в процедурах предварительного отбора является электронная публикация с размещением приглашения на специально выделенном портале, включая веб-сайт подразделения по вопросам ПЧП, если таковой имеется. В целях содействия участию иностранных компаний, а также обеспечения максимальной конкуренции организация-заказчик, возможно, пожелает распространить приглашения участвовать в процедурах предварительного отбора на международном уровне, с тем чтобы они были широко доступны для потенциально заинтересованных международных участников, например, через отраслевые журналы, конференции, правительственные веб-сайты и международные газеты. Еще одним из носителей такой информации является «*Development Business*»⁵, публикуемый Организацией Объединенных Наций.

37. Документация для предварительного отбора должна содержать достаточно информации, чтобы позволить участникам процедур установить, соответствуют ли работы и услуги, требующиеся для проекта, тому типу, который они в состоянии предоставить, и, в случае положительного ответа на этот вопрос, каким образом они могут принять участие в процедурах отбора. В приглашении к участию в процедурах предварительного отбора помимо указания объекта инфраструктуры, который необходимо соорудить или модернизировать, должна содержаться информация по другим существенным элементам проекта, таким как услуги, которые будут предоставляться частным партнером, финансовые механизмы, которые предлагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей или сборов с пользователей или же могут быть предоставлены публичные средства в виде прямых платежей, ссуд или гарантий), и, если это уже известно, краткое изложение основных условий проектного соглашения, которое будет заключено в результате процедур отбора (распределение рисков).

2. Критерии предварительного отбора

38. Кроме этого, в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора следует включать общую информацию, аналогичную той, которая обычно содержится в документации для предварительного отбора согласно общим нормам, регулирующим публичные закупки⁶.

⁵ <https://devbusiness.un.org>

⁶ См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, статьи 7, 8 и 10.

39. Как правило, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они обладают необходимыми профессиональными, техническими и экологическими квалификационными данными, финансовыми и людскими ресурсами, оборудованием и другими материальными возможностями, управленческой компетентностью, надежностью и опытом, которые необходимы для осуществления проекта. Дополнительные критерии, которые могут иметь особенное значение для ПЧП, могут включать способность управлять финансовыми аспектами проекта, а также предыдущий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры или по предоставлению услуг под осуществляемым в порядке регулирования надзором (например, качественные показатели их предыдущей деятельности, масштабы и вид проектов, ранее осуществленных участниками процедур); опытность ключевого персонала, который предполагается привлечь к осуществлению проекта; достаточный организационный потенциал (включая минимальные уровни строительного и эксплуатационного оборудования, а также оборудования для материально-технического обслуживания); возможности для обеспечения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта (подтвержденные, например, доказательствами способности участников процедур предоставить необходимый по проекту акционерный капитал и достаточными доказательствами хорошего финансового положения участника процедур, предоставленными надежными банками). В соответствии с политическими обязательствами высокого уровня или обязательствами по международным договорам в отношении устойчивого развития, надлежащего управления, прозрачности и деловой этики организации-заказчики часто требуют, чтобы участники процедур продемонстрировали свое соответствие признанным этическим нормам (экологическая аттестация, отсутствие случаев коррупции, декларации о соблюдении трудовых норм). Квалификационные требования должны охватывать все этапы проектов в области инфраструктуры, включая, по мере необходимости, финансовое управление, инженерно-конструкторские работы, эксплуатацию и обслуживание. Помимо этого, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они отвечают другим таким квалификационным критериям, которые обычно применяются согласно общим законам соответствующей страны в области закупок⁷. Критерии предварительного отбора должны быть объективно

⁷ Например, то, что они обладают правоспособностью заключать договор о ПЧП; что они не являются неплатежеспособными, их имущество не находится под судебным контролем, они не являются банкротами и не ликвидируются, их делами не распоряжается какой-либо суд или назначенное судом лицо, их коммерческая деятельность не приостановлена и они не являются объектом производства в связи с упомянутым выше; что они выполняли свои обязательства по уплате налогов и взносов по социальному обеспечению в данном государстве; что они сами или их управляющие или должностные лица не были осуждены за какое-либо уголовное преступление, связанное с их профессиональной деятельностью или предоставлением ложных заявлений или неверных квалификационных данных в целях заключения договора о закупках в течение определенного числа лет, предшествующих началу процедур закупок, а также не были иным образом дисквалифицированы на основании административных процедур по приостановлению или запрещению деятельности (см. пункт 2 статьи 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках).

обоснованными и соответствовать предмету договора о ПЧП. Более того, они не должны использоваться на дискриминационной основе, для того чтобы автоматически исключить потенциальных участников процедур из определенных правовых систем.

40. Один из важных аспектов, который должен быть рассмотрен организацией-заказчиком, касается взаимосвязи между выдачей подряда на конкретный проект и политикой, проводимой правительством в отношении соответствующего сектора (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 28–32). Если ставится цель содействовать развитию конкуренции, правительство может быть заинтересовано в том, чтобы на соответствующем рынке или в соответствующем секторе не господствовало какое-либо одно предприятие. Для проведения такой политики и недопущения господства на рынке тех участников процедур, с которыми, возможно, уже был заключен договор о ПЧП в соответствующем секторе экономики, организация-заказчик может пожелать включить в документацию для предварительного отбора положения о новых ПЧП, ограничивающие участие таких участников процедур или препятствующие заключению с ними новых договоров. В целях обеспечения прозрачности целесообразно предусмотреть в законодательстве, что в тех случаях, когда организация-заказчик резервирует за собой право отклонить предложение на таких или аналогичных основаниях, в приглашение к участию в предварительном отборе должна быть включена надлежащая информация о таких обстоятельствах.

41. Квалификационные требования должны на равных основаниях применяться в отношении всех участников процедур. Организация-заказчик не должна устанавливать каких-либо критериев, требований или процедур в отношении квалификационных данных участников, помимо предусмотренных в документации для предварительного отбора. При рассмотрении профессиональных, технических и экологических квалификационных данных консорциумов, созданных для участия в процедурах, организация-заказчик должна учитывать индивидуальную специализацию членов консорциума и определять, являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов

42. С учетом значительных масштабов большинства проектов в области инфраструктуры заинтересованные компании, как правило, участвуют в процедурах заключения договора через специально созданные для этих целей консорциумы. Поэтому информация, запрашиваемая у членов консорциума, участвующего в процедурах, должна касаться как консорциума в целом, так и его отдельных участников. Для упрощения контактов с организацией-заказчиком в документации для предварительного отбора, возможно, целесообразно

предложить каждому консорциуму назначить одного из своих членов в качестве координатора по всем видам связи с организацией-заказчиком. Организации-заказчику в целом целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы члены консорциума, участвующего в процедурах, представили заверенное под присягой заявление о том, что в случае если им будет выдан подряд, они будут нести солидарное обязательство по договору о ПЧП от имени консорциума, по крайней мере до тех пор, пока члены консорциума не образуют и не сформируют капитал проектной компании в качестве специального юридического лица и эта проектная компания не заключит договор о ПЧП с организацией-заказчиком. На практике члены консорциума, участвующего в процедурах, обычно не выражают желания осуществлять проект от своего личного имени. В свою очередь организация-заказчик может предпочесть, чтобы проект осуществляло юридическое лицо со штаб-квартирой в принимающей стране, образованное непосредственно для этой цели и, соответственно, не связанное ранее существовавшими обязательствами и не ведущее параллельную деятельность. Поэтому на практике организация-заказчик обычно резервирует за собой право потребовать на более позднем этапе, чтобы члены выбранного консорциума создали независимое юридическое лицо для реализации проекта (см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 13 и 14).

43. Кроме того, организации-заказчику рекомендуется тщательно проанализировать состав консорциума и состояние материнских компаний. Может оказаться, что одна компания, прямо или через свои дочерние компании, войдет в состав более чем одного консорциума для представления предложений в отношении одного и того же проекта. Такая ситуация недопустима, поскольку в этом случае возникает опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами, что подрывает доверие к процедурам заключения договора. Поэтому рекомендуется указать в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора, что ни один из членов консорциума, прошедшего квалификационный отбор, не может, прямо или через дочерние компании, участвовать более чем в одном предложении о реализации проекта. Нарушение такого правила должно приводить к дисквалификации соответствующего консорциума и отдельных компаний, являющихся его членами, за исключением особых ситуаций, при которых участие в нескольких консорциумах может быть разрешено, например по той причине, что для данного конкретного проекта требуется специальный опыт либо запатентованная методика или технология, которыми обладают лишь одна или несколько компаний.

4. Предварительный отбор и национальные преференции

44. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность предоставления определенного преференциального режима для национальных пред-

приятный или же специального режима участникам процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Такой преференциальный или специальный режим в некоторых случаях предусматривается в качестве существенного квалификационного требования (например, минимальная доля национального участия в консорциуме) или в качестве условия для участия в процедурах заключения договора (например, назначение местного партнера в качестве лидера консорциума, участвующего в процедурах). Предоставление специального режима национальным операторам либо вообще полное исключение из процесса иностранных организаций в отдельных случаях также является оправданным применительно к стратегическим или специфичным секторам, например национальной обороне или операциям по обеспечению безопасности. Организация-заказчик должна в самом начале процесса поставить в известность о любых таких ограничениях как о части критериев соответствия требованиям, включить их в отчет о процедурах заключения договора и предоставить любому лицу по его запросу возможность ознакомиться с причинами этого, как предусмотрено в статье 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

45. Предоставление национальных преференций связано с целым рядом проблем. Во первых, использование таких преференций не допускается руководящими принципами некоторых международных финансовых учреждений и может не соответствовать международным обязательствам, принятым на себя многими государствами в силу соглашений о международной торговле или о региональной экономической интеграции или упрощении процедур торговли. Кроме того, с точки зрения принимающей страны важно оценить ожидаемые выгоды в сопоставлении с недостатками лишения организации-заказчика возможности найти наилучшие варианты удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. Также важно не допустить полной изоляции от иностранной конкуренции, что может привести к сохранению низкого уровня экономики, эффективности и конкуренции в соответствующих секторах национальной промышленности. Поэтому многие страны, желающие предоставить национальным поставщикам определенные льготы и в то же время стремящиеся воспользоваться преимуществами международной конкуренции, воздерживаются от прямого исключения иностранных участников или выдвижения ограничительных квалификационных требований. Национальные преференции могут принимать форму специальных критериев оценки, предусматривающих преференциальную поправку для национальных участников процедур или участников, которые предлагают закупать материалы, услуги и продукцию на местном рынке. Метод преференциальной поправки, который предусматривается в пункте 3 статьи 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, является более прозрачным, чем субъективные квалификационные критерии или критерии оценки. Кроме того, такой метод позволяет организации-заказчику отдавать предпочтение местным участникам процедур, которые в состоянии приблизиться к конкурентоспособным международным

стандартам, причем это можно сделать без исключения конкуренции со стороны иностранных компаний. При этом, как показывает опыт, принуждение к использованию местных возможностей может привести к снижению у участников процедур ответственности за качество и даже конечный результат проекта. Если планируется предоставить национальные преференции, то рекомендуется объявить об этом заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах заключения договора

46. В соответствии со статей 38 и пунктом 4 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках плата, взимаемая за документацию для предварительного отбора, должна отражать только расходы на ее предоставление участникам процедуры. Ввиду значительных расходов на предварительные исследования и подготовительную работу, включая составление запросов предложений, стандартных договоров и других соответствующих документов, связанных с проведением торгов, в международной практике организации-заказчики часто стремятся по крайней мере частично возместить эти расходы за счет так называемых сборов за разработку, устанавливаемых на уровне, превышающем себестоимость печатания тендерных документов. Организация-заказчик должна попытаться привести уровень этих сборов в соответствие с уровнем сборов в рамках аналогичных проектов, учитывая при этом сложившуюся на рынке практику и ожидаемые результаты. Сборы за разработку не должны использоваться фактически в качестве дополнительного средства ограничения числа участников процедур. Эта практика не только является неэффективной, но и приводит к дальнейшему повышению и без того высокой стоимости участия в предквалификационных процедурах. Значительные затраты на подготовку предложений по проектам в области инфраструктуры и относительно высокие риски, связанные с тем, что процедура заключения договора может не вылиться в решение заключить договор, способны оттолкнуть некоторые компании от участия в консорциуме для представления предложения, особенно если они не знакомы с процедурами заключения договора, которые применяются в принимающей стране.

47. Поэтому в некоторых странах организации-заказчику разрешено рассматривать возможность создания механизмов для компенсации расходов участников процедур, прошедших предквалификационный отбор, если осуществление проекта не может быть продолжено по не зависящим от них причинам, или для частичного возмещения затрат, понесенных ими после этапа предварительного отбора, если это оправдано в каждом конкретном случае с учетом сложности проекта и возможности существенного повышения качества конкуренции. О таком частичном возмещении или компенсации расходов, если таковые пред-

усматриваются, рекомендуется заблаговременно уведомлять участников процедур, желательно в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора.

6. Процедуры предварительного отбора

48. Организации-заказчику следует отвечать на любой запрос участвующего в процедурах консорциума относительно разъяснений в связи с документацией для предварительного отбора, полученный организацией-заказчиком в разумные сроки до истечения окончательного срока представления заявок, чтобы участники процедур могли своевременно представить свои заявки. Ответ на любой запрос, который, как это можно разумно предполагать, представляет интерес для других участников процедур, сообщается без указания, от кого поступил запрос, всем участникам, которым организация-заказчик предоставила документацию для предварительного отбора.

49. После завершения этапа предварительного отбора организация-заказчик обычно составляет краткий список участников процедур, которые прошли предварительный отбор и которым будет впоследствии предложено представить предложения. Одна из практических проблем, с которой иногда сталкиваются организации-заказчики, связана с предложениями об изменениях в составе участвующих в процедурах консорциумов в процессе заключения договора. С точки зрения организации-заказчика, как правило, целесообразно проявлять сдержанность в отношении предлагаемых замен отдельных членов, участвующих в процедурах консорциумов после завершения этапа предварительного отбора. Изменения в составе консорциумов могут привести к существенному отклонению от той основы, которую использовала организация-заказчик при составлении краткого списка участвующих в процедурах консорциумов, прошедших предварительный отбор, а также могут поставить под сомнение объективность процедур заключения договора. Как правило, участвовать в процедурах на этапе вынесения решения о заключении договора следует разрешать только тем участникам, которые прошли предварительный отбор, если только новый член консорциума не удовлетворяет критериям предварительного отбора по существу в той же степени, как и член консорциума, выходящий из него.

50. Хотя критерии, использовавшиеся для предварительного отбора участников процедур, вновь рассматривать на этапе окончательной оценки не следует, организация-заказчик, возможно, пожелает зарезервировать за собой право потребовать на любом этапе процесса заключения договора, чтобы участники процедур вновь продемонстрировали свои квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые были использованы при их предварительном отборе.

С. Процедуры запроса предложений

51. В настоящем разделе рассматриваются процедуры запроса предложений у прошедших предварительный отбор участников процедур. Как это указано выше, данные процедуры характеризуются теми же основными особенностями, что и методы закупок, предусмотренные в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, за исключением отдельных коррективов, которые необходимы для учета потребностей организаций-заказчиков.

1. Структура и этапы процедуры

52. После процедуры предварительного отбора участников процедур организации-заказчику рекомендуется проанализировать свое изначальное технико-экономическое обоснование и определенные ею требования в отношении отдачи проекта и производительности и рассмотреть вопрос о необходимости пересмотра этих требований с учетом полученной в ходе процедур предварительного отбора информации. На этом этапе организация-заказчик должна уже решить вопрос о том, какие процедуры будут использоваться для запроса предложений — одноэтапная или двухэтапная, и не будет ли эффективнее всего прибегнуть к процедурам запроса предложений с проведением диалога.

а) Одноэтапная процедура

53. Выбор процедуры для запроса предложений будет зависеть от характера договора, от того, насколько точно организация-заказчик сможет определить технические требования, и от того, используются ли для отбора частного партнера показатели эффективности отдачи проекта (или эксплуатационные показатели). Если для организации-заказчика будет практически возможным и желательным разработать эксплуатационные показатели или проектные спецификации с необходимой степенью точности или окончательности, процесс заключения договора может быть организован в качестве одноэтапной процедуры. В этом случае после проведения предварительного отбора участников процедур организация-заказчик перейдет непосредственно к процедуре окончательного запроса предложений (см. пункты 65–79). Договор будет заключен с участником процедур, предложившим наилучшую совокупность условий по *а)* неценовым критериям, указанным в запросе предложений, и *б)* цене (см. пункт 10 статьи 47 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках). Определенная гибкость может быть придана процессу (например, в тех случаях, когда организация-заказчик должна рассмотреть и согласовать финансовые аспекты предложений лишь после оценки их технических, качественных и эксплуатационных характеристик) в результате предоставления возможности провести заключительный раунд последовательных переговоров с участниками процедур, представившими отвечающие формальным требованиям предложения, в том порядке, в котором они расставлены в списке с

учетом полученных ими оценок (см. статью 50 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках).

54. Одноэтапная процедура может быть уместна для относительно простых маломасштабных проектов, для осуществления которых организация-заказчик обладает достаточными техническими знаниями и не ожидает от частного сектора альтернативных решений, особых технологий или специального опыта. Однако в случае большинства проектов ПЧП организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать свои потребности с помощью проектных спецификаций или эксплуатационных показателей, которые являлись бы достаточно подробными и точными для того, чтобы позволить подготовить предложения, оценить их и сопоставить на единообразной основе с учетом этих спецификаций и показателей. Дело может обстоять таким образом, например в случае, когда организация-заказчик не определила вид технических и материальных вводимых ресурсов, которые отвечали бы нуждам соответствующего проекта (например, вид строительных материалов для использования при сооружении моста). С расширением масштабов и усложнением проекта вероятность того, что одноэтапная процедура заключения договора будет достаточной и даст удовлетворительные результаты, уменьшается. В подобных случаях с точки зрения получения наиболее выгодного в финансовом отношении предложения может быть сочтено нежелательным, чтобы организация-заказчик действовала на основе спецификаций или показателей, которые она составила бы без обсуждения с участниками процедур вопроса об их точных возможностях и о возможных предлагаемых вариантах. Поэтому в большинстве случаев организация-заказчик исходит из того, что взаимодействие с поставщиками и подрядчиками является необходимым для *а)* уточнения заявляемых ею нужд и представления их в общем описании (двухэтапные торги) или *б)* формулирования заявленных нужд и приглашения представить предложения для их удовлетворения (запрос предложений с проведением диалога).

б) Двухэтапная процедура

55. В тех случаях, когда процедура заключения договора разделяется на два этапа⁸, при первоначальном запросе предложений участникам процедур обычно предлагается представить предложения, касающиеся спецификаций на товары или услуги, которые должны являться результатом проекта, других характеристик проекта, а также других предлагаемых договорных условий. Приглашение к представлению заявок позволит участникам процедур предложить свои собственные решения для удовлетворения конкретных потребностей в соответствии с определенными стандартами услуг. Предложения, представленные на этом этапе, будут, как правило, представлять собой решения на основе инженерно-конструкторской концепции или эксплуатационных показателей без указания финансовых элементов, таких как предполагаемые цены или уровень вознаграждения. Эти предложения не следует

⁸ Процедуры двухэтапных торгов изложены в статье 48 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

считать обязывающими, и организация-заказчик на этом этапе не должна даже запрашивать информацию об обязательствах в отношении цены⁹.

56. В той степени, в которой условия договорного оформления проекта уже известны организации-заказчику, они должны включаться в запрос предложений, возможно, в форме проекта договора о ПЧП. Осведомленность о некоторых договорных условиях, таких как предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, является важной для участников процедур, поскольку позволяет им составить свои предложения и обсудить банковскую приемлемость проекта с потенциальными кредиторами (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 26). Первоначальная реакция на эти договорные условия, особенно на предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, может помочь организации-заказчику оценить практическую осуществимость проекта в первоначально задуманном виде. В то же время важно проводить разграничение между процедурой запроса предложений и переговорами по окончательному договору, когда решение о его заключении уже принято. Цель этого первоначального этапа состоит в том, чтобы дать организации-заказчику возможность впоследствии сформулировать свои потребности таким образом, который позволит организовать на заключительном этапе конкуренцию на основе единого набора параметров. Приглашение к представлению первоначальных предложений на этом этапе не должно вести к переговорам по условиям договора до принятия окончательного решения о его заключении.

57. После этого организация-заказчик может организовать встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся запросов предложений и сопроводительной документации. Организация-заказчик может на первом этапе провести обсуждения с любым участником процедур по любому аспекту его предложения. Организации-заказчику следует рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур или любым иным лицам, не имеющим специального разрешения на получение такой информации. Любые обсуждения должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон обсуждений не должна раскрывать никакому другому лицу никакой технической, финансовой или иной информации, относящейся к этим обсуждениям, без согласия другой стороны.

58. После таких обсуждений организации-заказчику следует проанализировать и в установленный законом срок пересмотреть первоначальные спецификации проекта в их техническом, качественном и эксплуатационном аспектах. При формулировании таких пересмотренных спецификаций организация-заказчик не должна модифицировать существо проекта, однако ей должно быть разрешено исключать или изменять любой аспект технических, качественных или эксплуатационных характеристик проекта, которые первоначально были указаны в запросе предложений. Организации-заказчику также должно быть разрешено на

⁹ См. Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, стр. 195.

этом этапе исключить или изменить любой критерий для анализа или оценки первоначально представленных предложений либо добавить какой-либо новый критерий, если это потребуется в результате внесения изменений в технические, качественные и эксплуатационные характеристики проекта. О любом таком исключении, изменении или добавлении должно сообщаться участникам процедур в приглашении представить окончательные предложения. Участникам процедур, которые не желают представлять окончательное предложение, должно быть разрешено выходить из процедур заключения договора без утраты права на любое обеспечение, предоставление которого могло было быть от них потребовано.

с) Запрос предложений с проведением диалога

59. Другой процедурой, которую организация-заказчик может использовать для отбора частного партнера в целях осуществления проекта ПЧП, является запрос предложений с проведением диалога¹⁰. Процедуры запроса предложений с проведением диалога предназначены для закупок относительно сложных объектов и услуг. Данный метод обычно используется в рамках закупок, направленных на поиск инновационных технических решений, например, в целях экономии энергии, обеспечения устойчивого снабжения или удовлетворения потребностей в области инфраструктуры. В таких случаях могут существовать различные технические решения — различия могут быть связаны с материалами и с использованием одного источника энергии вместо другого (ветер вместо солнца или природного топлива).

60. Запрос предложений с проведением диалога в процедурном плане похож на двухэтапные торги, но имеет несколько отличительных черт. Этот метод позволяет обсудить технические, качественные и эксплуатационные характеристики, а также финансовые аспекты потребностей организации-заказчика между организацией-заказчиком и потенциальными поставщиками или подрядчиками опять же в рамках прозрачного и структурированного процесса. Результатом такого процесса становится подготовка запроса о предоставлении «наилучших и окончательных оферт» (НОО) в целях удовлетворения потребностей организации-заказчика, однако единого общего набора технических спецификаций, помимо заявленных минимальных технических требований, в этом случае нет. НОО могут содержать различные технические решения для удовлетворения упомянутых потребностей; в этом смысле ответственность за разработку технических решений несут поставщики и подрядчики. Организация-заказчик рассматривает эти решения, с тем чтобы установить, отвечают ли они ее потребностям; их оценка на конкурентной, но равной основе является более сложной процедурой по сравнению с двухэтапными торгами.

61. В общем цель состоит в том, чтобы помочь поставщикам и подрядчикам посредством диалога с организацией-заказчиком лучше понять ее потребности, изло-

¹⁰ См. статью 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

женные в запросе предложений. Диалог может проводиться в несколько этапов и представляет собой форму взаимодействия между организацией-заказчиком и поставщиками или подрядчиками для рассмотрения как технических, качественных и эксплуатационных характеристик, изложенных в их предложениях, так и финансовых аспектов этих предложений. В рамках диалога могут обсуждаться финансовые последствия конкретных технических решений, в том числе цена или ценовой диапазон. Однако, как и в рамках двухэтапных торгов, он не подразумевает проведения переговоров или торгов с принятием каких-либо обязательств ни одной из сторон диалога. По завершении диалога поставщики и подрядчики представляют свои НОО, призванные удовлетворить потребности организации-заказчика. НОО разных поставщиков или подрядчиков могут совпадать в некоторых отношениях и существенно различаться в других, особенно в отношении предложенных технических решений. Данный метод закупок позволяет организации-заказчику сравнить разные технические решения, предложенные для удовлетворения ее нужд.

62. Методы закупок, основанные на проведении такого диалога, успешно применяются организациями-заказчиками при закупке относительно сложных объектов и услуг, когда непроведение диалога с поставщиками или подрядчиками может привести к большим потерям из-за упущенных возможностей, а его проведение способно принести очевидную экономическую выгоду. Помимо описанных выше типичных видов использования такие методы могут быть уместны, например, при закупке архитектурно-строительных работ, когда для удовлетворения потребностей организации-заказчика могут быть предложены многие решения и когда определить квалификацию и опыт поставщиков или подрядчиков можно только в процессе диалога. Сложность не обязательно должна иметь технический характер: при реализации инфраструктурных проектов, например, главную проблему может представлять рассредоточенность объектов строительства и большое разнообразие видов работ. Использование же данного метода закупок позволяет организации-заказчику в подобных ситуациях определить и получить наилучшее решение для удовлетворения своих закупочных потребностей.

63. Сама процедура состоит из двух этапов. На первом этапе организация-заказчик направляет приглашение к участию с описанием своих потребностей, которым следует руководствоваться поставщикам или подрядчикам при подготовке своих предложений. В описании могут быть указаны необходимые функции объекта закупок, его эксплуатационные характеристики либо результаты, ожидаемые от его приобретения, однако должны быть обязательно приведены минимальные технические требования. В отличие от двухэтапных торгов в данном случае от организации-заказчика не требуется представлять полное техническое описание объекта закупок.

64. В рамках этого метода организация-заказчик обязана издать описание потребностей, содержащее минимальные технические требования и позволяющее разобраться в предлагаемых технических решениях и оценить их путем сопоставления; поэтому от должностных лиц, отвечающих за закупки, может потребоваться более высокий уровень квалификации, который не требуется для дру-

гих методов закупок, чтобы, в частности, не допустить использования этого метода вместо надлежащей подготовки к закупкам. Особый риск заключается в том, что потребности в закупках станут определяться поставщиками и подрядчиками или же самим рынком. Хотя предложения по удовлетворению потребностей организации-заказчика должны исходить не от нее самой, а от поставщиков или подрядчиков, последние все же не должны играть ведущую роль в определении самих этих потребностей. В целом важно обеспечить предоставление всем участникам процедуры одинаковой информации на каждом этапе диалога и надлежащее документирование всего этого процесса и соответствующие гарантии во избежание злоупотреблений и неправомерных действий.

2. Содержание запроса предложений

65. Организации-заказчику следует предложить участникам процедур представить предложения в отношении спецификаций проекта, эксплуатационных показателей и договорных условий. В запрос предложений, как правило, должна включаться вся информация, необходимая для того, чтобы дать участникам процедур основу, позволяющую представить предложения, которые отвечают потребностям организации-заказчика и которые организация-заказчик может сопоставить объективным и справедливым образом. Содержание и степень детализации информации, предоставляемой на этом этапе участникам процедур, будет варьироваться в зависимости от предусматриваемого вида ПЧП и характера процедур заключения договора, используемых организацией-заказчиком. Менее подробная и обычно в меньшей степени сосредоточенная на технических аспектах информация будет характерна для тех случаев, когда организацией-заказчиком используется процедура запроса предложений с проведением диалога, предусмотренная в статье 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках. Однако в тех случаях, когда организация-заказчик использует вместо этого двухэтапную процедуру, ей уже будут предварительно распространены менее подробные первоначальные запросы на заявки без котировки цен и она уже приступит к обсуждениям с участниками процедур, заявки которых не были отклонены. Таким образом, на этом этапе организация-заказчик уже подготовит более обширный комплекс условий и требований, как это предусмотрено в пунктах 2 и 3 статьи 48 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках¹¹.

¹¹ 2. В тендерной документации поставщикам или подрядчикам предлагается представить на первом этапе процедур двухэтапных торгов первоначальные тендерные заявки, содержащие их предложения без указания цены тендерной заявки. Тендерная документация может предусматривать привлечение предложений, касающихся технических, качественных или эксплуатационных характеристик объекта закупок, а также договорных условий поставки и, в соответствующих случаях, профессиональной и технической компетенции и квалификационных данных поставщиков или подрядчиков. 3. На первом этапе закупающая организация может проводить обсуждения с поставщиками или подрядчиками, первоначальные тендерные заявки которых не были отклонены в соответствии с положениями настоящего Закона, по любому аспекту их первоначальных тендерных заявок. Если закупающая организация проводит обсуждения с каким-либо поставщиком или подрядчиком, она должна обеспечивать равные возможности для участия в таких обсуждениях всем поставщикам или подрядчикам.

а) Общая информация для участников процедур

66. В общую информацию для участников процедур должны надлежащим образом включаться те данные, которые первоначально указываются в тендерной документации или запросе предложений в связи с закупками товаров, строительных работ и услуг¹². Особенно важным является представление информации о критериях, которые будут использоваться организацией-заказчиком при определении выигравшего предложения, и об относительном значении или степени важности таких критериев (см. пункты 82–87). С учетом большого объема информации, которая, как правило, необходима участникам процедур, особенно полезными с точки зрения повышения эффективности и ускорения процедур могут оказаться электронные платформы для размещения предназначенной для участников процедур документов и информации и обмена ими. Также полезно проводить предшествующие рассмотрению заявок совещания, в которых могут принимать участие все заинтересованные участники процедуры, чтобы на прозрачной основе прояснить все вопросы, которые могут у них возникнуть.

і) Информация о технико-экономических обоснованиях

67. В общую информацию, предоставляемую участникам процедур, рекомендуется включать инструкции по подготовке технико-экономических обоснований, которые им, возможно, потребуется представить вместе с их предложениями. Такие технико-экономические обоснования не должны подменять оценки соотношения цены и качества, а также финансовых рисков и аспектов осуществимости и отдачи, которые организация-заказчик должна провести, прежде чем проект будет одобрен (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–22). Собственное технико-экономическое обоснование участников процедур будет, как правило, охватывать, например, следующие аспекты:

а) коммерческая рентабельность. Особенно в отношении проектов, финансируемых на безвозвратной или ограниченно оборотной основе, принципиально важно установить потребности в отдаче проекта, а также составить оценки и прогнозы в отношении таких потребностей на предлагаемый срок эксплуатации объекта, включая ожидаемый спрос (например, прогнозы в отношении интенсивности движения по автодорогам) и ценообразование (например, размеры сборов). Для оказания организации-заказчику содействия

¹² Например, инструкции по подготовке и представлению предложений, включая порядок, место и окончательный срок представления предложений, а также срок, в течение которого предложения имеют силу, и любые требования в отношении тендерного обеспечения; средства, которые участники процедур могут использовать для получения разъяснений в отношении запроса предложений, и заявление по поводу того, намерена ли организация-заказчик на данном этапе созвать совещание участников процедур; место, дата и время вскрытия предложений и процедуры, которые должны быть выполнены при вскрытии и анализе предложений; способ оценки предложений; минимальные требования, которым предложения должны отвечать, с тем чтобы считаться соответствующими (см. пункт 2 статьи 47 и пункт 2 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках).

в проведении анализа участники процедур также должны представить описания использованных сценариев для демонстрации коммерческой рентабельности своего предложения;

b) инженерно-конструкторские решения и оперативная осуществимость. Участники процедур должны продемонстрировать приемлемость предлагаемой ими технологии, включая оборудование и процессы, с точки зрения национальных, местных и экологических условий, вероятность достижения планируемого уровня производительности, а также адекватность методов и графиков строительства. В таком исследовании необходимо также определить предлагаемую организацию, методы и процедуры эксплуатации и материально-технического обслуживания заверченного объекта и представить информацию об ожидаемом техническом развитии;

c) финансовая жизнеспособность. Участники процедур должны указать предлагаемые источники финансирования для этапов строительства и эксплуатации, включая заемные средства и инвестиции в акционерный капитал. Хотя предоставление ссуд и задействование других механизмов финансирования в большинстве случаев осуществляются только после подписания договора о ПЧП, необходимо предусмотреть требование о том, чтобы участники процедур представили достаточные доказательства намерения кредиторов осуществить оговоренное финансирование. В ряде стран от участников процедур также требуется указать ожидаемую внутреннюю норму окупаемости по отношению к фактической стоимости капитала в соответствии с предлагаемыми механизмами финансирования. Такая информация должна позволить организации-заказчику оценить обоснованность и доступность предлагаемых цен или сборов, которые будут взиматься частным партнером, а также потенциальные возможности их последующего повышения;

d) воздействие на окружающую среду. В этом исследовании следует определить возможные негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта для окружающей среды, а также указать, какие корректировочные меры необходимо будет принять для обеспечения соблюдения применимых экологических стандартов. В таком исследовании следует должным образом учитывать соответствующие экологические стандарты международных финансовых учреждений, а также общенациональных, региональных и местных властей.

ii) Информация о тендерном обеспечении

68. Рекомендуется указать в запросе предложений любые требования организации-заказчика в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других главных условий любого тендерного обеспечения, которое должно быть предоставлено участниками процедур для компенсации тех потерь, которые могут возникнуть в результате отзыва предложений или неспособности ото-

бранного участника процедур заключить договор о ПЧП. Для обеспечения справедливого режима для всех участников процедур требования, прямо или косвенно касающиеся поведения участника процедур, представляющего предложение, не должны относиться к чему-либо иному помимо следующего: отзыва или изменения предложения после истечения окончательного срока представления предложений или до истечения окончательного срока, если это предусмотрено в запросе предложений; неспособности соблюсти финансовые параметры; неподписания договора о ПЧП, если организация-заказчик требует такого подписания; и непредставления требуемого обеспечения для исполнения договора о ПЧП после того, как предложение было принято, или невыполнения любого другого указанного в запросе предложений условия до подписания договора о ПЧП. Необходимо предусмотреть гарантии для обеспечения того, чтобы требование о предоставлении тендерного обеспечения выдвигалось только на справедливой основе и для соответствующих целей¹³. Необходимость в тендерном обеспечении и его условия должны рассматриваться с учетом выбранной процедуры заключения договора и при необходимости адаптироваться к ее потребностям. Например, тендерное обеспечение не имеет смысла в случае запроса предложений с проведением диалога, поскольку оно не решает практическую задачу обеспечения достаточного участия в диалоге или связывания поставщиков или подрядчиков обязательствами в отношении их изменяющихся предложений на этапе диалога (в отличие от этапа представления наилучших и окончательных ofert)¹⁴.

iii) Квалификация участников процедур

69. В тех редких случаях, когда предварительного отбора участников процедур до запроса предложений не проводится или когда организация-заказчик резервирует за собой право потребовать от участников процедур вновь подтвердить квалификационные данные, в запросе предложений должна быть изложена информация, которую участникам процедур требуется представить в подтверждение их квалификационных данных (см. пункты 38–41).

¹³ В пункте 2 статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках предусмотрены некоторые важные гарантии, включая, в частности, положение о том, чтобы организация-заказчик не требовала суммы тендерного обеспечения и немедленно возвращала документ об обеспечении или обеспечивала его возвращение после наступления первого из следующих событий: *a*) истечения срока действия тендерного обеспечения; *b*) вступления в силу проектного соглашения и предоставления обеспечения исполнения этого договора, если такое обеспечение требуется в соответствии с запросом предложений; *c*) прекращения процесса отбора без вступления проектного соглашения в силу; или *d*) отзыва предложения до истечения окончательного срока направления предложений, если только в запросе предложений не оговорено, что такой отзыв не допускается.

¹⁴ Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, с. 105, пункт 5.

б) Проектные спецификации и эксплуатационные показатели

70. Тип проекта ПЧП, права владения инфраструктурой и предусматриваемое распределение рисков и ответственности между публичным и частным секторами являются факторами, определяющими то, заинтересована ли организация-заказчик в осуществлении контроля за вводимыми ресурсами и техническими спецификациями работ, которые будет проводить частный партнер, или же она предпочтет, чтобы сами участники процедур предложили свои собственные варианты наилучшего удовлетворения потребностей организации-заказчика. Это в свою очередь повлияет на решение организации-заказчика о том, будет ли она проводить двухэтапные торги, с тем чтобы свести воедино все условия, технические, качественные и эксплуатационные характеристики, с учетом которых участникам процедур будет предложено представить окончательные предложения, либо предоставит ли она участникам процедур больше свободы в плане выработки своих собственных решений. В идеале организация-заказчик должна тщательно изучить эти варианты еще на стадии подготовки к торгам (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 49–52), поскольку это необходимо для определения соответствующего баланса в проектном описании между элементом затрат и элементом отдачи.

71. В целом организации-заказчику рекомендуется учитывать долгосрочные потребности проекта и формулировать его спецификации таким образом, который позволит ей получить достаточную информацию для выбора участника процедур, предложившего предоставление наиболее высококачественных услуг на наилучших экономических условиях.

72. Так, организация-заказчик может счесть полезным сформулировать проектные спецификации таким образом, чтобы дать надлежащее описание продукции проекта и эксплуатационных показателей без излишней регламентации в том, что касается способа достижения намеченных результатов. Проектные спецификации и эксплуатационные показатели обычно охватывают следующие аспекты:

а) описание проекта и ожидаемой отдачи. Если для предоставления услуг требуются специальные здания, такие как транспортные терминалы или аэропорт, организация-заказчик, возможно, пожелает представить в качестве иллюстративной основы только схематичные планировочные концепции разделения соответствующего участка на зоны пользования вместо предоставления планов, указывающих месторасположение и размеры отдельных сооружений, как это обычно делается при традиционных закупках строительных работ. В то же время, если, по мнению организации-заказчика, важно, чтобы участники торгов представили подробные технические спецификации, в запрос предложений включается по меньшей мере следующая информация: описание работ, которые должны быть выполнены, и услуг, которые должны быть предоставлены, включая технические спецификации, планы, чертежи и эскизы;

график выполнения работ и предоставления услуг; и технические требования к эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта;

b) минимальные применимые конструкторские и эксплуатационные стандарты, включая надлежащие экологические стандарты. Эксплуатационные стандарты обычно формулируются с указанием желаемого качества и количества продукции или услуг, производимых объектом. Предложения, которые отходят от соответствующих эксплуатационных стандартов, должны рассматриваться как не отвечающие формальным требованиям;

c) качество услуг. Применительно к проектам, связанным с предоставлением общедоступных услуг, эксплуатационные показатели должны включать описание услуг, которые должны быть предоставлены, и соответствующие стандарты качества, которые будут использоваться организацией-заказчиком при оценке предложений. Когда это уместно, должны быть упомянуты любые общие обязательства поставщиков общедоступных услуг относительно расширения предоставления услуги и обеспечения непрерывного характера ее предоставления в целях удовлетворения спроса обслуживаемой общины или территории, обеспечения недискриминационной доступности услуг для пользователей и предоставления недискриминационного доступа другим поставщикам услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой частным партнером, на условиях, установленных в договоре о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 91–102).

73. Участникам процедур должны быть даны инструкции представить информацию, которая необходима организации-заказчику для оценки технической обоснованности предложений, их оперативной осуществимости и соблюдения стандартов качества и технических требований, в том числе следующую информацию:

a) предварительное инженерно-конструкторское решение, включая предлагаемый график работ;

b) затраты на проект, включая потребности в эксплуатационных затратах и затратах на материально-техническое обслуживание, а также предлагаемый план финансирования (например, предлагаемое участие в акционерном капитале или заемный капитал);

c) предлагаемая организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания проекта, являющегося предметом процедур;

d) описание качества услуг.

74. Каждый из вышеупомянутых эксплуатационных показателей может потребовать представления дополнительной информации со стороны участников процедур с учетом нужд того проекта, подряд на который выдается. Например, в

связи с заключением договора о ПЧП на распределение электроэнергии в каком-либо регионе в число этих показателей могут включаться такие минимальные технические стандарты, как: *a)* оговоренная флуктуация напряжения (и частоты) на уровне потребления; *b)* продолжительность отключений (выраженная в часах за год); *c)* частотность отключений (выраженная в количестве за год); *d)* потери; *e)* количество дней для подключения нового клиента; и *f)* коммерческие стандарты для отношений с клиентами (например, количество дней для оплаты счетов, для повторного подключения объектов, для ответа на жалобы клиентов).

c) Договорные условия

75. В результате проведения на этапе планирования проекта и оценки его осуществимости анализа соотношения цены и качества и других предварительных исследований (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–22) организация-заказчик должна быть способна указать в тендерной документации, каким образом она предполагает распределить риски по проекту (см. также главу II «Планирование и подготовка проектов» и главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП»). Этот момент является важным не только для того, чтобы установить условия для обсуждения на переговорах и дачи разъяснений в ходе процесса заключения договора (см. пункты 92–94), но и для определения параметров окончательной доработки договора после того, как состоится выбор частного партнера (см. пункты 95–98). Если вопрос о распределении рисков будет оставлен полностью открытым, участники процедур могут попытаться свести к минимуму принимаемые на себя риски, что может нанести ущерб цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта.

76. Именно поэтому организации-заказчику следует распространять проект договора о ПЧП, содержащий предлагаемые условия. Такой шаг поможет также минимизировать риск того, что отобранный консорциум попытается возобновить обсуждение основных положений договора и начать переговоры. Если подготовить полный проект договора о ПЧП на этом этапе не представляется возможным, в запрос предложений должна быть включена по крайней мере информация об основных элементах договорных механизмов, предусматриваемых организацией-заказчиком, включая любые положения договора о ПЧП, которые организация-заказчик считает не подлежащими обсуждению. Основные элементы, обычно включаемые в запрос предложений на этом этапе, могут затрагивать, например, такие вопросы, как:

a) срок действия договора или приглашение участникам процедур представить свои собственные предложения относительно срока действия договора;

b) формулы и индексы для использования при корректировке цен;

- c) правительственная поддержка и инвестиционные стимулы, если таковые предоставляются;
- d) гарантийные требования;
- e) требования регулирующих учреждений, если таковые имеются;
- f) валютно-финансовые нормы и правила, регулирующие переводы в иностранной валюте;
- g) механизмы долевого распределения поступлений, если таковые предусматриваются;
- h) указание, если это уместно, категорий активов, которые частному партнеру потребуется передать организации-заказчику или предоставить в распоряжение последующему частному партнеру по истечении срока проекта;
- i) в тех случаях, когда выбирается новый частный партнер для эксплуатации уже созданной инфраструктуры, — описание активов и имущества, которые будут предоставлены в распоряжение частного партнера;
- j) возможные альтернативные, дополнительные или вспомогательные источники поступлений (например, концессии на эксплуатацию уже созданной инфраструктуры), если таковые имеются, которые могут быть предложены победителю процедур;
- k) указание главных условий, при которых права и обязанности отобранного частного партнера могут быть переданы третьим сторонам, любые ограничения или условия применительно к найму субподрядчиков и любые ограничения на передачу акций в капитале частного партнера третьим сторонам;
- l) любые положения договора, требуемые согласно законодательству страны.

77. Участникам процедур следует дать инструкции о предоставлении информации, необходимой организации-заказчику для оценки технических, финансовых и коммерческих элементов предложений и их соответствия предлагаемым договорным условиям. Кроме того, участники процедур должны быть обязаны раскрывать информацию о том, кто из членов консорциума или субподрядчиков будет отвечать за выполнение работ на этапе строительства, а также за эксплуатацию и техническое обслуживание объекта после его сдачи, и предоставлять организации-заказчику полную информацию о квалификации любого субподрядчика, не входящего в консорциум, участвующий в процедурах. Финансовые предложения обычно должны включать следующую информацию:

- a) применительно к проектам, в связи с которыми доход частного партнера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфра-

структуры (концессионные ПЧП), в финансовых предложениях следует указывать предлагаемую ценовую структуру. Применительно к проектам, в связи с которыми доход частного партнера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком или другим публичным органом в порядке амортизации инвестиций частного партнера, либо с добавлением к платежам со стороны государственного партнера сборов, платежей или начислений, выплачиваемых клиентами или пользователями, в финансовом предложении должны быть указаны предполагаемые амортизационные платежи и период погашения, а также планируемое распределение вклада между государственным партнером и пользователями;

b) текущая стоимость предлагаемых цен или прямых платежей на основе ставки дисконта и обменного курса, указанных в тендерной документации;

c) если, по оценкам, осуществление проекта потребует правительственной финансовой поддержки — уровень такой поддержки, включая, если это уместно, любые субсидии или гарантии, ожидаемые от правительства или организации-заказчика;

d) объем рисков, принимаемых на себя участниками процедур на этапе строительства и эксплуатации (включая непредвиденные события, экономические или нормативно-правовые изменения), а также, в надлежащих случаях, информацию о страховании, инвестициях в акционерный капитал и других гарантиях, предусмотренных в отношении этих рисков, а также сведения об уровне финансовой поддержки, компенсаций или других договорных коррективах, если таковые предусматриваются, которые предлагают участники процедур для компенсации финансовых последствий этих рисков.

78. С тем чтобы четко установить границы переговоров, которые будут проведены в ходе диалога после оценки предложений (см. пункты 95–98), в окончательном запросе предложений следует указать те условия договора о ПЧП, которые не могут считаться предметом переговоров организацией-заказчиком.

79. Организации-заказчику целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы окончательные предложения, представленные участниками процедур, содержали доказательства одобрения предложенных коммерческих условий и распределения рисков, как они указываются в запросе предложений, со стороны основных кредиторов участника процедур. Такое требование может сыграть полезную роль с точки зрения сопротивления давлению, направленному на повторное открытие обсуждения коммерческих условий на этапе заключительных переговоров. В ряде стран от участников процедур требуется, чтобы они парафировали и возвратили организации-заказчику проект договора о ПЧП вместе с их окончательными предложениями в качестве подтверждения их согласия со всеми условиями, в отношении которых они не предлагают конкретных поправок.

3. Разъяснения и изменения

80. Право организации-заказчика изменять запрос предложений имеет важное значение, поскольку оно позволяет ей получить все необходимое для удовлетворения своих потребностей. В силу этого желательно предоставить организации-заказчику право — будь то по своей собственной инициативе или в ответ на запрос о разъяснении со стороны какого-либо участника процедур — изменять запрос предложений путем издания дополнения в любое время до истечения окончательного срока представления предложений. В то же время в случае таких изменений, которые разумно потребуют от участников процедур дополнительного времени для подготовки их предложений, такое дополнительное время следует предоставить за счет соответствующего продления окончательного срока представления предложений. Кроме того, организация-заказчик должна избегать внесения существенных изменений в процесс заключения договора, в частности таких, которые могут затронуть всю совокупность потенциальных участников процедур, например, если характеристики проекта претерпят такие существенные изменения, что первоначальные документы уже не будут обеспечивать должную информированность возможных поставщиков или подрядчиков об истинных требованиях организации-заказчика. В случае необходимости внесения существенного изменения закупающей организации может потребоваться аннулировать процедуру заключения договора и начать ее заново¹⁵.

81. Как правило, о разъяснениях и вопросах, послуживших основанием для таких разъяснений, а также о соответствующих изменениях организация-заказчик должна незамедлительно сообщать всем участникам процедур, которым она направила запрос предложений. Если организация-заказчик проводит встречу с участниками процедур, она должна составить протокол, содержащий представленные в ходе этой встречи запросы о разъяснении в связи с запросом предложений, а также ее ответы на эти запросы, и направить экземпляры протокола участникам процедур.

4. Критерии оценки

82. Организация-заказчик должна сформулировать критерии оценки, позволяющие провести тщательную и эффективную оценку технических аспектов предложений (охватывающих не только инвестиции в материальные объекты, в частности в строительные или ремонтные работы, но и эксплуатацию и материально-техническое обслуживание инфраструктуры, а также качество услуг, которые должен предоставить частный партнер), с одной стороны; и оценку коммерческих и финансовых аспектов предложений (включая не только размеры

¹⁵ Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, стр. 101, пункт 4.

вознаграждений, цены или другие издержки, предлагаемые участниками процедур, но и обоснованность финансовых механизмов и структуры финансирования), с другой стороны. Надлежащий упор должен быть сделан на долгосрочные потребности организации-заказчика, в частности на необходимость обеспечить непрерывность предоставления соответствующей услуги на требуемом уровне качества и при обеспечении безопасности.

а) Оценка технических аспектов предложений

83. Технические критерии оценки призваны облегчить сопоставительную оценку технической, эксплуатационной, экологической и финансовой жизнеспособности предложения в отношении установленных спецификаций, показателей и требований, указанных в запросе предложений. В той мере, в которой это практически возможно, технические критерии должны быть объективными и поддающимися количественной оценке, с тем чтобы позволить организации-заказчику провести объективную оценку предложений и их сопоставление на общей основе. Это сокращает вероятность принятия субъективных или произвольных решений. В правилах, регулирующих процесс заключения договора, может оговариваться порядок формулирования и применения таких факторов. Технические предложения в отношении ПЧП обычно оцениваются в соответствии со следующими критериями:

а) техническая обоснованность. В тех случаях, когда организация-заказчик установила минимальные инженерно-конструкторские и эксплуатационные спецификации или стандарты, инженерно-конструкторская основа проекта должна отвечать таким спецификациям или стандартам. От участников процедур необходимо потребовать продемонстрировать обоснованность предлагаемых методов и графиков работ;

б) оперативная осуществимость. Предлагаемые организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания завершеного объекта должны быть хорошо определены, должны отвечать указанным эксплуатационным стандартам и должна быть продемонстрирована их практическая эффективность;

в) качество услуг. Критерии оценки, используемые организацией-заказчиком, должны включать анализ того порядка, в котором участники процедур обязуются обеспечивать предоставление и расширение предоставления соответствующей услуги, включая предлагаемые гарантии для обеспечения непрерывности ее предоставления;

г) экологические стандарты. Предлагаемые для использования в связи с проектом конструкторские решения и технология должны соответствовать экологическим стандартам, указанным в запросе предложений. Любые негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта, как он

предложен участниками процедур, для окружающей среды должны быть соответствующим образом определены, в том числе указаны необходимые корректировочные меры или меры по ослаблению такого воздействия;

е) *дополнительные поощрительные аспекты*. Речь идет о других условиях, которые может предложить автор проекта, с тем чтобы повысить привлекательность своего предложения, например о механизме долевого участия организации-заказчика в доходах, о сокращении объема правительственных гарантий или уровня правительственной поддержки;

ф) *потенциальные возможности для социально-экономического развития*. В соответствии с этим критерием организация-заказчик может принимать во внимание потенциальные возможности для социально-экономического развития, которые могут быть предложены участниками процедур, в том числе льготы для находящихся в неблагоприятном положении групп лиц и предприятий, внутреннее инвестирование или другие виды коммерческой деятельности, содействие занятости, резервирование некоторых видов продукции для внутренних поставщиков, передачу технологии и развитие управленческих, научных и эксплуатационных навыков;

г) *квалификация участников процедур*. На этапе оценки организация-заказчик должна иметь право на запрос у участников процедур доказательств, подтверждающих их квалификационные данные, представленные на этапе предварительного отбора.

б) Оценка финансовых и коммерческих аспектов предложений

84. Помимо критериев технической оценки предложений организации-заказчику необходимо определить критерии для оценки и сопоставления финансовых предложений. Критерии, которые обычно используются для оценки и сопоставления финансовых и коммерческих аспектов предложений, включают, в зависимости от обстоятельств, следующие:

а) *текущая стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты, удельных цен и иных сборов в течение срока действия договора*. Применительно к проектам, в связи с которыми доход частного партнера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на текущей стоимости предлагаемых отчислений, арендных или иных платежей и других сборов в течение срока действия договора;

б) *текущая стоимость предлагаемых прямых платежей организации-заказчика, если таковые предусматриваются*. Применительно к проектам, в связи с которыми доход частного партнера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком в

порядке амортизации инвестиций частного партнера, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на текущей стоимости предлагаемой схемы амортизационных платежей в отношении объекта при условии, что он был сооружен и эксплуатируется в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами, планами и спецификациями;

с) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, текущая стоимость капитальных затрат и затрат на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание. Организации-заказчику целесообразно включить эти затраты в число критериев оценки, что позволит оценить финансовую осуществимость предложений;

d) объем финансовой поддержки, если таковая ожидается от правительства. Меры правительственной поддержки, принятие которых отвечает ожиданиям или потребностям участников процедур, должны быть включены в число критериев оценки, поскольку они могут быть связаны с наложением непосредственной или условной финансовой ответственности на правительство (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 56–86);

e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования. Организации-заказчику следует проанализировать вопрос о том, является ли предлагаемый план финансирования, включая предлагаемое соотношение между инвестициями в акционерный капитал и заемным капиталом, достаточным для покрытия проектных затрат на строительство, эксплуатацию и материально-техническое обслуживание. Организации-заказчику следует также оценить финансовую устойчивость поставщиков капитала и кредиторов, объем их обязательств, план капитализации, предложенный для проектной компании, и срок, отводимый для окончательного урегулирования финансовых вопросов;

f) степень согласия с предлагаемыми договорными условиями. Предложения об изменениях или модификациях в договорных условиях, распространенных совместно с запросом предложений (например, применительно к положениям, касающимся распределения рисков или компенсационных платежей), могут обуславливать существенные материальные последствия для организации-заказчика, и их необходимо рассматривать с должной тщательностью.

85. Сопоставление предлагаемых видов вознаграждения, оплаты, удельных цен или иных сборов является важным фактором для обеспечения объективности и прозрачности выбора между предложениями, в равной мере отвечающими формальным требованиям. В то же время организации-заказчику важно тщательно изучить относительный вес этого критерия в процессе оценки. Концепция цены применительно к принятию решений относительно заключения договора о ПЧП обычно не имеет того значения, как в случае закупок товаров и услуг.

Так, вознаграждение частного партнера часто представляет собой сочетание сборов, оплачиваемых пользователями, дополнительных источников дохода и прямых субсидий или платежей со стороны публичного органа, принимающего решение о заключении договора.

86. Из вышеизложенного вытекает, что хотя цена на единицу ожидаемой отдачи сохраняет свою роль в качестве важного элемента сопоставления предложений, она не всегда может рассматриваться в качестве самого важного фактора. Особое значение имеет общая оценка финансовой осуществимости предложений, поскольку она позволяет организации-заказчику оценить способность участников процедур реализовать проект и вероятность последующего повышения предлагаемых цен. Это имеет большое значение с точки зрения необходимости избегать создания таких ситуаций, когда подряды на проекты будут выдаваться участникам процедур, предлагающим привлекательные, однако нереалистично низкие цены в ожидании возможности повысить такие цены после заключения договора.

87. Организации-заказчику также важно распространить информацию об относительном значении, которое будет придаваться каждому критерию оценки, и о способе применения этих критериев при оценке предложений. В целях обеспечения надлежащей сбалансированности между финансовыми и техническими аспектами предложений могут быть использованы два подхода. Один из возможных подходов состоит в том, чтобы наиболее выгодным предложением считать то предложение, которое получило наиболее высокую совокупную оценку с точки зрения как ценовых, так и неценовых критериев оценки. В противном случае для установления выигравшего предложения среди предложений, отвечающих формальным требованиям, определяющим фактором может служить предлагаемая цена на продукцию проекта (например, цена на воду или электроэнергию, размеры сборов, оплата эксплуатационно-технического обслуживания или счета по аренде, выставяемые к оплате организации-заказчику).

5. Представление и вскрытие предложений

88. Следует предусмотреть требование о том, чтобы предложения представлялись в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. Если запросом предложений допускается их представление в электронном виде, то в этом случае он должен требовать от участников процедур представления своих предложений таким образом, чтобы их содержание можно было предъявить организации-заказчику и чтобы можно было предоставить надежные гарантии в отношении целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме¹⁶. Предложения, полученные организацией-

¹⁶ См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, статья 8, пункт 1.

заказчиком после истечения окончательного срока для представления предложений, вскрываться не должны и должны возвращаться представившим их участникам процедур. В целях обеспечения прозрачности в национальном законодательстве часто устанавливаются формальные процедуры для вскрытия предложений, которое обычно происходит в момент, заранее указанный в запросе предложений, а также предусматривается требование о том, чтобы организация-заказчик разрешила участникам процедур, представившим предложения, или их представителям присутствовать при вскрытии предложений или получить подтверждение того, что предложение было вскрыто с гарантированным соблюдением требований относительно целостности информации. Такое требование помогает свести к минимуму риск того, что предложения могут быть изменены или что с ними могут быть произведены иные манипуляции, и представляет собой важную гарантию беспристрастности процедур.

89. С учетом сложности проектов ПЧП и разнообразия критериев оценки, обычно применяемых при принятии решения о выдаче подряда на проект, организации-заказчику, возможно, целесообразно применять двухэтапную процедуру оценки, при которой нефинансовые критерии будут рассматриваться отдельно от финансовых, и даже, возможно, до них, с тем чтобы избежать ситуаций, когда определенным элементам финансовых критериев (например, цене на единицу продукции) придается чрезмерное значение в ущерб нефинансовым критериям.

90. С этой целью в некоторых странах предусматривается требование о том, чтобы участники процедур составляли и представляли свои технические и финансовые предложения в двух отдельных конвертах. Система двух конвертов иногда используется по той причине, что она позволяет организации-заказчику оценить техническое качество предложений без влияния финансовых компонентов. Однако в отношении этого метода высказываются критические замечания на том основании, что он противоречит цели достижения экономии при принятии решений о заключении публичных контрактов. В частности, указывается на опасность того, что в результате первоначального отбора предложений лишь на основе их технических достоинств и без учета цены организация-заказчик после вскрытия первых конвертов может склониться к тому, чтобы отобрать предложения о выполнении технически более высококачественных работ и отклонить предложения с менее сложными решениями, которые, тем не менее, удовлетворяют потребности организации-заказчика при более низких общих затратах.

91. В качестве альтернативы использованию системы двух конвертов организации-заказчики могут установить требование о том, чтобы технические и финансовые предложения объединялись в единое предложение, но организовать оценку в два этапа. На первом этапе организация-заказчик обычно устанавливает минимальный уровень требований в отношении качественных и технических аспектов, которые должны быть отражены в технических предложениях, в соот-

ветствии с критериями, установленными в запросе предложений, и дает оценку каждому техническому предложению в соответствии с этими критериями и относительным значением и порядком применения этих критериев, изложенными в запросе предложений. Затем организация-заказчик сопоставляет финансовые и коммерческие аспекты предложений, которые были оценены как соответствующие минимальному уровню или превышающие его. Если предусматривается последовательная оценка технических и финансовых предложений, организации-заказчику на первом этапе следует определить, отвечают ли технические предложения по внешним признакам требованиям запроса предложений (т.е. охватывают ли они все те вопросы, которые должны быть рассмотрены в технических предложениях). На этом этапе неполные предложения, а также предложения, отходящие от параметров запроса предложений, должны отклоняться. Хотя организация-заказчик может просить участников процедур представить разъяснения в связи с их предложениями, на этом этапе не допускается никаких запросов, предложений или разрешений в целях изменения существа предложения, включая изменения, направленные на то, чтобы привести предложение, не отвечающее формальным требованиям, в соответствие с этими требованиями.

6. Диалог с участниками процедур

92. Если организация-заказчик прибегла к процедуре запроса предложений с проведением диалога, подобной той, которая изложена в статье 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, то на этом этапе она вступает в диалог с участниками процедур, удовлетворяющими формальным требованиям. В пункте 8 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках сформулированы два обязательных условия, касающиеся формата диалога: во избежание противоречий в результатах он должен проводиться параллельно и вести его должны одни и те же представители организации-заказчика.

93. Диалог может включать несколько раундов или этапов. В конце каждого раунда или этапа потребности организации-заказчика могут уточняться, а участвующим в диалоге поставщикам или подрядчикам может предоставляться возможность доработать свои предложения с учетом уточненных потребностей, а также вопросов и замечаний, высказанных в ходе диалога организацией-заказчиком. В ходе диалога организация-заказчик не должна изменять ни объект закупки, ни какие-либо квалификационные критерии или критерии оценки, ни какие-либо минимальные требования, установленные в соответствии с пунктом 2 (f) статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, ни какие-либо элементы описания проекта ПЧП или условия договора о ПЧП, которые не являются предметом диалога, как было указано в запросе предложений. Любые полученные в ходе диалога требования, инструкции, документы, разъяснения или иная информация, которые направляются организацией-заказчиком какому-либо поставщику или подрядчику, должны предоставляться одно-

временно и на равной основе всем другим участвующим поставщикам или подрядчикам, если только такая информация не касается конкретно или исключительно того или иного поставщика или подрядчика и сообщение таких сведений не было бы нарушением положений о конфиденциальности. На этапе диалога с учетом его формата и всеобъемлющего характера вопросы конфиденциальности имеют особое значение. Общее правило гласит, что никакая информация, касающаяся любого конкретного участника процедур или его предложения, без его согласия не должна раскрываться никакому другому участнику процедур или участвующему подрядчику.

94. После проведения диалога организация-заказчик должна предложить всем поставщикам или подрядчикам, продолжающим участвовать в процедурах, представить наилучшую и окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложений. Запрос должен быть составлен в письменной форме, и в нем следует оговорить порядок, место и окончательный срок представления наилучших и окончательных оферт. Одна из главных особенностей данного метода закупок заключается в отсутствии единого исчерпывающего перечня условий закупок, не считая минимальных технических требований, на основании которых проводится оценка окончательных представлений.

7. Заключительные переговоры и решение заключить договор

95. Комитет, принимающий решение о заключении договора, должен оценить технические и финансовые элементы каждого предложения в соответствии с заранее объявленными системами оценки технических критериев и письменно обосновать выставленные оценки. В интересах прозрачности процесса заключения договора и во избежание безосновательного использования неценовых критериев оценки, в тех случаях, когда комитет, принимающий решение о заключении договора, рекомендует отдать предпочтение тому или иному предложению не на основании только лишь цены, а с учетом, главным образом, технических аспектов, особенно важным представляется подробное изложение причин такой рекомендации. Организация-заказчик должна выставить оценки всем отвечающим формальным требованиям предложениям на основе критериев оценки, изложенных в запросе предложений.

а) Двухэтапная процедура

96. Если организация-заказчик использовала двухэтапную процедуру, подобную изложенной в статье 48 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, то на этом этапе организация-заказчик приглашает того участника процедур, который получил наивысшую оценку, провести заключительные переговоры по некоторым элементам договора о ПЧП. Если наиболее высокую оценку получили два или более предложений или если между оценками двух или

более предложений имеются лишь незначительные различия, организации-заказчику следует пригласить к переговорам всех участников процедур, получивших по сути одинаковые оценки. Заключительные переговоры должны ограничиваться вопросами установления окончательных деталей оформляющей сделку документации и удовлетворения разумных требований кредиторов отобранного участника процедур. Особой проблемой, с которой сталкивается организация-заказчик, является опасность того, что в ходе переговоров с отобранным участником процедур будут предприниматься попытки изменить — в ущерб правительству или потребителям — положения о цене или распределении рисков, которые первоначально содержались в предложении. Никаких изменений в существенных элементах предложения допускать не следует, поскольку они могут привести к искажению предпосылок, на основе которых производились представление и оценка предложений. Поэтому проводимые на этом этапе переговоры не могут касаться тех элементов договора, которые были сочтены не подлежащими обсуждению в окончательном запросе предложений (см. пункт 76). Опасность возобновления обсуждения коммерческих условий на этом этапе может быть дополнительно уменьшена, если будет предусмотрено обязательное требование о том, чтобы в тендерные заявки, представляемые на этапе конкурентной борьбы между участниками процедур, включалось указание на согласие кредиторов участника процедур с предполагаемым распределением рисков (см. пункт 79 выше). Полезную роль в этом процессе могут сыграть консультанты организации-заказчика по финансовым вопросам, которые подготовят заключения о реалистичности предложений участников процедур и о том, какие уровни финансовых обязательств должны соответствовать каждому конкретному этапу. Процесс окончательного урегулирования финансовых вопросов может быть весьма длительным.

97. Организация-заказчик должна уведомить остальных отвечающих формальным требованиям участников процедур о том, что они могут быть приглашены к переговорам, если переговоры с участником процедур, получившим лучшую оценку, не приведут к заключению договора о ПЧП. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению договора о ПЧП, она должна проинформировать этого участника о том, что прекращает переговоры, а затем пригласить для переговоров следующего участника процедур на основе его оценки, и так до тех пор, пока она не заключит договор о ПЧП или не отклонит все остальные предложения. Во избежание злоупотреблений и необоснованных задержек организации-заказчику не следует возобновлять переговоры с каким-либо участником процедур, с которым переговоры уже были прекращены.

б) Запрос предложений с проведением диалога

98. Как правило, при использовании организацией-заказчиком процедуры запроса предложений с проведением диалога, подобной той, которая предусмо-

трена в статье 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, переговоры с участниками процедур не допускаются. Действительно, пункт 12 статьи 49 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках прямо гласит, что «между закупающей организацией и поставщиками или подрядчиками не ведется никаких переговоров в отношении их наилучших и окончательных офферт». Причина столь строгого запрета заключается в том, что на этапе диалога участникам процедур уже была предоставлена вполне достаточная возможность для всестороннего улучшения их предложений. Представление наилучших и окончательных офферт завершает этап диалога и исключает возможность дальнейшего изменения спецификаций и договорных условий, предложенных участниками процедур, с тем чтобы уменьшить вероятность возникновения нежелательной ситуации, когда организация-заказчик использует офферту одного участника процедур для оказания давления на другого с намерением, в частности, добиться снижения цены. В противном случае участники процедур, предвидя такое давление, могут быть вынуждены завышать предлагаемые цены, что поставит под угрозу добросовестный характер процесса¹⁷.

Д. Заключение договора путем прямых переговоров

99. В *Руководстве* рекомендуется принимать решения о заключении договоров о ПЧП посредством упорядоченных конкурентных процедур, поскольку такие процедуры, по общему признанию, наиболее способствуют защите публичных интересов и обеспечению оптимального соотношения затрат и получаемой выгоды (экономия и эффективность), и лучше всего обеспечивают добросовестность и прозрачность (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 5–9 и 13–16; см. также пункты 5–16 выше). В то же время рекомендуемый в *Руководстве* порядок принятия решения о заключении договора позволяет избежать формализма, присущего некоторым видам открытых процедур (таким как традиционные тендеры на товары и услуги), и предоставляет организации-заказчику значительную степень гибкости при выборе оператора, наилучшим образом удовлетворяющего ее потребности с точки зрения профессиональной квалификации, финансовой надежности, способности обеспечивать непрерывность предоставления услуги, равного режима для всех пользователей и качества предложения.

100. Прямые переговоры не обеспечивают того уровня прозрачности и объективности, который достигается при применении более четко регламентированных конкурентных методов. Кроме того, в некоторых странах могут возникать опасения в связи с тем, что значительная свобода усмотрения при таких переговорах может быть сопряжена с высоким риском злоупотреблений или коррупп-

¹⁷ *Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках*, с. 217, пункт 27.

ции. В свете вышесказанного в *Руководстве* рекомендуется закрепить использование конкурентных процедур при заключении договоров о ПЧП в качестве законодательной нормы, допустив возможность проведения прямых переговоров (без предварительного проведения конкурентных процедур заключения договора, описанных в *Руководстве*) лишь в исключительных случаях, когда для этого имеются объективные основания, и обусловив эту возможность соблюдением процедур, гарантирующих прозрачность и справедливость процесса заключения договора.

1. *Обстоятельства, допускающие использование этого метода*

101. В целях обеспечения прозрачности, а также неукоснительного соблюдения правил при заключении договоров о ПЧП в законодательстве следует определить те исключительные обстоятельства, при которых организации-заказчику может быть разрешено произвести выбор частного партнера путем проведения прямых переговоров. К числу таких обстоятельств могут, например, относиться следующие:

a) случаи, когда существует срочная потребность в незамедлительном предоставлении соответствующих услуг и проведение конкурентной процедуры заключения договора было бы поэтому практически нецелесообразным, при условии что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть, и они не являются результатом медлительности со стороны организации-заказчика. Такое разрешение может в виде исключения требоваться, например, в случаях, когда предоставление какой-либо услуги неожиданно прерывается или когда действующий частный партнер не обеспечивает ее предоставления на приемлемом уровне, или когда договор о ПЧП расторгается организацией-заказчиком, если проведение конкурентной процедуры заключения договора было бы практически нецелесообразным с учетом срочной потребности в бесперебойном предоставлении соответствующей услуги;

b) случаи, когда речь идет о краткосрочных проектах и когда объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает установленной минимальной суммы;

c) причины, связанные с национальной обороной или безопасностью;

d) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только от одного частного оператора (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау), включая некоторые случаи получения незапрошенных предложений (см. пункты 114–118). В интересах обеспечения прозрачности следует рекомендовать организации-заказчику использовать приемлемую конкурентную процедуру заключения договоров в качестве альтернативы применению сложных положений, изложенных в *Руководстве*.

2. Меры, направленные на повышение прозрачности при принятии решения заключить договор путем проведения прямых переговоров

102. Для процедур, которых необходимо придерживаться при закупках путем переговоров, проводимых вне рамок регламентированных конкурентных процедур, в целом характерна более высокая степень гибкости, чем для процедур, применимых к другим методам закупок. В целях регулирования процесса ведения сторонами переговоров и заключения ими договора установлены лишь немногочисленные правила и процедуры. В ряде стран законодательство о закупках оставляет за организациями-заказчиками практически неограниченную свободу вести переговоры по своему усмотрению. В других странах в целях поддержания справедливости и объективности и стимулирования конкуренции путем поощрения участия в процедурах законодательство устанавливает процедурные рамки для переговоров. Положения о процедурах заключения договора путем переговоров затрагивают различные рассматриваемые ниже вопросы, такие как требования об утверждении решения организации-заказчика произвести отбор частного партнера путем переговоров, выбор партнеров по переговорам, критерии сопоставления и оценки предложений и ведение отчетности о процедурах заключения договора.

а) Утверждение

103. Установленное во многих странах минимальное требование заключается в том, что организации-заказчику до начала процедуры заключения договора путем переговоров, проводимых вне рамок регламентированных конкурентных процедур, необходимо получить разрешение вышестоящего органа. Обычно такие положения требуют подачи письменного ходатайства и указания в нем причин, обусловивших необходимость использования переговоров. Смысл разрешительного порядка состоит, в частности, в том, чтобы метод заключения договора без проведения конкурентных процедур применялся только в соответствующих обстоятельствах.

б) Выбор партнеров по переговорам

104. В целях создания в рамках процедур заключения договора максимальных возможностей для конкуренции целесообразно установить требование о том, что организация-заказчик должна проводить переговоры с максимально возможным, с учетом обстоятельств, числом компаний, которые сочтены способными удовлетворить соответствующие потребности. Помимо этого общего положения в законодательстве ряда стран отсутствуют конкретные указания относительно минимального числа подрядчиков или поставщиков, переговоры с которыми должна провести организация-заказчик. Однако в ряде других стран законодательство требует от организации-заказчика, чтобы в случаях, когда это

практически осуществимо, переговоры велись или предложения запрашивались у определенного минимального числа участников процедур (при этом часто упоминается цифра три). При некоторых обстоятельствах допускается проведение организацией-заказчиком переговоров с меньшим числом партнеров, в частности когда привлечь к этим процедурам установленное минимальное число потенциальных участников невозможно.

105. В целях повышения прозрачности целесообразно также предусмотреть требование о том, чтобы уведомление о процедурах переговоров предоставлялось участникам процедур специально оговоренным образом. Например, может устанавливаться требование о том, чтобы организация-заказчик опубликовала уведомление в каком-либо конкретном издании, обычно используемом для этих целей. Цель таких требований об уведомлении состоит в том, чтобы привлечь к процедурам закупок внимание более широкого круга участников и тем самым способствовать конкуренции.

106. С учетом масштабов большинства проектов в области инфраструктуры уведомление должно, как правило, содержать определенную минимальную информацию (например, описание проекта или квалификационные требования) и быть опубликовано достаточно заблаговременно, чтобы позволить участникам процедур подготовить свои оферты. Формальные требования, применимые к участникам конкурентных процедур, в принципе должны применяться также и при процедурах переговоров.

с) Проведение переговоров

107. Прямые переговоры, как правило, представляют собой гибкий метод закупок в том случае, если он допускается национальным законодательством. Тем не менее в *Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках* принимающим закон государствам предлагается рассмотреть вопрос об установлении дополнительных требований к использованию конкурентных переговоров. Например, в подзаконные акты о закупках, а также правила или руководящие указания, разрабатываемые учреждением, занимающимся публичными закупками, или другим органом, «можно включить требование о том, чтобы закупающая организация предприняла следующие шаги: установить основные правила и процедуры, касающиеся проведения переговоров, с тем чтобы содействовать их эффективному проведению; подготовить различную документацию, на основе которой будут проводиться переговоры, включая документы с описанием объекта закупок, а также желательных договорных условий; и обратиться к поставщикам или подрядчикам, с которыми она ведет переговоры, с просьбой представить цены в разбивке по позициям, с тем чтобы облегчить сопоставление оферт»¹⁸.

¹⁸ *Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках*, с. 224, пункт 6.

108. Поскольку в ходе прямых переговоров, как правило, не вырабатывается единый набор условий закупок, на основании которых оцениваются окончательные представления, переговоры, возможно, будут более эффективными в том случае, если группа переговорщиков организации-заказчика получит руководящие указания в форме общих критериев, которым должны удовлетворять предложения (например, общих целей по производительности или спецификаций в отношении продукции проекта), а также критериев для оценки ofert в ходе переговоров и для выбора победившего частного партнера (например, технические достоинства oferty, цены, затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, а также рентабельность договора о ПЧП и связанные с ним потенциальные возможности развития). Организации-заказчику следует провести обсуждения с участниками процедур, с тем чтобы уточнить предложение и улучшить его до такой степени, когда оно станет удовлетворительным для организации-заказчика. При этих обсуждениях может быть затронут вопрос о цене каждого предложения. Когда предложения окончательно доработаны, организации-заказчику следует запросить наилучшую и окончательную ofertу на основе разъясненных предложений. Рекомендуется, чтобы участники процедур включали в свои окончательные oferty доказательство того, что распределение рисков, указанное в ofercie, будет приемлемым для их предполагаемых кредиторов. Процесс переговоров завершается выбором наилучшей и окончательной oferty. Между закупающей организацией и поставщиками или подрядчиками не проводится никаких переговоров в отношении их наилучших и окончательных ofert. Подряд будет выдан стороне, представившей «наиболее экономичную» или «наиболее выгодную» ofertу.

d) Уведомление о решении заключить договор

109. От организации-заказчика должно требоваться составление отчета о процедурах заключения договора (см. пункты 134–136) и опубликование уведомления о решении заключить договор, в котором — за исключением случаев, связанных с интересами национальной обороны или национальной безопасности, — должны указываться, в частности, особые обстоятельства и причины, обусловившие решение заключить договор без проведения надлежащих конкурентных процедур (см. пункт 101). Во многих странах в интересах прозрачности и подотчетности прочно вошло в практику опубликование договоров о ПЧП в полном объеме. Такая практика зачастую дополняется также еще мерами, призванными обеспечить раскрытие информации и прозрачность, такими как опубликование докладов об оценке производительности частных партнеров применительно к указанным в договоре о ПЧП производственным целевым заданиям, а на уровне правительства создается механизм для обнародования таких производственных целевых заданий (на веб-сайте организации-заказчика или на другой платформе) (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 103 и 104).

Е. Незапрошенные предложения¹⁹

110. Иногда проекты ПЧП реализуются на основе предложений, представленных частным сектором напрямую. Такие предложения обычно называются незапрошенными, поскольку они касаются не тех проектов, в отношении которых по инициативе публичного сектора были начаты процедуры, направленные на заключение договора. Незапрошенные предложения могут выдвигаться в случаях, когда частный сектор выявил ту или иную потребность в области инфраструктуры, которая может быть удовлетворена с помощью ПЧП. Речь может также идти о новаторских предложениях по управлению инфраструктурой и о предложениях, потенциально связанных с передачей новой технологии принимающей стране. Однако в связи с ними могут возникать различного рода вопросы, связанные с прозрачностью, подотчетностью и соотношением цены и качества. Странам, которые несмотря на это считают целесообразным разрешить рассмотрение незапрошенных предложений, следует тщательно продумать эти вопросы и создать надлежащие гарантийные механизмы.

1. Программные соображения

111. Одной из возможных причин, которые иногда приводятся в качестве довода в пользу рассмотрения незапрошенных предложений, является то, что такая практика будет стимулировать частный сектор выступать с предложениями по использованию новых концепций или технологий в целях удовлетворения потребностей организации-заказчика. Конкурентные процедуры по самой своей природе предполагают, что ни один их участник, пока он не выиграет конкурентную борьбу, не может быть уверен, что подряд на проект будет выдан именно ему. Затраты на подготовку предложений в связи с крупными проектами в области инфраструктуры могут быть сдерживающим фактором для компаний, которые сомневаются в своей способности представить предложения, не уступающие предложениям конкурентов. В отличие от этого правила, позволяющие организации-заказчику вести переговоры по незапрошенным предложениям непосредственно с их авторами, могут быть расценены частным сектором как стимул к представлению таких предложений. Организация-заказчик может быть также заинтересована в возможности проведения прямых переговоров, с тем чтобы стимулировать частный сектор к разработке новаторских предложений по развитию инфраструктуры.

112. В то же время выдача подрядов на проекты на основании незапрошенных предложений и без какой-либо конкуренции с другими участниками может послужить причиной серьезной критики в адрес правительства. Передовая прак-

¹⁹ Рекомендации Группы Всемирного банка о порядке рассмотрения незапрошенных предложений в рамках инфраструктурных проектов см. в публикации Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects, The World Bank Group, 2018.

тика надлежащего управления предполагает, что публичные органы должны прогнозировать свои будущие потребности в инфраструктуре и систематически планировать их обеспечение. Им следует развивать у себя потенциал, позволяющий генерировать и разрабатывать собственные проекты, не отдавая инициативу в руки частного сектора (см. главу II, «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–20 и 47). На практике же оказывается, что из-за недостатков в процедурах оценки или планирования незапрошенные предложения создают значительные непредвиденные последствия для принимающих стран, которые не были надлежащим образом предусмотрены в долгосрочной смете государственных расходов и системах контроля за бюджетом. Кроме того, потенциальные кредиторы, в том числе многосторонние и двусторонние финансовые учреждения, могут испытывать трудности с предоставлением кредитов или гарантий под проекты, которые не были предметом конкурентных процедур. Они могут опасаться возможности оспаривания и аннулирования будущими правительствами (например, поскольку выдача подряда на проект может быть впоследствии сочтена результатом необоснованной благосклонности или поскольку использованная процедура не содержала объективных параметров для сопоставления цен, технических элементов и общей эффективности проекта) либо юридического или политического опротестования другими заинтересованными сторонами, такими как клиенты, не удовлетворенные возросшими ценами, или конкурирующие компании, утверждающие, что их несправедливо исключили из процедуры конкурентного отбора.

113. Таковы несколько причин, по которым страны предпочитают не устанавливать норм, регулирующих подачу незапрошенных предложений, или прямо запрещают ее. Странам, которые все же хотели бы разрешить рассмотрение таких предложений, следует изучить необходимость и целесообразность разработки специальных процедур оценки таких предложений и реагирования на них, чтобы незапрошенные предложения не могли использоваться для обхода механизмов управления государственными инвестициями. С этой целью будет, возможно, целесообразным проанализировать две ситуации, на которые наиболее часто ссылаются в связи с незапрошенными предложениями, а именно: незапрошенные предложения, якобы связанные с использованием новых концепций или технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры, и незапрошенные предложения, якобы позволяющие удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком.

а) Незапрошенные предложения, якобы связанные с использованием новых концепций и технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры

114. В целом в связи с проектами в области инфраструктуры, которые требуют использования того или иного вида промышленных процессов или методов,

организация-заказчик будет заинтересована в стимулировании представления предложений, предлагающих применение наиболее передовых процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, доказавших свою действенность с точки зрения повышения отдачи проекта (например, за счет значительного сокращения затрат на строительство, ускорения реализации проекта, повышения безопасности, улучшения функциональных характеристик объекта, увеличения его эксплуатационного ресурса, сокращения затрат на материально-техническое обслуживание и эксплуатацию объекта либо сокращения неблагоприятного воздействия на окружающую среду или сбоев на этапе строительства или функционирования объекта).

115. Вместо разработки специального свода норм для рассмотрения незапрошенных предложений законные интересы организации-заказчика можно обеспечить путем надлежащей модификации конкурентных процедур заключения договора. Например, если организация-заказчик использует процедуры отбора, в которых первоочередное внимание уделяется предполагаемой отдаче проекта, но не предписываются способы, с помощью которых такая отдача должна быть достигнута (см. пункт 72), у участников процедур будет иметься достаточная степень гибкости для того, чтобы предлагать свои фирменные технологии или методы. В подобной ситуации тот факт, что каждый из участников процедур имеет такие фирменные технологии или методы, не будет препятствием для конкуренции при условии, что все предложенные методы будут технически способны обеспечить такую отдачу, которая ожидается организацией-заказчиком.

116. Придание конкурентным процедурам заключения договора необходимой дополнительной гибкости может в подобных случаях представлять собой более удовлетворительное решение, чем разработка специальных неконкурентных процедур для рассмотрения предложений, якобы связанных с новыми концепциями или технологиями. За возможным исключением фирменных концепций или технологий, уникальность которых подтверждается действующими правами интеллектуальной собственности, организация-заказчик может столкнуться со значительными трудностями при определении того, что следует понимать под новой концепцией или технологией. Такое определение может потребовать привлечения дорогостоящих услуг независимых экспертов, возможно из-за рубежа, во избежание обвинений в предвзятости. Кроме того, заключение о связи проекта с новаторской концепцией или технологией может быть парировано заявлениями других заинтересованных компаний о том, что надлежащие новые технологии имеются и у них.

117. Несколько иная ситуация может возникнуть в случае, если уникальность предложения или его новаторские аспекты таковы, что реализация проекта без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые лицо, предложившее проект, или его партнеры обладают исключительными правами, будь то во всемирном или региональном

масштабе, окажется невозможной. Наличие прав интеллектуальной собственности в отношении метода или технологии действительно может сократить или полностью исключить возможность сколь-либо значимой конкуренции. Именно по этой причине действующее в большинстве стран законодательство о закупках разрешает закупающим организациям производить закупки из одного источника, если товары, работы или услуги имеются в наличии только у какого-либо конкретного поставщика или подрядчика или если какой-либо конкретный поставщик или подрядчик обладает исключительными правами в отношении товаров, работ или услуг, и никакой разумной альтернативы или замены не существует (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, статья 30, пункт 5).

118. В подобном случае представляется уместным уполномочить организацию-заказчика провести переговоры о реализации проекта непосредственно с автором незапрошенного предложения. Здесь, несомненно, трудность заключается в том, как установить с необходимой степенью объективности и прозрачности, что разумной альтернативы или замены методу или технологии, предусмотренным в незапрошенном предложении, не существует. В этих целях организации-заказчику целесообразно разработать процедуры для выявления сопоставительных элементов в связи с незапрошенным предложением. В подобной ситуации использование положений Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, касающихся запроса предложений с проведением диалога, отвечает задачам справедливого и объективного рассмотрения незапрошенных предложений.

б) Незапрошенные предложения, якобы позволяющие удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком

119. Достоинство незапрошенных предложений, относящихся к этой категории, состоит в том, что они позволяют выявить потенциальные возможности для развития инфраструктуры, которые еще не рассматривались властями принимающей страны. В то же время сам по себе этот факт в обычных обстоятельствах не должен являться достаточным основанием для выдачи подряда на проект путем прямых переговоров в ситуации, когда у организации-заказчика нет объективных гарантий того, что она избрала наиболее выгодное решение для удовлетворения своих потребностей. Незапрошенное предложение, сколь бы обоснованным оно ни было, не должно подменять собой самостоятельную оценку правительством своих потребностей в области инфраструктуры и предписанные законом меры по планированию и анализу (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 5–20).

2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений

120. В свете вышеизложенных соображений организации-заказчику целесообразно разработать прозрачные процедуры для определения того, отвечает ли

незапрошенное предложение требуемым условиям и отвечает ли работа над реализацией этого предложения интересам организации-заказчика.

а) Ограничения на приемлемость незапрошенных предложений

121. В интересах обеспечения надлежащей отчетности при расходовании публичных средств в некоторых национальных законодательных актах предусматривается, что незапрошенное предложение не может быть принято к рассмотрению, если реализация проекта потребует значительных финансовых обязательств со стороны организации-заказчика или другого публичного органа в такой форме, как гарантии, субсидии или участие в акционерном капитале. Причина такого ограничения состоит в том, что процедуры рассмотрения незапрошенных предложений обычно менее подробно регламентированы, чем обычные конкурентные процедуры заключения договора, и могут не обеспечивать того же уровня прозрачности и конкуренции, который был бы достигнут в ином случае. В то же время могут существовать причины для того, чтобы предусмотреть определенную гибкость при применении этого условия. В ряде стран предложения, рассчитанные на правительственную поддержку в иной форме, чем прямые государственные гарантии, субсидии или участие в акционерном капитале (например, в форме продажи или аренды публичной собственности авторам проекта), не обязательно отклоняются на этом основании и могут несмотря на это рассматриваться и приниматься в качестве незапрошенных предложений.

122. Другое условие рассмотрения незапрошенных предложений состоит в том, что такое предложение должно быть связано с проектом, применительно к которому организация-заказчик не начала процедур заключения договора и не объявила о таких процедурах. Основанием для рассмотрения незапрошенного предложения без использования конкурентных процедур является стремление стимулировать частный сектор к выявлению новых или непредвиденных потребностей в области инфраструктуры или разработке новаторских предложений для удовлетворения таких потребностей. В случае если проект уже намечен властями принимающей страны и частный сектор просто предлагает техническое решение, отличающееся от того, которое предусматривается организацией-заказчиком, такое обоснование может оказаться неприменимым. В подобном случае у организации-заказчика по-прежнему будут иметься возможности для использования новаторских решений, если она применит процедуру заключения договора, включающую диалог с участниками процедур (см. пункты 92–94). В то же время рассмотрение незапрошенных предложений вне рамок уже начатых или объявленных процедур отбора будет противоречить принципу беспристрастности при заключении публичных контрактов.

б) Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

123. Компании или группе компаний, обратившихся к правительству с предложением о развитии инфраструктуры силами частного сектора, следует предло-

жить представить первоначальное предложение, содержащее достаточную информацию, для того чтобы организация-заказчик могла определить *prima facie*, соблюдены ли условия для рассмотрения незапрошенных предложений и, в частности, отвечает ли данный проект публичным интересам. В первоначальное предложение следует включать, например, следующую информацию: описание предыдущего опыта автора предложения в деле реализации проектов и заявление о его финансовом состоянии; описание проекта (вид проекта, место осуществления, региональное воздействие, предлагаемые инвестиции, эксплуатационные затраты, финансовая оценка и ресурсы, требующиеся от правительства или третьих сторон); подробные сведения относительно месторасположения (право собственности и вопрос о том, потребуется ли проведение экспроприации земельных участков или иной собственности); и описание услуг и работ.

124. После предварительного изучения организация-заказчик должна в течение непродолжительного разумного срока проинформировать компанию о том, рассматривается ли проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам. Если организация-заказчик положительно оценивает проект, следует предложить компании представить официальное предложение, в котором в дополнение к моментам, уже охваченным в первоначальном предложении, должно содержаться технико-экономическое обоснование (включая характеристики, затраты и результаты), а также исследование воздействия на окружающую среду. Кроме того, у автора предложения следует запросить надлежащую информацию о концепциях или технологиях, предусматриваемых в предложении. Сообщенная информация должна быть достаточно подробной, для того чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить такие концепции и технологии и определить, отвечают ли они установленным условиям и могут ли быть успешно применены в масштабах предлагаемого проекта. На всех этапах этой процедуры компания, представившая незапрошенное предложение, должна сохранять правовой титул на всю представленную документацию, которая должна быть ей возвращена в случае отклонения предложения.

125. После того как автор предложения представит всю требуемую информацию, организации-заказчику следует в течение непродолжительного разумного срока принять решение о том, намеревается ли она реализовать этот проект, и если да, то какая процедура будет использоваться. Выбор надлежащей процедуры должен основываться на предварительном заключении организации-заказчика о том, может ли проект быть реализован без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые предложившая проект компания или ее партнеры обладают исключительными правами.

с) Одобрение

126. Как и в случае с другими исключениями из рекомендуемых в *Руководстве* процедур конкурентных торгов, в целях обеспечения прозрачности и отчетно-

сти решение относительно рассмотрения незапрошенных предложений не должно приниматься исключительно организацией-заказчиком. Поэтому если организация-заказчик приходит к выводу, что осуществление проекта отвечает публичным интересам, ей следует получить одобрение вышестоящего органа как в отношении дальнейшего рассмотрения незапрошенного предложения, так и предлагаемой для этого процедуры. Ходатайство об одобрении должно быть составлено в письменном виде с изложением оснований для применения предлагаемых организацией-заказчиком процедур. Требования относительно получения одобрения призваны, в частности, обеспечить выдачу подряда на основе незапрошенного предложения только в надлежащих обстоятельствах.

d) Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

127. Если организация-заказчик после изучения незапрошенного предложения принимает решение о том, что реализация проекта отвечает публичным интересам, но что она возможна без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор предложения или его партнеры обладают исключительными правами, то организация-заказчик должна быть обязана организовать выдачу подряда на проект с использованием тех процедур, применение которых будет обычно требоваться в связи с заключением договоров о ПЧП, например с помощью конкурентных процедур, описанных в настоящем *Руководстве* (см. пункты 51–98). В то же время в ряде стран в процедуры заключения договоров включены определенные специальные элементы, призванные стимулировать представление незапрошенных предложений. К числу таких стимулов могут относиться следующие меры:

a) организация-заказчик может принять на себя обязательство не начинать процедуры заключения договора в связи с проектом, являющимся предметом полученного незапрошенного предложения, без приглашения компании, представившей первоначальное предложение;

b) участнику процедур, представившему первоначальное предложение, могут быть предоставлены определенные льготы. В ряде стран, использующих систему положительных баллов для оценки финансовых и технических предложений, льготы предоставляются в форме преференциальной надбавки к окончательной оценке (т.е. повышения окончательной совокупной оценки, полученной соответствующей компанией на основании как финансовых, так и нефинансовых критериев, на определенный процент). Одна из возможных сложностей применения такого подхода связана с опасностью того, что преференциальная поправка будет установлена на столь высоком уровне, что будет препятствовать представлению других конкурентоспособных или обладающих всеми необходимыми достоинствами заявок, что приведет к принятию менее выгодного проек-

та по причине преференций, предоставленных участнику процедур, представившему новаторское предложение. Более подходящей альтернативой может стать такая форма стимулирования, как полное или частичное возмещение расходов, понесенных автором первоначального предложения при подготовке незапрошенного предложения. Для целей прозрачности о существовании таких стимулов должно быть объявлено в запросе предложений.

128. При этом следует отметить, что такие формы стимулирования могут отбить у других потенциальных участников процедур желание нести расходы, связанные с представлением предложений. Поэтому при рассмотрении вопроса о целесообразном уровне стимулирования лиц, представляющих незапрошенные предложения, организации-заказчику можно было бы рекомендовать обеспечить надлежащий уровень конкуренции и не допускать такого завышения уровня преференций для лиц, представляющих незапрошенные предложения, которое препятствовало бы представлению предложений другими потенциальными участниками процедур. Независимо от стимулов, которые могут быть предусмотрены, следует установить требование о том, чтобы автор незапрошенного предложения удовлетворял тем же квалификационным критериям, которые установлены для участников конкурентных процедур (см. пункты 82–87).

е) Процедуры для рассмотрения незапрошенных предложений, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности

129. Если окажется, что новаторские аспекты предложения исключают возможность реализации проекта без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор предложения или его партнеры обладают исключительными правами, будь то на всемирной или на региональной основе, то организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы подтвердить этот предварительный вывод, применив определенную процедуру выяснения элементов, позволяющих провести сопоставительную оценку незапрошенного предложения. Одна из таких процедур может состоять в опубликовании описания основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта (например, пропускной способности объекта инфраструктуры, качества продукции или услуги или удельной цены продукции), с предложением другим заинтересованным сторонам представить в течение определенного срока альтернативные или сопоставимые предложения. Такое описание не должно включать те элементы незапрошенного предложения, которые касаются способов реализации проекта (например, проектно-конструкторского решения или технологий и оборудования, которые предполагается использовать), с тем чтобы избежать раскрытия потенциальным конкурентам информации, защищенной правами собственности лица, представившего незапрошенное предложение. Срок представления предложений должен учитывать сложность проекта и предоставлять потенциальным конкурентам

достаточное время для подготовки их предложений. Этот фактор может иметь решающее значение для представления альтернативных предложений, например в том случае, если участникам процедур потребуется провести тщательные подземные геологические исследования, которые уже могли проводиться в течение многих месяцев автором первоначального предложения, желающим сохранить результаты таких геологических исследований в тайне.

130. Приглашение к представлению сопоставимых или конкурентных предложений следует публиковать с определенной минимальной периодичностью (например, не реже одного раза в неделю в течение трех недель) по меньшей мере в одном издании, имеющем общее распространение. В приглашении должно быть указано время и место, где может быть получена тендерная документация, и должен быть оговорен срок возможного представления предложений. Организации-заказчику важно обеспечить защиту прав интеллектуальной собственности, принадлежащих автору первоначального предложения, а также конфиденциальный характер защищенной правами собственности информации, полученной в незапрошенном предложении. Любая такая информация не должна включаться в тендерную документацию. От участника процедур, представившего первоначальное предложение, и от любой другой компании, которая пожелает представить альтернативное предложение, следует потребовать предоставить тендерное обеспечение (см. пункт 68). Затем в зависимости от ответов, полученных на приглашение, могут быть рассмотрены два возможных варианта действий:

а) если никаких альтернативных предложений не получено, организация-заказчик может с достаточным основанием сделать вывод о том, что никакой разумной альтернативы или замены для метода или технологии, предусматриваемых в незапрошенном предложении, не имеется. Этот вывод организации-заказчика следует должным образом отразить в отчете, и организация-заказчик может быть уполномочена начать прямые переговоры с автором первоначального предложения. Возможно будет целесообразным предусмотреть требование о том, чтобы решение организации-заказчика было рассмотрено и утверждено тем же органом, утверждение которого будет обычно требоваться для проведения организацией-заказчиком отбора частного партнера путем прямых переговоров (см. пункт 103). В некоторых странах, законодательство которых предписывает использование конкурентных процедур, такие процедуры применялись для обеспечения прозрачности, необходимой для того, чтобы решение заключить договор о ПЧП на основе незапрошенного предложения в дальнейшем не было оспорено. В этих странах, а также в соответствии с Типовым законом, уже сам факт опубликования приглашения к участию в процедурах позволит выдать подряд участнику процедур, первоначально представившему незапрошенное предложение, даже если полученная от него заявка окажется единственной. Такой порядок предусматривается потому, что соблюдение конкурентных процедур обычно требует создания возможности для конкуренции, а не того, чтобы

конкуренция фактически имела место. Опубликование соответствующей информации создает такую возможность и способствует достижению желаемой степени прозрачности;

b) если альтернативные предложения представлены, организация-заказчик должна пригласить всех участников процедур к переговорам в целях определения наиболее выгодного предложения по реализации проекта (см. пункты 102–109). В случае если организация-заказчик получит достаточно много альтернативных предложений, которые на первый взгляд будут удовлетворять ее потребности в области инфраструктуры, могут появиться возможности для применения полноценных конкурентных процедур заключения договора (см. пункты 34–98) с учетом стимулов, которые могут быть предоставлены автору первоначального предложения (см. пункт 127, подпункт *(b)*).

131. Следует предусмотреть требование о том, чтобы организация-заказчик подготовила отчет о процедурах заключения договора (см. пункт 138) и опубликовала уведомление о выдаче подряда на проект (см. пункт 133).

Ф. Конфиденциальность

132. С тем чтобы не допустить злоупотреблений в процессе отбора и содействовать укреплению доверия к применяемым процедурам, важно, чтобы все стороны соблюдали конфиденциальность, особенно в случаях, когда проводятся переговоры. Конфиденциальность важна, в частности, для защиты любой интеллектуальной собственности, коммерческой тайны или иной требующей защиты информации, которую участники процедур могли включить в свои предложения и разглашения которой своим конкурентам они хотели бы избежать. Конфиденциальность должна сохраняться независимо от метода отбора, используемого организацией-заказчиком. В частности это означает, что должностное лицо организации-заказчика, ведущее переговоры с двумя участниками процедур, не должно раскрывать содержание переговоров с одним участником другому участнику процедур. Соблюдение конфиденциальности имеет важное значение также для недопущения сговора между участниками процедур, который возможен, например, в том случае, если участники процедур обменивались информацией о затратной структуре организации-заказчика, с тем чтобы улучшить свои предложения и разделить между собой возможности заключения нескольких договоров.

Г. Уведомление о выдаче подряда на проект

133. Договоры о ПЧП часто содержат положения, представляющие непосредственный интерес для других сторон, помимо организации-заказчика и частно-

го партнера, и такие стороны могут иметь законный интерес в получении информации о некоторых существенных элементах проекта. Это относится прежде всего к проектам, связанным с предоставлением услуг непосредственно населению. Для целей прозрачности, возможно, целесообразно определить процедуры предания гласности тех условий договора о ПЧП, которые могут представлять публичный интерес. Такое требование должно применяться независимо от метода, использованного организацией-заказчиком для выбора частного партнера (будь то с помощью конкурентных процедур, прямых переговоров или в результате рассмотрения незапрошенного предложения). Одна из возможных процедур может предусматривать требование о том, чтобы организация-заказчик публиковала уведомление о выдаче подряда на проект с указанием, в частности, таких существенных элементов предлагаемого соглашения, как: *a)* наименование частного партнера; *b)* описание работ и услуг, которые должны быть обеспечены частным партнером; *c)* срок действия договора; *d)* структура цен; *e)* резюме основных прав и обязанностей частного партнера и гарантий, которые должны быть им представлены; *f)* резюме прав организации-заказчика в отношении надзора и средств правовой защиты в случае нарушения договора о ПЧП; *g)* резюме основных обязательств правительства, включая любые предлагаемые им платежи, субсидии или компенсационные выплаты; и *h)* любые другие существенные условия договора о ПЧП, предусмотренные в запросе предложений.

Н. Отчет о процедурах заключения договора

134. В целях обеспечения прозрачности и отчетности, а также для содействия осуществлению участниками процедур, интересы которых были нарушены, права на обжалование решений, принятых организацией-заказчиком, следует предусмотреть требование о том, чтобы организация-заказчик вела соответствующий отчет, в который должна включаться ключевая информация, касающаяся процедур заключения договора. В законодательстве и нормативно-правовых положениях принимающей страны, как правило, указаны форма и способы ведения такого отчета, а также в какой степени должна раскрываться информация из отчета и ее получатели.

135. В отчет, который должна вести организация-заказчик, следует прежде всего должным образом включать такую общую информацию, касающуюся процедур заключения договора, которую обычно требуется включать в отчеты о публичных закупках (например, информацию, перечисленную в статье 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках), а также информацию, имеющую особое отношение к ПЧП. Такая информация может включать следующее:

a) описание проекта, в отношении которого организация-заказчик запрашивает предложения;

- b) наименования и адреса компаний, входящих в консорциумы, которые принимают участие в процедурах, наименования и адреса участников процедур, с которыми заключается договор о ПЧП, и описание требований к обеспечению гласности, включая копии опубликованных объявлений или разосланных приглашений;
- c) указание причин и обстоятельств, из которых исходила организация-заказчик при обосновании выбранной процедуры для заключения договора;
- d) если впоследствии дается разрешение на изменение в составе участников процедур, прошедших предварительный отбор, — основания для такого разрешения и заключение относительно квалификационных данных любого нового участника или дополнительного консорциума;
- e) информация о квалификационных данных участников процедур или об отсутствии таковых данных; резюме результатов оценки и сопоставления предложений, включая применение любой преференциальной надбавки;
- f) резюме выводов предварительных технико-экономических обоснований, подготовленных по поручению организации-заказчика, и резюме выводов технико-экономических требований, представленных участниками процедур, отвечающими квалификационным требованиям;
- g) резюме любых запросов о разъяснении документации для предварительного отбора или запроса предложений и ответов на них, а также краткое изложение любого изменения такой документации;
- h) резюме основных условий предложений и договора о ПЧП;
- i) если организация-заказчик сочла наиболее выгодным не то предложение, которое содержит самую низкую удельную цену на ожидаемую продукцию, — обоснование такого вывода комитета, принимавшего решение о заключении договора;
- j) в случае отклонения всех предложений — заявление об этом с изложением оснований;
- k) если переговоры с консорциумом, который представил наиболее выгодное предложение, и любые последующие переговоры с остальными консорциумами, отвечающими формальным требованиям, не привели к заключению договора о ПЧП — заявление об этом с изложением соответствующих оснований.

136. Как указано в *Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках*, «достижение таких целей, как прозрачность и подотчетность, а также необходимость предоставления поставщикам и подрядчикам информации, с тем чтобы они могли оценить свое участие в процедурах и принять, в зависимости от обстоятельств, решение о целесообразности оспаривания, которые должны быть увязаны с необходимостью защиты законных коммерческих

интересов поставщиков и подрядчиков»²⁰. Поэтому в соответствии с пунктом 2 статьи 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках часть отчета, содержащая информацию, указанную в подпунктах (a), (b) и (c) выше, предоставляется, по запросу, «любому лицу после акцепта выигравшего представления или отмены закупок». Вместе с тем, согласно пункту 3 статьи 25 Типового закона, часть отчета, содержащая информацию, указанную в подпунктах (d)–(k) выше, предоставляется, по запросу, поставщикам или подрядчикам, направившим представления, после их оповещения о решении об акцепте выигравшего представления.

137. В случаях заключения договора без проведения конкурентных процедур (см. пункт 101), в дополнение к упомянутым в пункте 121 требованиям, которые будут, возможно, применимы, целесообразно включать в отчет о процедурах отбора следующую информацию:

- a) изложение причин и обстоятельств, из которых исходила организация-заказчик при обосновании необходимости прямых переговоров;
- b) способ обеспечения гласности и наименование и адрес компании или компаний, прямо приглашенных к участию в таких переговорах;
- c) наименование и адрес компании или компаний, которые выразили заинтересованность в участии и которым было в этом отказано, если таковые имеются, и изложение причин отказа;
- d) если переговоры не привели к заключению договора о ПЧП — заявление об этом с изложением причин;
- e) обоснование окончательного выбора частного партнера.

138. Применительно к процедурам заключения договора, проводимым в связи с незапрошенными предложениями (см. пункты 110–119), было бы целесообразным включать в отчет о таких процедурах, в дополнение к упомянутым в пункте 135 требованиям, которые будут, возможно, применимы, следующую информацию:

- a) наименование и адрес компании или компаний, представивших незапрошенное предложение и его краткое описание;
- b) подтверждение организацией-заказчиком того, что незапрошенное предложение отвечает публичным интересам и связано, если это уместно, с новыми концепциями или технологиями;
- c) способ обеспечения гласности и наименование и адрес компании или компаний, прямо приглашенных к участию в таких переговорах;
- d) наименование и адрес компании или компаний, которые выразили заинтересованность в участии и которым было в этом отказано, если таковые имеются, и изложение причин отказа;

²⁰ Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, с. 130, пункт 5.

- е) если переговоры не привели к заключению договора о ПЧП — заявление об этом с изложением причин;
- ф) обоснование окончательного выбора частного партнера.

139. Целесообразно, чтобы в правилах, касающихся требований к отчетности, оговаривалось, в какой степени для процедур заключения договора, связанных с незапрошенными предложениями, должна раскрываться соответствующая информация и кто должен быть ее получателем. Установление параметров в отношении раскрываемой информации требует сбалансированного учета таких факторов, как общая целесообразность широкого раскрытия информации с точки зрения подотчетности организаций-заказчиков; необходимость предоставления участникам процедур соответствующей информации, с тем чтобы они могли оценить свое участие в процедурах и определить, при каких обстоятельствах у них имеются законные основания для обжалования; и необходимость обеспечить защиту конфиденциальной коммерческой информации участников процедур. В свете этих соображений, возможно, имеет смысл предусмотреть два уровня раскрытия информации, как об этом говорится в статье 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках. Информация, которая должна предоставляться любому желающему, может ограничиваться основной информацией, связанной с требованием об отчетности организации-заказчика перед общественностью. В то же время целесообразно предусмотреть возможность раскрытия участникам процедур более подробной информации о проведении процедур заключения договора, поскольку такая информация необходима им для того, чтобы следить за результатами своего участия в процедурах в сравнении с результатами других участников, а также за тем, как организация-заказчик соблюдает требования применимых законов и правил.

140. Кроме того, следует принять надлежащие меры по предотвращению раскрытия конфиденциальной коммерческой информации, представленной поставщиками и подрядчиками. Это особенно относится к раскрываемой информации об оценке и сопоставлении предложений, поскольку чрезмерно широкое раскрытие подобной информации может нанести ущерб законным коммерческим интересам участников процедур. В качестве общего правила организация-заказчик не должна раскрывать более подробную информацию, касающуюся изучения, оценки, сопоставления и цен предложений, кроме как по приказу компетентного суда.

141. Положения об ограниченном раскрытии информации, касающейся процесса заключения договора, не будут препятствовать в государстве, принимающем соответствующее законодательство, применению к определенным частям отчета других законов, которые наделяют граждан общим правом доступа к правительственным документам. Раскрытие содержащейся в отчете информации законодательным или парламентским надзорным органам может быть предписано законодательством принимающей страны.

I. Процедуры обжалования

142. Наличие справедливых и эффективных процедур обжалования является одним из основных условий, необходимых для привлечения серьезных и компетентных участников процедур и сокращения затрат и продолжительности процесса заключения договора. Важной гарантией надлежащего соблюдения правил, регулирующих процедуру заключения договора, является предоставление участникам процедур права обжаловать действия организации-заказчика, нарушающие эти правила или права участников процедур. В различных правовых и административных системах предусматриваются разнообразные средства правовой защиты и процедуры, тесно увязанные с вопросом об обжаловании правительственных решений. Независимо от конкретной формы процедур обжалования важное значение имеет то, что соответствующие возможности и эффективные процедуры такого рода должны быть предусмотрены. Особенно целесообразно создать действенную преддоговорную систему обжалования (т.е. процедуры для обжалования действий организации-заказчика на возможно более раннем этапе процесса заключения договора). Такая система повышает возможность принятия корректировочных мер организацией-заказчиком до причинения убытков и позволяет сократить число случаев, когда единственным способом исправить последствия ненадлежащих действий организации-заказчика остается выплата денежной компенсации. Элементы для создания надлежащей системы обжалования содержатся в главе VIII Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.

143. Статья 9 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции требует, чтобы системы закупок затрагивали (среди прочего) «эффективную систему внутреннего контроля, включая эффективную систему обжалования, для обеспечения юридических средств оспаривания и средств правовой защиты в случае несоблюдения правил или процедур». В соответствии с этим мандатом в главе VIII Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках сформулировано несколько положений об обжаловании, которые принимающим государствам рекомендуется включить в свое законодательство о закупках в той мере, в какой это позволяет их правовая система. К ним относится возможность факультативного ходатайства в адрес закупающей организации о пересмотре того или иного решения, принятого в ходе закупок, что позволяет неудовлетворенному поставщику или подрядчику обращаться либо к закупающей организации, либо к независимому органу, либо в суд. При этом в Типовом законе признается, что последовательность обращения в различные органы по обжалованию будет во многом зависеть от правовых традиций принимающих Типовой закон государств. С учетом требований, установленных в Конвенции против коррупции, в государствах должны одновременно существовать и механизм оспаривания, и механизм апелляции, однако гибкие положения Типового закона позволяют принимающим его государствам осуществлять его положения в соответствии со своими правовыми традициями. В соответствии с Типовым

законом поставщик или подрядчик, который заявляет, что он понес или может понести убытки или ущерб вследствие предполагаемого несоответствия того или иного решения или действия закупающей организации положениям законодательства о закупках, может оспорить такое решение или действие. Этот общий механизм оспаривания дополнен рядом механизмов обеспечения эффективности процедуры и надлежащего равновесия между необходимостью защиты прав поставщиков и подрядчиков и целостности процедур закупок, с одной стороны, и необходимостью избегать сбоев в процессе закупок, с другой стороны. Так, статья 65 Типового закона предусматривает общий запрет на любые действия для придания силы договору о закупках в случае, если подано ходатайство о пересмотре, за исключением случаев, когда неотложные соображения, связанные с публичными интересами, требуют отмены этого запрета. Типовой закон также содержит положения о приостановлении процедур закупок и вспомогательные меры, способствующие раннему и своевременному урегулированию вопросов и споров, что позволяет рассматривать ходатайства об обжаловании еще до того, как возникла бы необходимость отмены некоторых этапов процедур закупок

IV. Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП

A. Общие положения договора о ПЧП

1. Договор о ПЧП между организацией-заказчиком и частным партнером является основным договорным документом по ПЧП. В договоре о ПЧП определяются масштабы и цели проекта, а также права и обязательства сторон; в нем регламентируется осуществление проекта и устанавливаются условия в отношении эксплуатации инфраструктуры или предоставления соответствующих услуг. В концессионных ПЧП договор будет также включать условия, на которых частный партнер будет предоставлять общедоступную услугу и главным образом получать платежи от пользователей и организации-заказчика. В неконцессионных ПЧП договор должен гарантировать, что создание инфраструктуры или объекта или разработка услуги, а также эксплуатация инфраструктуры или объекта или предоставление услуги осуществляются в обмен на выплату организацией-заказчиком согласованного вознаграждения. Договор о ПЧП может состоять из одного документа или нескольких отдельных соглашений, заключенных между организацией-заказчиком и частным партнером или любыми соответствующими субъектами, участвующими в проекте. Законодательные положения могут содержать руководящие указания относительно того, как избегать несоответствий между различными договорными документами, например применительно к публичному порядку или правилам толкования. В настоящем разделе рассматривается взаимосвязь между договором о ПЧП и местными или внутренними нормами регулирования в области ПЧП. В нем также рассматриваются процедуры и формальности, касающиеся заключения и вступления в силу договора о ПЧП.

1. Законодательные подходы

2. Внутреннее законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания договора о ПЧП. В некоторых странах в законодательство включена всего лишь ссылка на необходимость заключения соглашения между частным партнером и организацией-заказчиком, в то время как законодательство других стран содержит обширные императивные нормы, касающиеся содержания положений, которые должны быть включены в такое соглашение. Промежуточный

подход используется в тех законах, в которых содержится перечень вопросов, которые необходимо урегулировать в договоре о ПЧП, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Законодательные положения по отдельным важнейшим элементам договора о ПЧП могут преследовать цель установления общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами для закрепления распределения рисков, составляющего основу разработанного проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проекта», пункты 37–45). Законодательные положения могут быть направлены на обеспечение последовательности в решении определенных договорных вопросов и установление ориентиров для публичных органов, ведущих переговоры о заключении договоров о ПЧП на различных уровнях управления (общенациональном, региональном или местном). Такие ориентиры могут быть особенно полезными для организаций-заказчиков, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по договорам о ПЧП. И наконец, такое законодательство может иногда оказаться необходимым для того, чтобы предоставить организации-заказчику полномочия в отношении согласования определенных видов положений.

4. В то же время в силу наличия общих законодательных положений, в которых подробно регламентируются права и обязательства сторон, организация-заказчик и частный партнер могут быть лишены необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретного проекта. В силу этого целесообразно ограничить сферу действия общих законодательных положений, касающихся договора о ПЧП, теми нормами, которые абсолютно необходимы, например положениями по вопросам, в отношении которых сторонам требуется предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон, или же положениями, касающимися важнейших принципиальных вопросов, по которым отклонение от норм на основе соглашения является недопустимым.

2. Право, регулирующее договор о ПЧП

5. Законодательные нормы по вопросу о праве, регулирующем договор о ПЧП, редко встречаются во внутреннем законодательстве по ПЧП. Это объясняется тем, что в законах многих стран ПЧП рассматривается как разновидность публичных контрактов и, следовательно, регулируется законодательством страны организации-заказчика (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 15). Нормы законодательства по ПЧП, в которых этот вопрос рассматривается, обычно предусматривают применение законов принимающей страны посредством общей ссылки на внутреннее законодательство или упоминания специальных законодательных или регламентирующих положений, распространяющихся на договор о ПЧП. В некоторых правовых системах приме-

нение законов принимающей страны может подразумеваться даже при отсутствии соответствующей законодательной нормы. Однако в случае с трансграничными ПЧП, например когда инфраструктура или услуги затрагивают несколько юрисдикционных систем, может возникнуть необходимость определить, какие законы будут регулировать договор.

6. Право, применимое к договору о ПЧП, включает законодательство, которое применяется к различным вопросам, возникающим в ходе осуществления проекта ПЧП, которое в некоторых странах может подпадать под особые нормы, регулирующие публичные контракты (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», раздел В). Когда законодательство, применимое к договору о ПЧП, включает нормы, имеющие административный или иной публично-правовой характер, их применение в принимающей стране может быть обязательным. Например, это относится к мерам по охране окружающей среды, а также к стандартам здравоохранения и труда. В некоторых странах во внутреннем законодательстве прямо оговариваются вопросы, подпадающие под действие императивных норм. Вместе с тем различные вопросы, возникающие в связи с осуществлением договора о ПЧП или эксплуатацией объекта, могут находиться за пределами действия императивных норм публично-правового характера. Это, как правило, касается большинства договорных вопросов, возникающих в связи с договором о ПЧП (например, заключение, действительность и нарушение договора, включая ответственность и возмещение ущерба за нарушение договора и его неправомерное прекращение).

7. Принимающим странам, которые хотели бы принять законодательство по ПЧП, если подобного законодательства не имеется, потребуется, возможно, рассмотреть различные вопросы, связанные с такими проектами, в нескольких законодательных документах. Другие страны, возможно, пожелают принять законодательство, регулирующее только некоторые вопросы, которые не рассматриваются удовлетворительным образом в уже действующих законах и правилах. Например, специальное законодательство по ПЧП может устанавливать особые правила для процедур выбора частного партнера и, когда это уместно, отсылать — в том, что касается деталей управления этим процессом, — к действующему законодательству, регулирующему выдачу правительственных подрядов. Аналогично, при принятии законодательства по ПЧП принимающим странам, возможно, потребуется отменить действие некоторых законов и правил, которые, по мнению законодателя, создают препятствия для реализации таких проектов, и обеспечить их соответствие с общим законодательством о ПЧП (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 25–28).

8. В целях обеспечения ясности было бы полезно предусмотреть предоставление потенциальным инвесторам информации относительно тех законодательных и нормативных текстов, которые прямо применимы к реализации ПЧП, и, если

это уместно, тех текстов, применение которых было отменено законодательным органом. В то же время, поскольку исчерпывающее перечисление в законодательстве всех законодательных или нормативных актов, имеющих прямое или косвенное отношение к ПЧП, будет невозможным, такой перечень наиболее целесообразно было бы, возможно, включить в какой-либо документ, не носящий законодательного характера, например рекламную брошюру, подготовленную подразделением по вопросам ПЧП, если таковое имеется (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 47), или учреждением, отвечающим за стимулирование инвестиций. Соответствующий нормативный акт также может быть направлен участникам процедур вместе с запросом предложений (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 66 и 70–76).

3. Заключение договора о ПЧП

9. В случае таких сложных проектов, как проекты в области инфраструктуры, с момента отбора участника, выигравшего процедуры, до окончательного оформления и подписания всех договорных документов (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 95–98) нередко проходит несколько месяцев. Крайне важное значение будет иметь качество технико-экономических обоснований и других исследований, проведенных на этапе планирования, а также наличие подробных и надлежащих типовых договоров и руководящих принципов (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 52), которые позволят ускорить завершение этого этапа и сократить ненужные задержки. Однако ожидать, что кредиторы и другие поставщики капитала примут на себя твердые и окончательные обязательства до принятия окончательного решения о заключении договора о ПЧП, было бы неразумно, и при окончательной доработке договора о ПЧП сторонам по-прежнему будет необходимо учитывать условия финансирования. Кроме того, дополнительное время может потребоваться для выполнения определенных формальностей, которые часто предписываются законодательством, например, для получения утверждения договора о ПЧП вышестоящим органом. Для вступления в силу договора о ПЧП или некоторых категорий договоров о ПЧП в ряде стран требуется акт парламента или даже принятие специального законодательства. Это часто касается концессионных ПЧП, связанных с предоставлением общедоступных услуг. Учитывая затраты, которые могут быть обусловлены задержкой в исполнении договора о ПЧП, целесообразно изыскать средства, позволяющие ускорить заключительные корректировки, с тем чтобы избежать ненужных задержек в заключении договора о ПЧП.

10. Стороны могут сократить этот риск задержки путем разработки на этапе планирования графика с указанием важных шагов и ориентиров, которые могут даже считаться предварительными условиями вступления в силу договора о ПЧП. Подобные шаги и ориентиры могут включать такие элементы, как обяза-

тельное утверждение публичным органом (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 54), создание проектной компании в установленный срок (см. пункты 13–20), обеспечение необходимых финансовых средств (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 79; см. также «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 56–59), получение лицензий или разрешений, необходимых для проведения деятельности, являющейся предметом договора о ПЧП (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 53–55). Непосредственно на завершающем этапе задержки в переговорах могут вызывать различные факторы, такие как недостаточная опытность сторон, плохая координация в деятельности различных публичных органов, неуверенность в объеме правительственной поддержки и трудности в создании обеспечительных механизмов, приемлемых для всех кредиторов. Правительство может внести существенный вклад за счет представления надлежащих рекомендаций участникам переговоров, действующим от имени национальной организации-заказчика. В этом отношении подразделения по вопросам ПЧП или аналогичные координационные учреждения играют первостепенную роль в обеспечении планомерного хода переговоров и быстрого продвижения вперед (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 47). Чем более четко будут представлять себе стороны, какие положения необходимо включить в договор о ПЧП, тем более высокими будут шансы на успешное завершение переговоров по нему. И напротив, в тех случаях, когда после принятия решения о заключении договора остаются неурегулированными важные вопросы и когда участники не имеют достаточных указаний по существу договора о ПЧП, может возникнуть существенная опасность того, что обсуждения будут дорогостоящими и затянутыми, а также могут быть поданы обоснованные жалобы на недостаточную прозрачность процесса отбора или на то, что в рамках этого процесса не были обеспечены достаточные возможности для конкуренции.

11. Ряд международных организаций, таких как Всемирный банк¹ и Международная федерация инженеров-консультантов², предоставили консультативную помощь по вопросам составления договора о ПЧП либо подготовили стандартные положения, которые могут служить отправной точкой при составлении договора о ПЧП или разработке некоторых его элементов. Эти типовые формы получили широкое признание и используются во всем мире, к тому же указанные учреждения обновляют их на регулярной основе. Кроме того, предоставляемые руководящие указания в отношении их значения и толкования, что обеспечивает единообразие и уменьшает соответствующие риски.

12. Следует также провести обзор процедур заключения и вступления в силу договора о ПЧП в целях выявления возможностей для ускорения решения со-

¹ “Guidance on PPP contractual provisions”, 2017 edition, International Bank for reconstruction and Development, The World Bank.

² См. информацию на веб-сайте МФИК: <http://fidic.org/>.

ответствующих вопросов и избежания неблагоприятных последствий задержек в графике осуществления проекта. В некоторых странах полномочия на принятие обязательств со стороны организации-заказчика или, если это уместно, правительства делегируются в соответствующих законодательных актах указанным должностным лицам и, таким образом, вступление договора о ПЧП в силу происходит по подписании или по завершении определенных формальностей, таких как опубликование в официальном бюллетене. В тех странах, где подобная процедура не применяется и где может по-прежнему требоваться окончательное утверждение каким-либо другим органом, было бы целесообразно рассмотреть вопрос о рационализации процедур утверждения. В тех случаях, когда подобные процедуры могут быть сочтены произвольными или обременительными, к правительству могут быть обращены просьбы о предоставлении частному партнеру и кредиторам достаточных гарантий от этого риска (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 71–76). В некоторых странах, в которых действуют требования об утверждении, организации-заказчики иногда уполномочивались на выплату компенсации выбранному участнику процедур за расходы, понесенные им в ходе процесса отбора и подготовки проекта, если в окончательном утверждении будет отказано по причинам, не зависящим от выбранного участника процедур.

В. Корпоративная структура частного партнера

13. Во внутреннем законодательстве часто содержатся требования, которые касаются корпоративной структуры частного партнера и которые затем более подробно регламентируются в положениях договора о ПЧП. Как правило, эти требования касаются таких вопросов, как учреждение частного партнера в качестве юридического лица, его капитал, сфера деятельности, уставные и другие принимаемые на их основе документы. В большинстве случаев выбранные участники процедур создают проектную компанию, которая является независимым юридическим лицом, обладающим самостоятельной правоспособностью, и которая часто называется «специальный целевой механизм» или «субъект специального назначения» и впоследствии становится частным партнером по договору о ПЧП. Проектная компания, создаваемая в качестве самостоятельного юридического лица, является субъектом, обычно используемым для мобилизации финансовых средств в рамках механизма проектного финансирования (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 56). Учреждение такой отдельной проектной компании облегчает координацию в деле реализации проекта, и она также является механизмом для защиты интересов проекта, которые необязательно совпадают с интересами материнской компании или, в зависимости от случая, с интересами членов консорциума или других спонсоров проекта. Этот аспект может иметь решающее значение в тех случаях, когда члены проектного консорциума берут на себя обязательство оказать значительную часть

услуг или поставить значительную часть материалов, необходимых для нужд проекта.

14. Если проектная организация еще не зарегистрирована, то обычно ее требуется создать в течение короткого срока после отбора выигравшего процедуры консорциума. Поскольку существенная часть финансовых и иных обязательств частного партнера, включая долгосрочные обязательства (договор о ПЧП, кредитные и обеспечительные соглашения и контракты на строительство), как правило, согласовываются на раннем этапе, самостоятельное представительство во время обсуждения этих документов может способствовать успешному осуществлению проекта. Кроме того, в долгосрочной перспективе важно, чтобы структура распределения акций отражала договоренность между членами консорциума, выигравшего процедуры, в отношении их индивидуального уровня обязательства и участия в акционерном капитале проекта (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 42). В некоторых странах, в которых иностранные инвестиции подпадают под действие определенных правил и утверждаются компетентными органами в индивидуализированном порядке, было сочтено целесообразным в целях экономии времени и затрат объединить требования в отношении регистрации инвестиций и утверждения проектов ПЧП в единую процедуру.

15. Часто предусматривается требование о том, чтобы предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, учреждались в качестве юридических лиц в соответствии с законодательством принимающей страны. Это требование отражает заинтересованность законодательного органа в обеспечении, в том числе того, чтобы поставщики общедоступных услуг соблюдали национальные правила в отношении отчетности и гласности (например, в отношении публикации финансовых ведомостей или требований о предании гласности информации об определенных корпоративных актах). В то же время это подчеркивает необходимость того, чтобы в принимающей стране действовали соответствующие законы, регулирующие деятельность компаний (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 31–34). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, устанавливаемых исходя из публичных интересов, могут способствовать предотвращению ненужных задержек в реализации проекта.

16. Еще один важный вопрос связан с инвестициями в акционерный капитал, необходимый для учреждения проектной компании. Организация-заказчик имеет законный интерес в том, чтобы размер акционерного капитала обеспечивал надежную финансовую основу для проектной компании и гарантировал ее способность выполнить свои обязательства. В то же время, поскольку общий объем необходимых инвестиций, равно как и идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом различаются в зависимости от конкретного

проекта, было бы нежелательным предусматривать в законодательстве требование о какой-либо фиксированной сумме в качестве минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в соответствующей стране проекты ПЧП. Вместо этого организации-заказчику могут быть предоставлены более значительные возможности для проявления гибкости в обеспечении желаемой суммы инвестиций в акционерный капитал с учетом финансовых потребностей проекта. Например, ожидаемый объем инвестиций в акционерный капитал может быть выражен в качестве желательного соотношения между заемным и акционерным капиталом в запросе предложений и может быть включен в число критериев оценки финансовых и коммерческих предложений, с тем чтобы содействовать конкуренции между участниками процедур (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 84 и 86).

17. В любом случае целесообразно провести обзор законодательных положений и нормативных требований, касающихся организационного устройства частного партнера, с тем чтобы обеспечить их соответствие международным обязательствам принимающей страны. Положения, ограничивающие конкретные виды юридических лиц или совместных предприятий, через которые поставщик услуг может предоставлять свои услуги, или требующие их создания в какой-либо конкретной форме, а также ограничения на участие иностранного капитала, установленные в виде максимальной процентной доли для иностранных держателей акций или общего объема отдельных или совокупных иностранных инвестиций, могут противоречить конкретным обязательствам, принятым на себя государствами, подписавшими некоторые международные соглашения об экономической интеграции или либерализации торговли услугами.

18. Вышеприведенные соображения относительно корпоративной структуры частного партнера также применимы к решениям заключить договоры о ПЧП с уже существующим юридическим лицом или дочерней компанией юридического лица, занимающейся реализацией других проектов ПЧП в соответствующей стране, или к решению заключить договор о ПЧП с государственным предприятием, как это часто бывает в некоторых странах. В случае осуществления проектов ПЧП государственным предприятием важно тщательно продумать — в идеале еще на этапе планирования — меры по сглаживанию возможных коллизий интересов между государством как акционером, обладающим контрольным пакетом акций проектной компании, и миноритарными акционерами. Необходимо также учитывать опасения кредиторов по поводу политических рисков, обусловленных непрямыми отношениями между государством и проектной компанией. Кроме того, следует принимать во внимание и режим, действующий в отношении долговых обязательств, взятых на себя государственной корпорацией, и возможные последствия этого для платежного баланса государства как несущего потенциальную субсидиарную или косвенную ответственность (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 15–16;

см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 44–46).

19. Во внутреннем законодательстве часто содержатся положения, касающиеся сферы деятельности проектной компании и требующие, например, чтобы такая деятельность ограничивалась реализацией и эксплуатацией какого-либо конкретного проекта. Такие ограничения могут способствовать обеспечению прозрачности отчетности по проекту и сохранению в целостности активов проекта за счет отделения активов, поступлений и обязательств по такому проекту от активов, поступлений и обязательств по другим проектам или другой деятельности, не связанной с ним. Кроме того, подобное требование может способствовать оценке показателей исполнения по каждому проекту, поскольку суммы дефицита или прибыли не могут быть покрыты за счет или зачтены против задолженности или поступлений по другим проектам или другим видам деятельности. Вместе с тем предоставление частному партнеру возможности расширять свою работу за счет осуществления сопутствующих проектов или вспомогательных видов деятельности (например, разработки проекта торгового центра или объекта недвижимости вблизи железнодорожной станции в связи со строительством линии метро) может послужить мощным стимулом для частных партнеров или членов консорциума, обладающих опытом реализации сопутствующих проектов подобного рода (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 84–86).

20. Организация-заказчик, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и принимаемые на его основе нормативные документы проектной компании будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые на себя компанией в договоре о ПЧП. По этой причине в договорах о ПЧП иногда предусматривается, что вступление в силу изменений в уставах и принимаемых на их основе нормативных документах проектной компании происходит после утверждения организацией-заказчиком. В тех случаях, когда организация-заказчик или другой публичный орган участвует в проектной компании, иногда включаются положения о том, что для принятия некоторых решений требуется положительное голосование организации-заказчика на собраниях акционеров или заседаниях правления. В любом случае важно сопоставить публичные интересы, которые представляет организация-заказчик, с необходимостью предоставления проектной компании возможностей для проявления требуемой гибкости в ее предпринимательской деятельности. Если будет сочтено необходимым предусмотреть требование утверждения организацией-заказчиком предлагаемых поправок к уставным или другим принимаемым на их основе нормативным документам проектной компании, то целесообразно ограничить действие этого требования случаями, затрагивающими положения, которые сочтены имеющими основополагающее значение (например, когда речь идет о размере капитала, классах и привилегиях акций или ликвидационных процедурах), причем такие случаи должны быть указаны в договоре о ПЧП.

С. Строительная площадка, активы и сервитуты

21. Важной частью большинства договоров о ПЧП являются положения, касающиеся строительной площадки. Обычно они касаются таких вопросов, как правовой титул на землю и активы проекта, приобретение требуемых земельных участков и сервитуты, необходимые частному партнеру для выполнения работ или эксплуатации инфраструктуры. В той мере, в которой договор о ПЧП предусматривает передачу частному партнеру публичной собственности или создание права на использование публичной собственности, может потребоваться предоставление соответствующих полномочий в законодательном порядке. Может также потребоваться принять законодательство, облегчающее приобретение требуемой собственности или установление сервитутов в тех случаях, когда строительная площадка не является публичной собственностью.

1. Право собственности на активы проекта

22. Как это уже отмечалось раньше, проекты ПЧП могут быть связаны с ситуациями, когда все связанные с проектом активы находятся в публичной собственности или когда весь объект находится в собственности частных сторон или эксплуатируется ими (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 48–55). Независимо от общей или секторальной политики принимающей страны важно, чтобы режим собственности на различные связанные с проектом активы был четко определен и основывался на достаточных законодательных полномочиях. В то же время настоятельной потребности в подробных законодательных положениях по этому вопросу может и не быть. В различных странах было сочтено достаточным предусмотреть законодательные рамки, определяющие порядок урегулирования этих вопросов в договоре о ПЧП.

23. В некоторых правовых системах материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг в рамках ПЧП концессионного типа (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 14–16), в целом рассматривается как публичная собственность даже в тех случаях, когда она была первоначально приобретена или создана за счет частных средств. Эта концепция будет, как правило, охватывать любую собственность, специально приобретенную для сооружения объекта, в дополнение к любой собственности, которая могла быть предоставлена в распоряжение частного партнера организацией-заказчиком. В то же время в течение срока действия проекта частный партнер может осуществить значительные усовершенствования объекта или произвести дополнительные работы. В соответствии с применимым правом не всегда легко установить, стали ли такие усовершенствования или добавления неотъемлемой частью публичных активов, находящихся во владении частного партнера, или же некоторые из них могут быть отделены от публичной собственности, находящейся в распоряжении частного партнера, и стать его част-

ной собственностью. В силу этого рекомендуется оговорить в договоре о ПЧП, если это уместно, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие станут частной собственностью частного партнера.

24. Необходимость ясности в отношении вопроса о праве собственности на проектные активы не ограничивается только теми правовыми системами, в которых материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, рассматривается в качестве публичной собственности. В целом в тех случаях, когда организация-заказчик предоставляет земельный участок или объект, необходимые для осуществления проекта, целесообразно, чтобы в договоре о ПЧП оговаривалось, если это уместно, какие активы будут оставаться в публичной собственности, а какие станут частной собственностью частного партнера. Частный партнер может либо получить правовой титул на такие земельные участки или объекты, либо ему может быть предоставлено только право аренды или право на использование земельного участка или объектов и на застройку таких участков, особенно в тех случаях, когда земля остается в публичной собственности. В любом случае должен быть ясно установлен характер прав частного партнера, поскольку это окажет непосредственное воздействие на его способность создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансовых средств на реализацию проекта (см. пункты 60 и 61).

25. Помимо права собственности на активы в течение срока действия договора о ПЧП важно рассмотреть режим собственности по истечении или прекращении договора о ПЧП. В ПЧП концессионного типа организация-заказчик преследует цель обеспечения непрерывного характера предоставления услуг и в этой связи заинтересована в обладании связанными с проектом материальными активами, для чего потребуется передача всех материальных активов проекта после окончания договора. В свою очередь в ПЧП неконцессионного типа договор о ПЧП считается главным образом одним из средств приобретения услуг в течение определенного периода времени, а не средством для сооружения материальных объектов. Таким образом, в случае неконцессионных ПЧП можно законодательно ограничить обязательства частного партнера по передаче активов публичными активами и собственностью, первоначально полученными от организации-заказчика или другого публичного органа, или определенными другими категориями активов, которые были сочтены необходимыми для обеспечения предоставления услуг. В случае назначения нового частного партнера такая собственность передается от одного частного партнера непосредственно другому частному партнеру, который является его преемником в том, что касается предоставления соответствующей услуги (см. также главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 42 и 43).

26. Различия в законодательных подходах часто отражают разную роль, которую играют публичный и частный секторы в различных правовых и экономиче-

ских системах, однако они могут быть и результатом практических соображений со стороны организации-заказчика. Одним таким практическим соображением, в силу которого организация-заказчик может разрешить частному партнеру удержать в конце проектного срока определенные активы, может быть стремление снизить расходы, которые будут определять стоимость предоставления услуг. Если считается, что проектные активы имеют для частного партнера остаточную стоимость и эту стоимость можно учесть в процессе отбора, то организация-заказчик может рассчитывать на понижение тарифов, взимаемых за предоставление услуги. Так, если частный партнер ожидает, что ему не придется покрывать всю стоимость активов в течение срока проекта и что он может покрыть ее часть за счет их последующей продажи или использования в других целях после истечения срока договора о ПЧП, то существует вероятность того, что услуги будут предоставляться по более низкой цене по сравнению с ситуацией, когда частному партнеру пришлось бы амортизировать всю стоимость в течение срока проекта. Более того, некоторые активы могут потребовать настолько серьезной реконструкции или технической модернизации в конце проектного срока, что для организации-заказчика может оказаться экономически невыгодным требовать их передачи. Могут также сохраняться остаточные обязательства или сопряженные расходы, например, в связи с ответственностью за причиненный экологический ущерб или затратами на снос сооружений.

27. По этим причинам в законодательстве некоторых стран не предусматривается при всех видах ПЧП безоговорочной передачи всех активов организации-заказчику, а делается различие между тремя основными категориями активов:

а) активы, подлежащие передаче организации-заказчику. В эту категорию обычно входят активы, которые являются публичной собственностью и которые использовались частным партнером для предоставления соответствующей услуги. Такие активы могут включать в себя как объекты, предоставленные частному партнеру организацией-заказчиком, так и новые объекты, сооруженные частным партнером по условиям договора о ПЧП, хотя в случае с ПЧП неконцессионного типа удержание таких активов может не отвечать публичным интересам. В некоторых странах закон требует передачи активов, материальных средств и имущества, впоследствии приобретенных частным партнером для целей эксплуатации объекта, в частности когда они стали частью или постоянной принадлежностью объекта инфраструктуры, подлежащего передаче организации-заказчику;

б) активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору. В эту категорию обычно входят активы, первоначально принадлежащие частному партнеру или впоследствии приобретенные им, которые, не будучи абсолютно или строго необходимыми для предоставления соответствующей услуги, могут способствовать повышению удобства или эффективности эксплуатации объекта или качества услуг;

с) активы, которые остаются в частной собственности частного партнера. Ими являются принадлежащие частному партнеру активы, которые не подпадают под пункт (b) выше. Организация-заказчик обычно не вправе претендовать на эти активы, которые могут свободно вывозиться или реализовываться частным партнером.

28. В свете вышеизложенного полезно включить в законодательство требование о том, чтобы в договоре о ПЧП, если это уместно, оговаривалось, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие останутся в частной собственности частного партнера. В договоре о ПЧП должны определяться те активы, которые частному партнеру потребуется передать организации-заказчику или новому частному партнеру по истечении или прекращении договора о ПЧП; те активы, которые организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у частного партнера; и те активы, которые частный партнер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении договора о ПЧП. Эти положения должны быть дополнены договорными критериями для расчета, если это уместно, той компенсации, которая может причитаться частному партнеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому частному партнеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении договора о ПЧП (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 40–43).

2. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

29. В тех случаях, когда новый объект инфраструктуры предполагается построить на земельном участке, находящемся в публичной собственности (т.е. на участке, принадлежащем организации-заказчику или другому публичному органу), или когда речь идет о модернизации или реконструкции уже существующего объекта инфраструктуры, то такой участок или объект обычно передается в распоряжение частного партнера его собственником. В тех случаях, когда организация-заказчик еще не является собственником земельного участка и ей необходимо приобрести его у его владельцев, возникает более сложная ситуация. В большинстве случаев с учетом потенциальных задержек и расходов, связанных с переговорами, возможно, с большим числом отдельных собственников, и необходимости, которая может существовать в некоторых правовых системах, проводить сложные исследования документов, подтверждающих правовой титул, и изучение цепочки предыдущих передач права собственности, с тем чтобы установить законность правового титула отдельных собственников, частный партнер не будет являться стороной, находящейся в наилучшем положении для того, чтобы взять на себя ответственность за приобретение земельного участка, необходимого для проекта. В силу этого организация-заказчик обычно принимает на себя ответственность за предоставление земельного участка,

необходимого для реализации проекта, с тем чтобы избежать излишних задержек или увеличения проектных затрат в результате приобретения земли. Исследования об экологическом и социальном воздействии, проведенные на этапе подготовки проекта, должны оценить стоимость приобретения требуемого земельного участка, в частности определить надлежащую процедуру, необходимые временные затраты и все возможные препятствия или причины задержек (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 15). Организация-заказчик может выкупить требуемый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке.

30. Процедура, с помощью которой частная собственность в принудительном порядке приобретается правительством при выплате собственникам надлежащей компенсации и которая в национальных правовых системах описывается с помощью различных технических терминов, таких как «экспроприация», в настоящем *Руководстве* именуется «приобретение в принудительном порядке». Законодательство большинства стран устанавливает условия и пределы приобретения правительством в принудительном порядке частной собственности, включая выплату компенсации владельцу (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 7–10). В странах, где законодательство предусматривает несколько видов процедур для приобретения в принудительном порядке, будет, возможно, целесообразно уполномочить компетентные публичные органы осуществлять все приобретения, необходимые для нужд ПЧП, в соответствии с наиболее эффективной из этих процедур, например с помощью специальных процедур, которые в ряде стран применяются по причинам настоятельных потребностей публичного характера (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 23 и 24).

31. Полномочиями на приобретение собственности в принудительном порядке обычно располагает правительство. Однако в случае с ПЧП концессионного типа в некоторых правовых системах операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям или учреждениям, отвечающим за вопросы энергоснабжения) разрешается предпринимать определенные действия в целях принудительного приобретения частной собственности, которая требуется для предоставления или расширения предоставления услуг населению. Практика этих стран показала, что, особенно в случаях, когда решение о выплате компенсации владельцам собственности выносится с помощью судебных процедур, целесообразно делегировать частному партнеру право предпринимать определенные действия, связанные с приобретением в принудительном порядке, при сохранении за правительством ответственности за принятие тех мер, которые согласно соответствующему законодательству рассматриваются в качестве необходимых условий для возбуждения процедур, направленных на приобретение соответствующей собственности. По приобретении земельного участка он часто становится публичной собствен-

ностью, хотя в ряде случаев законодательство может разрешать организации-заказчику и частному партнеру согласовывать иной порядок с учетом их соответствующих долей в затратах на приобретение собственности.

3. Сервитуты

32. В тех случаях, когда для получения доступа к строительной площадке либо выполнения любых работ или обслуживания любых объектов, необходимых для предоставления соответствующей услуги, частному партнеру требуется право на транзитный проезд по территории или через территорию, принадлежащую третьим сторонам (например, для установления дорожных знаков на прилегающих земельных участках; для установления мачт или линий электропередачи на территории, принадлежащей третьим сторонам; для монтажа или обслуживания трансформаторного и релейного оборудования; для подрезки деревьев, которые мешают телефонным линиям и которые расположены на смежной территории; или для укладки труб нефте-, газа- или водопровода), может возникнуть необходимость в специальных механизмах.

33. Для обозначения права использовать собственность другого лица с конкретной целью или выполнять на его территории определенные работы обычно применяется термин «сервитут». Сервитуты обычно требуют согласия владельца собственности, в отношении которой они устанавливаются, если только такие права не предусмотрены законом. Возложение на частного партнера ответственности за получение сервитутов непосредственно от владельцев соответствующей собственности обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Вместо этого наиболее часто такие сервитуты в принудительном порядке приобретает правительство одновременно с приобретением участка для строительной площадки.

34. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезда по таким участкам и проведение на них работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации или материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры. Такой подход, который может снять необходимость в приобретении сервитутов в отношении конкретных участков, может быть использован в законодательстве, регулирующем деятельность в конкретных секторах, в том случае, если будет сочтено возможным заранее установить определенные минимальные сервитуты, которые могут потребоваться частному партнеру. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых частный партнер получает право производить укладку кабеля в целях сооружения или эксплуатации основных или распределительных сетей на территории, принадлежа-

щей третьим сторонам. Такое право может потребоваться для различных целей, например для того, чтобы укладывать или проводить подземный или антенный кабель, а также устанавливать опоры и монтируемое на них трансформаторное и релейное оборудование; осуществлять техническое обслуживание, ремонт и демонтаж любого из таких сооружений; устанавливать зону безопасности вдоль линии подземных или антенных кабелей; или устранять препятствия вдоль линии электропроводки или в пределах зоны безопасности. В тех случаях, когда законодательство принимающей страны прямо не устанавливает размер компенсации, которая может причитаться владельцам собственности, затронутой сервитутами поставщика услуг, рекомендуется установить его в общем или отраслевом законодательстве о ПЧП, в надлежащем случае, если сфера действия прав, предоставленных частному партнеру, такова, что использование собственности их владельцами будет существенно затруднено (например, в случае нарушения функционирования или обслуживания инфраструктуры).

D. Финансовые механизмы

35. Финансовые механизмы для проектов ПЧП обычно соответствуют структуре проектного финансирования и, как правило, включают положения, которые касаются обязательств частного партнера по мобилизации средств для осуществления проекта, механизмов расходования средств и соответствующей отчетности, вознаграждения частного партнера и тех видов обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов частного партнера и акционеров. Финансовые механизмы для концессионных ПЧП могут иметь мало общего с механизмами для неконцессионных ПЧП, причем даже в рамках этих двух категорий для тех или иных проектов в различных секторах могут потребоваться разные финансовые механизмы. Важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны принимало этот нюанс во внимание и способствовало или по крайней мере не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

1. Финансовые обязательства частного партнера

36. Частный партнер в ПЧП, как правило, несет ответственность за мобилизацию и обеспечение средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Обязательства частного партнера в этой связи обычно подробно оговариваются в положениях договора о ПЧП. В большинстве случаев организация-заказчик или иной публичный орган будут заинтересованы в ограничении своих финансовых обязательств теми обязательствами, которые конкретно указаны в договоре о ПЧП, или теми формами прямой поддержки, которые правительство согласилось оказать в интересах мобилизации средств для проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 61–86).

37. Сумма частного капитала, вносимого непосредственно акционерами проектной компании, как правило, является лишь частью общего объема предлагаемых инвестиций. Намного большая часть образуется за счет кредитов, предоставленных частному партнеру коммерческими банками и международными финансовыми учреждениями, а также за счет поступлений от размещения облигаций и других оборотных инструментов на рынке капитала (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 56–69). В связи с этим весьма важно обеспечить, чтобы законодательство не устанавливало ненадлежащих ограничений на способность частного партнера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели обеспечения финансирования инфраструктуры.

2. Источники и методы оплаты

38. Финансовая компенсация, полагающаяся частному партнеру, и методы расчета и обеспечения ее выплаты являются центральными элементами проекта, предусматриваемыми на этапе планирования и составления технико-экономического обоснования (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 6–16). Договор о ПЧП и связанные с ним документы обычно должны включать подробные положения, в которых оговариваются эти вопросы; кроме того, в зависимости от типа проекта в содействии использованию предусмотренных сторонами финансовых механизмов или даже в создании возможности для их использования важную роль может играть законодательство.

39. Источники и методы оплаты будут варьироваться в зависимости от типа проекта и сектора. В концессионных ПЧП приток наличности обеспечивается главным образом за счет платежей конечных пользователей объекта инфраструктуры, эксплуатируемого частным партнером (например, водители, проезжающие по платному мосту), или клиентов, приобретающих предоставляемые им услуги или товары (например, домашние хозяйства, оплачивающие электроэнергию или водоснабжение). В неконцессионных ПЧП в свою очередь организация-заказчик непосредственно платит частному партнеру за сооружение объекта инфраструктуры и, если это уместно, за использование или эксплуатацию этого объекта инфраструктуры или услуги. Очевидно, что в основе этих двух противоположных подходов лежит та или иная преобладающая форма вознаграждения. На практике в случае необходимости они часто используются одновременно в целях обеспечения успешного осуществления проекта, а также достижения согласованных показателей в отношении возвращения инвестиций и нормы прибыли для частного партнера. С учетом общих различий, а также возможных сочетаний разных методов оплаты в нижеследующих пунктах излагаются основные имеющиеся варианты и, когда это уместно, указывается роль законодательства в создании возможностей для использования этих методов или содействии их использованию.

а) Сборы с пользователей

40. При концессионных ПЧП тарифы или сборы за использование, взимаемые частным партнером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возвращения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей со стороны организации-заказчика (см. пункты 51–59) или правительства (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 56–86). По этой причине частный партнер будет стремиться к тому, чтобы располагать возможностью устанавливать и сохранять такие тарифы и сборы на таком уровне, который обеспечивает достаточный приток наличности для проекта. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут быть установлены ограничения в отношении свободы частного партнера устанавливать тарифы и сборы. Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает большие слои населения. Таким образом, рамки регулирования во многих странах включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами и сборами за предоставление общедоступных услуг. Кроме того, законодательные положения или общие правила регулирования в некоторых правовых системах устанавливают законодательные параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, например требуя, чтобы соответствующие тарифы отвечали определенным стандартам «разумности», «честности» или «справедливости».

и) Правомочие частного партнера взимать тарифы

41. В некоторых странах может потребоваться предварительное законодательное разрешение для того, чтобы частный партнер взимал тарифы за предоставление общедоступных услуг или требовал уплаты сборов за пользование объектами публичной инфраструктуры. Отсутствие такого общего положения в законодательстве некоторых стран привело к возникновению судебных споров в отношении правомочий частного партнера взимать тарифы за предоставление услуг.

42. В тех случаях, когда положения, касающиеся уровня тарифов и сборов с пользователей, которые может взимать частный партнер, считаются необходимыми, следует стремиться к достижению сбалансированности между интересами инвесторов и нынешних и будущих пользователей. Целесообразно, чтобы статутные критерии расчета тарифов и сборов учитывали, помимо социальных факторов, которые правительство считает уместными, заинтересованность частного партнера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. В соответствии с успешными видами практики в этой области следует указывать предварительный расчет тарифов в технико-экономических обоснованиях и в тендерной документации. Кроме того, целесообразно предоставлять

сторонам необходимые полномочия по заключению соответствующих договоров, включая положения о компенсации, чтобы учесть ситуации, в которых применение правил, касающихся контроля над тарифами и прямо или косвенно относящихся к предоставлению общедоступных услуг, может привести к установлению тарифов или сборов на уровне, который будет ниже уровня, требуемого для прибыльной эксплуатации проекта (см. пункт 133).

ii) Методы контроля над тарифами

43. Согласно внутреннему законодательству тарифы и сборы с пользователей часто ставятся под контроль определенного механизма. Многие страны избрали такой вариант, при котором в законодательстве закрепляются лишь широкие принципы образования тарифов, а решение вопросов их практического применения оставляется на усмотрение соответствующего регулирующего органа или на урегулирование на основании условий лицензий или договоров о ПЧП. Такой подход является предпочтительным, поскольку для каждого сектора подходят свои особые формулы, которые могут потребовать корректировки в течение срока реализации проекта. В случаях использования мер контроля над тарифами законодательство, как правило, предусматривает, что тарифная формула должна разъясняться в запросе предложений и включаться в текст договора о ПЧП. Системы контроля над тарифами, как правило, включают формулы, используемые для корректировки тарифов, и положения о контроле для обеспечения соблюдения параметров, используемых для их корректировки. Методы контроля над тарифами, наиболее часто встречающиеся во внутреннем законодательстве, основываются на принципах использования нормы прибыли и верхнего предела цены. Встречаются также комбинированные системы, сочетающие элементы обоих этих принципов. Следует отметить, что для создания хорошо функционирующего механизма контроля над тарифами требуется проведение тщательного коммерческого и экономического анализа и что краткое обсуждение, проводимое ниже, содержит лишь общий обзор отдельных вопросов и возможных решений.

a. Метод, основанный на норме прибыли

44. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки тарифов строится таким образом, чтобы обеспечить частному партнеру получение согласованной нормы прибыли на его инвестиции. Тарифы на любой конкретный период устанавливаются с учетом общих поступлений, необходимых для эксплуатации частным партнером соответствующего объекта, включая определение величины его расходов, инвестиций, произведенных для оказания услуг, и допустимой нормы прибыли. Обзор тарифов проводится периодически или в тех случаях, когда организация-заказчик или другие заинтересованные стороны сочтут, что фактическая прибыль выше или ниже, чем потребности объекта в прибыли. С этой целью организация-заказчик проверяет издержки объекта, опреде-

ляет, в какой мере инвестиции, произведенные частным партнером, могут быть включены в базу расчета нормы и рассчитывает поступления, которые необходимо получить для покрытия допустимых расходов и получения согласованной прибыли на инвестиции. Метод, основанный на норме прибыли, обычно используется в связи с предоставлением общедоступных услуг, применительно к которым можно составить прогноз постоянного спроса, например применительно к энерго-, газо- или водоснабжению. Применительно к объектам и услугам, для которых характерна более значительная эластичность спроса, например применительно к платным дорогам, поддержание нормы прибыли частного партнера на постоянном уровне с помощью регулярных корректировок тарифов может оказаться невозможным.

45. Как считается, метод, основанный на норме прибыли, обеспечивает высокую степень надежности для операторов инфраструктуры, поскольку частному партнеру гарантируется, что взимаемые тарифы будут достаточными для покрытия его эксплуатационных расходов и получения согласованной нормы прибыли. Поскольку корректировка тарифов проводится на регулярной основе, в связи с чем прибыль частного партнера поддерживается на относительно постоянном уровне, инвестиции в компании, обеспечивающие общедоступные услуги, связаны с незначительным рыночным риском. Результатом этого являются, как правило, более низкие затраты на привлечение капитала. Возможный недостаток метода, основанного на норме прибыли, заключается в том, что он обеспечивает слабые стимулы для минимизации операторами инфраструктуры своих расходов, поскольку существует гарантия того, что эти расходы будут покрыты за счет корректировки тарифов. Однако определенные стимулы могут появиться, если тарифы не будут корректироваться немедленно или если корректировка не будет иметь ретроактивного действия. Следует отметить, что применение метода, основанного на норме прибыли, требует обработки большого объема информации, а также детальных переговоров (например, в отношении приемлемых расходов и распределения издержек).

в. Метод установления верхнего предела цены

46. В соответствии с методом установления верхнего предела цены рассчитывается тарифная формула на определенный срок (например, на четыре–пять лет) с учетом будущей инфляции и будущего роста эффективности, ожидаемого от объекта. Колебания тарифов допускаются в пределах, определяемых этой формулой. В некоторых странах формула представляет собой средневзвешенную величину различных индексов, а в других она соответствует индексу потребительских цен за вычетом коэффициента производительности. В тех случаях, когда требуются значительные новые инвестиции, в формулу может включаться дополнительный компонент для покрытия этих особых затрат. Формула может применяться ко всем услугам, предоставляемым компанией, или лишь к отдельным корзинам услуг, причем к различным корзинам услуг могут применяться

различные формулы. При этом периодическая корректировка формулы основывается на расчетах, аналогичных применяемым в случае метода, основанного на норме прибыли, для чего требуется обработка столь же подробной информации, о которой говорилось выше, хотя и на менее частой основе.

47. Применение механизма установления верхнего предела цены может оказаться менее сложным по сравнению с методом, основанным на норме прибыли. По имеющимся данным, метод установления верхнего предела цены обеспечивает более значительные стимулы для поставщиков общедоступных услуг, поскольку частный партнер до следующего периода корректировки пользуется выгодами от снижения предполагавшегося размера затрат. Вместе с тем поставщики общедоступных услуг, как правило, подвергаются большему риску при использовании метода установления верхнего предела цены, чем при применении механизма, основанного на норме прибыли. В частности, частный партнер рискует понести убытки, если издержки оказываются выше, чем предполагалось, поскольку до следующей корректировки тарифов частный партнер не может их поднять. Повышение риска увеличивает стоимость капитала. В условиях запрета на рост прибыли проектной компании могут возникнуть сложности с привлечением новых инвестиций. Кроме того, компания может подвергнуться искушению снизить качество предоставляемых услуг и тем самым уменьшить издержки.

с. Комбинированные методы

48. Многие методы, используемые в настоящее время для корректировки тарифов, сочетают в себе элементы как механизма, основанного на норме прибыли, так и механизма установления верхнего уровня цены, для того чтобы уменьшить риск для поставщиков услуг, а также обеспечить достаточные стимулы для повышения эффективности при эксплуатации инфраструктуры. В рамках одного из таких комбинированных методов для корректировки тарифов могут использоваться скользящие шкалы, которые обеспечивают корректировку в сторону повышения в тех случаях, когда норма прибыли опускается ниже определенного минимального уровня, и в сторону понижения, когда эта норма превышает определенный максимальный уровень, причем когда эта норма находится в установленных пределах, корректировка не осуществляется. Другие возможные подходы к обеспечению сбалансированности методов, основанных на норме прибыли и установлении верхнего предела цены, включают проведение организацией-заказчиком обзора инвестиций, произведенных частным партнером, для определения того, отвечают ли они критериям полезности, с тем чтобы они могли учитываться при расчете потребностей частного партнера в прибыли. Еще одним способом корректировки тарифов, который может использоваться для установления тарифов или, в более общем плане, для контроля за уровнем тарифов, является установление цены на основе ориентиров или базовых показателей. Путем сопоставления различных компонентов издержек одного поставщика общедоступ-

ных услуг с элементами расходов других поставщиков и с международными ставками организация-заказчик получает возможность определить, является ли просьба поставщика общедоступных услуг о корректировке тарифов обоснованной.

iii) Программные соображения относительно контроля над тарифами

49. Каждый из рассмотренных выше основных методов корректировки тарифов имеет свои преимущества и недостатки, и каждый из них оказывает различное воздействие на принятие инвестиционных решений частным сектором. Законодательные органы, регуляторы и организация-заказчик, в зависимости от обстоятельств, должны учитывать эти аспекты при рассмотрении вопроса о соответствии методов контроля над тарифами внутренним условиям. Кроме того, в различных секторах инфраструктуры могут применяться различные методы. Так, некоторые законы разрешают организации-заказчику при выборе частных партнеров применять либо метод установления верхнего предела цены, либо метод, основанный на норме прибыли, в соответствии с масштабами и характером инвестиций и услуг. При выборе метода контроля над тарифами важно учитывать воздействие различных принципиальных вариантов на принятие инвестиционных решений частным сектором. Какой бы механизм ни был выбран, должны быть тщательно проанализированы возможности организации-заказчика или регулирующего учреждения по обеспечению надлежащего контроля за деятельностью частного партнера и по эффективному применению выбранного метода корректировки (см. также главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 37–60). При концессионных ПЧП публичный орган должен также, невзирая на интересы частного партнера, обеспечить надлежащий уровень прозрачности по отношению к конечным пользователям. Выбранный метод контроля над тарифами должен быть четко изложен, например, в технико-экономических обоснованиях, критериях предварительного отбора или запросе предложений, и организация-заказчик или регулирующий орган должны обеспечить публичный доступ к расчетам и процессу принятия решения.

50. Важно помнить о том, что формулы корректировки тарифов не могут быть установлены раз и навсегда, поскольку технология, обменные курсы, ставки заработной платы, производительность и другие факторы неизбежно будут существенно изменяться в течение срока договора о ПЧП, причем порой непредсказуемо. Кроме того, формулы корректировки тарифов обычно составляются исходя из определенных предположений относительно объема продукции и уровня спроса на нее, и в случае существенного изменения в этих показателях результаты их применения могут быть неудовлетворительными. В связи с этим многие страны создали механизмы для пересмотра тарифных формул, включая периодический пересмотр (например, каждые четыре–пять лет) или специальный пересмотр во всех случаях, когда очевидно, что выбранная формула не может обеспечить частному партнеру надлежащую компенсацию (см. также

пункт 133). Тарифный режим также требует надлежащей стабильности и предсказуемости, с тем чтобы дать возможность поставщикам общедоступных услуг и пользователям соответствующим образом планировать свою деятельность и обеспечить финансирование на основе предсказуемого потока поступлений. Особую обеспокоенность в отношении осуществляемых в порядке регулирования изменений, влияющих на метод корректировки тарифов, могут проявлять инвесторы и кредиторы. Так, они, как правило, требуют, чтобы формула корректировки тарифов включалась в договор о ПЧП.

б) Платежи со стороны организации-заказчика

51. Функции и характер платежей со стороны организации-заказчика будут различаться в зависимости от типа ПЧП. Они могут включать прямые платежи за фактически оказанные услуги, прямые платежи за предоставленные площади или производственные мощности, публичные субсидии или другие формы финансовых трансфертов, согласованные между организацией-заказчиком и частным партнером. При неконцессионных ПЧП, когда частный партнер не взимает платежей с конечного пользователя объекта инфраструктуры или услуги (например, когда частный партнер эксплуатирует общедоступный объект), прямые платежи со стороны организации-заказчика могут быть для частного партнера единственным источником поступлений. Кроме того, если частный партнер производит товар или услугу для дальнейшей передачи или распространения другим поставщиком услуг, то организация-заказчик может взять на себя обязательство делать оптовые закупки такого товара или услуги по согласованной цене и на согласованных условиях. При концессионных ПЧП, в свою очередь, прямые платежи не являются главным источником финансирования проекта, поскольку частный партнер обычно получает операционный доход, взимая плату с конечных пользователей объекта или покупателей предлагаемых им услуг или продуктов. Тем не менее при некоторых концессионных ПЧП организация-заказчик или другой публичный орган могут взять на себя обязательство производить прямые платежи частному партнеру в качестве замены сборов за услуги, которые должны уплачиваться пользователями, или в качестве дополнения к ним (например, в форме так называемых теневых сборов, предназначенных для обеспечения притока доходов, предусмотренных в согласованных прогнозах путевых расходов). В любом случае финансовое положение организации-заказчика и ее рейтинг у финансовых учреждений, если это применимо, имеют крайне важное значение для обеспечения финансирования по разумной стоимости.

52. Без прямых платежей осуществление многих проектов ПЧП может оказаться невозможным, будь то в силу отсутствия прямого рыночного спроса на услуги или объекты за пределами публичного сектора (например, сбор отходов, исправительные учреждения или очистные сооружения), будь то по причине недостаточно высокого спроса для покрытия расходов по проекту (например, мосты или туннели в регионах с низкой интенсивностью движения) или будь то

вследствие того, что фактическим клиентом частного сектора является организация-заказчик (например, когда правительственное учреждение использует служебные помещения, построенные и обслуживаемые частным партнером, или когда частный партнер строит и обслуживает больницу, эксплуатируемую в рамках национальной системы здравоохранения и социального обеспечения). При неконцессионных ПЧП прямые платежи производятся организацией-заказчиком частному партнеру. Соответственно частный партнер не подвержен риску в отношении спроса (размер платежа не связан с уровнем спроса), а только риску в отношении наличия (например риску того, что частный партнер может оказаться не в состоянии оказать услуги в объеме, согласованном в договоре о ПЧП). Положение частного партнера является другим при концессионных ПЧП, когда вознаграждение обеспечивается благодаря платежам пользователей объекта, что подвергает частного партнера риску возникновения спроса ниже ожидаемого. В любом случае тип, объем и методы расчета платежей должны определяться с учетом показателей исполнения и соответствовать финансовой модели, подготовленной в ходе оценки проекта и в момент принятия решения о заключении договора (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 6–14, и главу III «Решение заключить договор», пункты 30, 31, 67 и 76). Кроме того, обеспечение прозрачности может потребовать, чтобы организация-заказчик или правительство, в зависимости от обстоятельств, регулярно отчитывались о прямых платежах частному партнеру в поддержку проекта или предоставляли обоснование этих платежей, например количественные показатели или отчеты об оценке эффективности (см. пункт 104 ниже и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 69). Основные примеры таких механизмов кратко рассматриваются ниже.

i) Авансовые или арендные платежи

53. Авансовые или арендные платежи часто используются при неконцессионных ПЧП, когда не предусматриваются платежи со стороны конечных пользователей. В таких случаях организация-заказчик платит частному партнеру в соответствии с согласованной в договоре формулой за проведение работ по сооружению, модернизации или других работ по договору о ПЧП и, когда это уместно, за эксплуатацию объекта инфраструктуры или услуги и управление ими. Наиболее распространенным методом является привязка ежемесячных или ежегодных платежей к согласованному графику строительства объекта инфраструктуры. После завершения работ и ввода объекта в эксплуатацию договором предусматриваются платежи за обеспечение доступа к объекту или его фактическое использование в соответствии со шкалой вознаграждения в расчете на единицу площади или аналогичного физического параметра.

54. Вне зависимости от типа ПЧП организация-заказчик должна внимательно рассматривать вопрос о необходимости авансовых и арендных платежей, поскольку они являются важным стимулом для частного партнера к участию в

торгах в связи с проектом ПЧП, и многие потенциальные инвесторы могут включать такие платежи в свои первоначальные модели финансовых операций. При некоторых типах неконцессионных ПЧП авансовые и арендные платежи могут оказаться абсолютно необходимыми (например, когда частный партнер предоставляет объекты в распоряжение организации-заказчика), однако в других проектах, например при многих концессионных ПЧП, авансовые платежи могут противоречить самой цели механизма ПЧП и лишить частного партнера стимула эффективно осуществлять работы по сооружению и эксплуатации объекта. Целесообразно увязывать эти платежи с предусмотренными договором механизмами контроля за исполнением обязательств (см. пункты 91 и 92 ниже), например посредством системы вычетов и поощрений для стимулирования эффективного исполнения обязательств. Кроме того, для платежей может потребоваться заблаговременное выделение бюджетных ассигнований, а сами платежи могут подлежать ревизии и другим формам государственного контроля, поэтому важно обеспечить, чтобы эта формула была четкой, а договорные механизмы и параметры контроля и измерения эффективности работы частного партнера были проверяемыми и объективными.

ii) Платежи на основе пропускной способности и использования

55. В некоторых проектах предусматривается обязательство организации-заказчика производить выплаты в порядке компенсации частному партнеру за предоставление определенной услуги или за пропускную способность и использование объекта. Платежи на основе пропускной способности и использования, как правило, рассчитываются по формуле, согласно которой количество единиц предоставления услуги умножается на согласованную цену за каждую единицу. В неконцессионных ПЧП эти платежи являются единственным источником вознаграждения для частного партнера или используются наряду с другими видами прямых платежей со стороны организации-заказчика (например, авансовыми или арендными платежами). В концессионных ПЧП такие платежи, как правило, используются в качестве дополнения к фактическим платежам конечных пользователей, объем которых оказался ниже расчетных показателей, предусмотренных в договоре.

56. Широко известным примером платежей на основе использования в транспортном секторе является механизм под названием «установление скрытых сборов». Скрытые сборы представляют собой механизмы, с помощью которых частный партнер принимает на себя обязательства по проектировке, строительству, финансированию и эксплуатации какой-либо дороги или иного транспортного объекта в течение указанного ряда лет в обмен на периодические платежи вместо реальных или прямых сборов, уплачиваемых пользователями, или в добавление к ним. Схемы скрытых сборов могут использоваться для уменьшения рисков, которые присущи проектам в области транспорта, например риска меньшей, чем ожидавшаяся, насыщенности дорожного движения (см. главу II «Планирование и

подготовка проектов», пункт 34). Кроме того, схемы скрытых сборов могут быть в политическом отношении более приемлемыми, чем прямые сборы, например тогда, когда существует опасение, что введение платы за проезд по общедоступным дорогам может привести к протестам со стороны пользователей этих дорог. В то же время, если подобные механизмы предусматривают субсидирование проектной компании в той или иной форме, должно быть тщательно проанализировано их соответствие определенным обязательствам принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6).

57. Скрытые сборы (и любые аналогичные дополнительные платежи на основе оценки использования) могут быть сопряжены со значительными расходами для организации-заказчика и могут требовать осуществления жесткого и широкого контроля. В странах, которые использовали скрытые сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи частному партнеру со стороны организации-заказчика основывались главным образом на фактической интенсивности дорожного движения, измеряемой в автомобилях на километр. Считается целесообразным предусмотреть, чтобы такие платежи не производились до тех пор, пока не начнется дорожное движение, с тем чтобы стимулировать частного партнера к скорейшему открытию дороги. В то же время было сочтено полезным исчислять платежи на основе фактической интенсивности дорожного движения в течение срока договора о ПЧП. Такая система побуждает частного партнера обеспечивать, чтобы на дороге в течение этого времени ремонтные работы проводились в минимальных объемах, поскольку они препятствуют дорожному движению. В качестве альтернативы договор о ПЧП может содержать положение о выплате штрафа или возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. От частного партнера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения для расчета годовых показателей, выраженных в автомобилях на километр, и эти показатели должны периодически проверяться организацией-заказчиком. Несколько модифицированная система может сочетать скрытые сборы и прямые сборы, выплачиваемые пользователями. В такой системе скрытые сборы выплачиваются организацией-заказчиком только в том случае, если уровень интенсивности дорожного движения в течение определенного периода времени падает ниже согласованного минимального уровня, необходимого для того, чтобы частный партнер прибыльно эксплуатировал дорогу.

iii) Закупочные обязательства

58. Если частный партнер эксплуатирует объект, производящий товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретно указанному приобретателю (например, отдельная электростанция), организация-

заказчик или другой публичный орган часто принимают на себя обязательство закупать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются частным партнером. Договоры такого вида обычно называются соглашениями о постоянном приобретении товаров или услуг. Соглашения о постоянном приобретении товаров или услуг часто предусматривают два вида платежей — платежи за наличие производственных мощностей и платежи за единицы фактического потребления. Например, в отношении проекта по строительству электростанции соглашение о приобретении электроэнергии может предусматривать следующие сборы:

а) *сборы за наличие мощностей.* Эти сборы подлежат уплате независимо от фактического производства электроэнергии в период, охватываемый счетом, и исчисляются таким образом, чтобы их было достаточно для возмещения всех фиксированных затрат частного партнера на финансирование и техническое обслуживание проекта, включая обслуживание долга и другие текущие финансовые затраты, фиксированные затраты на эксплуатацию и техническое обслуживание и определенную норму прибыли. Выплата сборов за наличие мощностей часто обуславливается соблюдением определенных стандартов, касающихся результатов использования мощностей или их наличия;

б) *сборы за потребление.* Эти сборы предназначаются не для охвата всех фиксированных затрат частного партнера, а скорее для возмещения переменных или маргинальных затрат, которые частный партнер должен нести для того, чтобы произвести и предоставить какую-либо единицу соответствующей услуги или товара (например, киловатт-час электроэнергии). Сборы за потребление, как правило, исчисляются таким образом, чтобы покрыть переменные эксплуатационные затраты частного партнера, такие как топливо, потребленное во время эксплуатации объекта, расходы на очистку воды и затраты на потребляемые товары. Переменные платежи часто увязываются с собственными переменными эксплуатационными затратами частного партнера или с индексом, который в разумной степени отражает изменения в эксплуатационных затратах.

59. С точки зрения частного партнера, комбинированная схема сборов за наличие мощностей и потребление является особенно полезной для обеспечения возмещения затрат в тех случаях, когда функция передачи или распространения товаров или услуг, производимых этим частным партнером, является монопольной. Вместе с тем сборы за наличие мощностей, предусматриваемые соглашением о постоянном приобретении товаров и услуг, должны быть соразмерными с другими источниками мощностей, которыми располагает или которые фактически использует организация-заказчик. В целях обеспечения наличия средств для платежей, производимых организацией-заказчиком в соответствии с соглашением о постоянной поставке товаров или услуг, целесообразно рассмотреть вопрос о том, требуются ли механизмы заблаговременного составления бюджета. Платежи в соответствии с соглашением о постоянном приобретении товаров или услуг могут быть подкреплены гарантией, выданной правительством при-

нимающей страны или каким-либо национальным или международным учреждением, предоставляющим гарантии (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 72 и 73).

Е. Обеспечительные интересы

60. Обеспечительные интересы в личной собственности предоставляют обеспеченному кредитору по существу два вида прав: имущественное право, позволяющее обеспеченному кредитору в принципе вступить во владение этой собственностью или разрешить третьей стороне вступить во владение ею и продать ее, а также преимущественное право на получение платежа за счет доходов от продажи собственности в случае неисполнения должником своих обязательств (ссылки на законодательство об обеспечительных интересах и соответствующие стандарты ЮНСИТРАЛ, включая Типовой закон об обеспеченных сделках, см. в главе VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 11–17). В общей практике проектного финансирования обеспечительные механизмы, как правило, играют защитительную и превентивную роль, поскольку позволяют в том случае, если какая-либо третья сторона приобретет предприятие должника (например, путем лишения прав на заложенную собственность в результате банкротства или путем приобретения непосредственно от должника), направлять все поступления от продажи таких активов в первую очередь на возмещение непогашенных кредитов. Тем не менее кредиторы будут, как правило, стремиться к получению обеспечительных интересов, которые позволяют им путем лишения залогодателя права на заложенную собственность вступить во владение проектом, которым они могут распоряжаться и управлять либо для восстановления его экономической жизнеспособности в целях перепродажи в надлежащее время, либо для сохранения проекта в своей собственности в течение неограниченного срока и получения поступлений от него.

61. Механизмы обеспечения играют ключевую роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности когда структура финансирования создана по схеме проектного финансирования. Документы, касающиеся финансирования ПЧП, обычно включают обеспечение как в материальных активах, относящихся к этому проекту, так и в нематериальных активах, находящихся во владении частного партнера. Ряд основных требований, касающихся успешного создания механизмов обеспечения, рассматриваются ниже. Следует отметить однако, что в некоторых правовых системах предоставление кредиторам любого обеспечения, которое дает им возможность вступить во владение проектом, допускается только в исключительных обстоятельствах и при соблюдении ряда специальных условий, например условий о том, что для предоставления такого обеспечения требуется согласие организации-заказчика; что обеспечение должно предоставляться с конкретной целью содействия финансированию или

эксплуатации проекта; и что обеспечительные интересы не должны затрагивать обязательства, принятые на себя частным партнером. Эти условия часто основываются на общих принципах права или законодательных положениях, и организация-заказчик не вправе отказаться от их соблюдения на основании заключения договоренностей об ином.

1. Обеспечительные интересы в материальных активах

62. Создание механизмов обеспечения, необходимых для получения финансирования на цели проекта, может столкнуться с юридическими препятствиями в случаях, когда активы проекта являются публичной собственностью. Если частный партнер не располагает правовым титулом на собственность, то во многих правовых системах он не будет иметь права (или будет иметь такое право в ограниченной степени) на обременение такой собственности. Если установлены ограничения такого рода, законодательство может тем не менее способствовать проведению переговоров о создании механизмов обеспечения, например, путем указания на те виды активов, в отношении которых могут быть созданы такие обеспечительные интересы, или же на вид обеспечительных интересов, который разрешен. В некоторых правовых системах частный партнер, которому предоставлен интерес в арендованной собственности или право использовать определенную собственность, может создать обеспечительный интерес на основе интереса в арендованной собственности или такого права пользования.

63. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда договор о ПЧП охватывает различные виды публичной собственности, например случай, когда правовой титул на прилежащий земельный участок (а не только право пользоваться им) предоставляется какой-либо железнодорожной компании в дополнение к праву пользования публичной инфраструктурой. Если имеется возможность создать обеспечительные интересы в какой бы то ни было форме в отношении активов, которые принадлежат или которые требуется передать организации-заказчику, или активов, которые организация-заказчик может в соответствии с договором выкупить по своему выбору (см. пункт 28), то законодательство может требовать согласия организации-заказчика на создание таких обеспечительных интересов частным партнером.

2. Обеспечительные интересы в нематериальных активах

64. Основным нематериальным активом проекта в области инфраструктуры, осуществляемого на основе концессионного ПЧП, является сама концессия, т.е. право концессионера эксплуатировать инфраструктуру или предоставлять соответствующую услугу и взимать с населения плату за пользование предоставляемой им услугой. В большинстве правовых систем концессия, являющаяся частью договора о ПЧП, предоставляет ее держателю правомочие контролировать весь

проект и дает частному партнеру право на получение доходов от проекта. Таким образом стоимость концессии превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку частный партнер обычно имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например публичной собственности, находящейся во владении частного партнера), концессия, как правило, охватывает и нынешние, и будущие активы материального или нематериального характера. Поэтому кредиторы могут рассматривать концессию как важнейший компонент обеспечительных механизмов, согласованных с частным партнером. Залог самой концессии может давать различные практические преимущества частному партнеру и кредиторам, в частности в тех правовых системах, которые в ином случае не разрешают создавать обеспечение на основе всех активов компании или которые в целом не признают непосессорные обеспечительные интересы. Такие преимущества могут включать следующее: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждой категории активов проекта, предоставление частному партнеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности и создание возможности обременять залогом определенные активы без передачи фактического владения этими активами кредиторам. Кроме того, залог концессии может дать кредиторам право предотвращать, в случае нарушения своих обязательств частным партнером, прекращение проекта посредством вступления во владение концессией и принятия мер для продолжения осуществления проекта при участии другого частного партнера. Залог концессии может являться, таким образом, полезным дополнением к прямому соглашению между кредиторами и организацией-заказчиком относительно прав кредиторов на вмешательство или, при определенных обстоятельствах, заменой такого соглашения (см. пункты 162–165).

65. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут существовать препятствия для залога концессии в отсутствие прямого законодательного разрешения. В различных правовых системах обеспечительные интересы могут быть созданы только в отношении активов, которые могут быть свободно переданы лицом, предоставившим обеспечение. Поскольку в большинстве случаев передача права на эксплуатацию инфраструктуры без согласия организации-заказчика не допускается (см. пункты 70 и 71), в некоторых правовых системах может не существовать возможности создания частным партнером обеспечительных интересов в самой концессии. Принятое в последнее время в некоторых испаноговорящих странах гражданского права законодательство устранило это препятствие путем установления специальной категории обеспечительных интересов, которая иногда обозначается с помощью таких терминов, как *hipoteca de concesión de obra pública* или *prenda de concesión de obra pública* («ипотечный залог концессии на публичные работы» или «залог концессии на публичные работы»), и которая в целом позволяет кредиторам получать снабженный правовой санкци-

ей обеспечительный интерес, охватывающий все права, которые были предоставлены частному партнеру в соответствии с договором о ПЧП. Вместе с тем в целях защиты публичных интересов закон требует согласия организации-заказчика с принятием кредиторами любой меры по реализации такого права на условиях, которые предусмотрены в соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами. Несколько более ограниченное решение было достигнуто в некоторых странах общего права, в которых было проведено различие между не подлежащим передаче правом осуществлять определенный вид деятельности согласно правительственной лицензии (т.е. публичными правами, возникающими из лицензии) и правом требования в отношении поступлений, полученных обладателем лицензии (т.е. частными правами последнего, вытекающими из лицензии).

3. Обеспечительные интересы в коммерческой дебиторской задолженности

66. Другой формой обеспечения, которое, как правило, предоставляется в связи с большинством ПЧП, является уступка кредиторам поступлений по контрактам с клиентами частного партнера. Эти поступления могут представлять собой поступления по одному контракту (например, обязательство о закупке электроэнергии со стороны предприятия по распределению электроэнергии или арендные платежи со стороны организации-заказчика при неконцессионных ПЧП) или по большому количеству отдельных сделок (например, ежемесячные платежи за газ или воду). При ПЧП концессионного типа эти поступления обычно включают тарифы, взимаемые с населения за использование инфраструктуры (например, сборы за использование платных автодорог), или цены, уплачиваемые клиентами за товары или услуги, предоставляемые частным партнером (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать доходы от вспомогательных договоров о ПЧП. Обеспечение такого вида является обычным элементом механизмов финансирования, согласованных с кредиторами, и соглашения о кредитовании часто содержат требования о том, чтобы поступления от реализации проектов в области инфраструктуры депонировались на счете эскроу, управление которым осуществляет доверенное лицо, назначенное кредиторами. Такой механизм может также играть важную роль при выпуске частным партнером облигаций и других оборотных инструментов.

67. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения играет ключевую роль в механизмах финансирования, которые предусматривают размещение облигаций и выдачу других оборотных инструментов. Такие инструменты могут выдаваться самим частным партнером, и в этом случае инвесторы, приобретающие ценную бумагу, становятся его кредиторами, или они могут выдаваться третьей стороной, которой была уступлена дебиторская задолженность по проекту с помощью механизма, известного как секьюритизация.

Секьюритизация предполагает создание финансового обеспечения на основе потока поступлений по проекту, которые передаются в залог для уплаты суммы долга и процентов по такому обеспечению. Сделки секьюритизации обычно предполагают учреждение юридического лица, независимого от частного партнера, со специальной задачей проведения деловых операций по секьюритизации активов или дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называют специальным целевым механизмом. Частный партнер уступает дебиторскую задолженность по проекту такому специальному целевому механизму, который в свою очередь выпускает для инвесторов процентные инструменты, подкрепленные дебиторской задолженностью по проекту. Таким образом, при секьюритизации держатели облигаций приобретают право на поступления от сделок частного партнера с его клиентами. Частный партнер взимает с клиентов тарифы и переводит средства этому специальному целевому механизму, который затем переводит их держателям облигаций. В ряде стран принятое в последнее время законодательство прямо признает право частного партнера уступать дебиторскую задолженность по проекту специальному целевому механизму, который держит дебиторскую задолженность и управляет ею в интересах кредиторов проекта. В целях защиты держателей акций от риска несостоятельности частного партнера может быть целесообразным принятие необходимых законодательных мер, позволяющих разделить частного партнера и специальный целевой механизм в юридическом плане.

68. В большинстве случаев у частного партнера не будет практической возможности индивидуально оговорить статьи дебиторской задолженности, уступаемые кредиторам. В силу этого уступка дебиторской задолженности при проектном финансировании принимает, как правило, форму оптовой уступки будущей дебиторской задолженности. В различных правовых системах в принятое недавно внутреннее законодательство были включены положения, признающие право частного партнера на залог поступлений по проектам в области инфраструктуры. В то же время в различных правовых системах может существовать значительная неопределенность в вопросе о действительности оптовой уступки дебиторской задолженности или уступки будущей дебиторской задолженности. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство по вопросу об обеспечительных интересах не препятствовало способности сторон в юридически действительном порядке уступать коммерческую дебиторскую задолженность в целях получения финансирования на нужды проекта (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 16–17).

4. Обеспечительные интересы в акциях проектной компании

69. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия организации-заказчика (см. пункты 70 и 71), законодательство иногда

запрещает создание обеспечения в акциях проектной компании. Тем не менее следует отметить, что в случае сделок проектного финансирования кредиторы обычно требуют создания обеспечения в акциях проектной компании и что общие запреты в отношении создания такого обеспечения могут ограничить способность проектной компании мобилизовывать финансовые ресурсы для осуществления проекта. Поэтому, как и в случае других форм обеспечения, в законодательстве, возможно, было бы целесообразным разрешить акционерам компании — частного партнера предоставлять такое обеспечение при условии получения предварительного согласия со стороны организации-заказчика, если такое согласие требуется для передачи доли в акционерном капитале проектной компании (см. пункты 72–76).

Г. Уступка прав частным партнером

70. Концессии, содержащиеся в договорах о ПЧП, предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности частного партнера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Так, внутреннее законодательство часто запрещает уступку прав, приобретенных частным партнером после принятия решения о заключении договора, без согласия организации-заказчика. Цель этих ограничений заключается, как правило, в обеспечении контроля организации-заказчика в отношении квалификационных данных операторов инфраструктуры или поставщиков общедоступных услуг. В некоторых странах также исключается уступка прав до завершения работ по строительству проектного объекта.

71. Некоторые страны сочли полезным упомянуть в своем законодательстве об условиях, на которых может быть дано согласие на передачу концессии до истечения срока ее действия, например признание новым частным партнером всех обязательств по договору о ПЧП и подтверждение технической и финансовой способности нового частного партнера предоставлять соответствующую услугу. Общие законодательные положения такого рода могут дополняться конкретными положениями договора о ПЧП, устанавливающими сферу действия таких ограничений, а также условия, на которых может быть дано согласие организации-заказчика. В этой связи следует отметить, что раннее предание гласности проекта договора о ПЧП на этапе торгов позволит возможным инвесторам быть в полной мере осведомленными об условиях, на которых может передаваться концессия (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 76). Следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче частным партнером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии какому-либо субъекту, назначенному кредиторами в соответствии с соглашением между ними и организацией-заказчиком в целях предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного нарушения обязательств частным партнером (см. также пункты 158–161). В любом случае

ограничения на уступку прав должны соответствовать ограничениям, налагаемым на передачу контрольного пакета акций проектной компании (см. пункты 72–76).

Г. Передача контрольного пакета акций проектной компании

72. Организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в торгах, сохраняли свои обязательства по осуществлению проекта в течение всего срока его реализации и чтобы фактический контроль над проектной компанией не был передан субъектам, которые не известны организации-заказчику. Частные партнеры выбираются для осуществления проекта в области инфраструктуры, по меньшей мере отчасти, на основе их опыта и способности реализовать такого рода проект (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 38–41). Поэтому организации-заказчики обеспокоены тем, что если акционеры компании — частного партнера будут пользоваться полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги. Однако с практической точки зрения такое обязательство со стороны частного партнера и консорциума, принимавшего участие в торгах, имеет смысл только с учетом их способности выполнить свои обязательства.

73. Организации-заказчики могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в торгах, продемонстрировал на этапе предварительного отбора, а также на гарантии исполнения, предоставленные организациями, образовавшими первоначальный консорциум, и его субподрядчиками. Вместе с тем на практике не следует переоценивать ту уверенность, которая может основываться на очевидном специализированном опыте акционеров компании — частного партнера. Когда для осуществления ПЧП учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на практике (см. пункт 13), то поддержка со стороны акционеров компании — частного партнера в том случае, если в ходе осуществления проекта возникнут трудности, может ограничиваться их максимальной финансовой ответственностью. Таким образом, ограничения в отношении возможности передачи инвестиций сами по себе могут и не обеспечивать достаточной защиты от риска неисполнения частным партнером своих обязательств. В частности, такие ограничения не являются заменой для соответствующих договорных средств защиты, предусмотренных договором о ПЧП, таких как осуществление контроля за уровнем предоставляемой услуги (см. пункты 85–86) или прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительных результатов (см. главу V, «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 49 и 50).

74. Помимо вышеизложенного, установление ограничений в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, может быть также сопряжено с некоторыми недостатками для организации-заказчика. Как это уже отмечалось ранее (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 56–69), существуют многочисленные виды финансирования, которое можно получить у различных инвесторов при различных рисках и схемах вознаграждения. Первоначальные инвесторы, такие как строительные компании и поставщики оборудования, будут стремиться получить вознаграждение в связи с более высокими рисками, которые они принимают на себя, тогда как последующим инвесторам может быть необходима меньшая прибыль, соизмеримая с уменьшенными рисками, которые они несут. Большинство первоначальных инвесторов располагают ограниченными средствами и должны обеспечивать оборот капитала, чтобы иметь возможность принять участие в осуществлении новых проектов. В связи с этим такие инвесторы могут не проявлять готовности к привязыванию капитала к долгосрочным проектам. В конце периода строительства первоначальные инвесторы могут предпочесть продать свой интерес какому-либо вторичному акционеру, который будет согласен на получение меньшей нормы прибыли. Когда определенность в вопросах эксплуатации еще более укрепляется, может быть осуществлена еще одна операция рефинансирования. Однако если способность инвесторов инвестировать и реинвестировать капитал в развитие проекта ограничивается факторами, касающимися возможности передачи акций в рамках проектов в области инфраструктуры, то возникает риск более высокой стоимости финансирования. При определенных обстоятельствах, возможно, нельзя будет обеспечить финансирование проекта вообще, поскольку некоторые инвесторы, участие которых может быть решающим для осуществления проекта, могут и не проявить желания принять в нем участие. С точки зрения долгосрочной перспективы развитие рынка инвестиций в публичную инфраструктуру может столкнуться с препятствиями в том случае, если инвесторы излишне ограничены в свободе передавать свой интерес в ПЧП.

75. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным сузить предусмотренные законом ограничения, касающиеся передачи контрольного пакета акций проектной компании, предусмотрев их определенный предельный срок (например, в несколько лет после заключения договора о ПЧП или завершения этапа строительства) или определенные ситуации, когда такие ограничения оправданы публичными интересами (например, когда организация-заказчик считает, что продолжение присутствия определенного члена консорциума в составе акционеров частного партнера является необходимым для функционирования инфраструктуры или оказания услуг в соответствии с договором или регламентирующими требованиями). Одна из таких ситуаций может возникать тогда, когда во владении частного партнера находится публичная собственность или когда частный партнер получает кредиты, субсидии, акционерный

капитал или прямую правительственную поддержку в других формах. В таких случаях ответственность организации-заказчика за надлежащее использование публичных средств требует гарантий того, что такие средства и активы поручаются надежной компании, в отношении которой первоначальные инвесторы будут сохранять свои обязательства в течение разумного срока. Другая ситуация, которая может оправдывать введение ограничений в отношении передачи акций компаний — частных партнеров, может возникать тогда, когда организация-заказчик заинтересована в предотвращении передачи акций конкретным инвесторам. Например, организация-заказчик, возможно, пожелает осуществлять контроль над приобретением контрольного пакета акций поставщиков общедоступных услуг во избежание формирования олигополий или монополий в либерализованных секторах. Кроме того, может считаться недопустимым такое положение, при котором услуги какой-либо компании, уличенной в прошлом в обманных действиях в отношении одного органа правительства, были привлечены другим органом правительства в результате приобретения ею дочерней компании.

76. В этих исключительных случаях было бы, возможно, целесообразно потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным согласием организации-заказчика до передачи своей доли акций. В договоре о ПЧП следует разъяснить, что неоправданные отказы или ненадлежащие задержки в даче такого согласия не допускаются. Кроме того, для целей обеспечения прозрачности было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в законе основания для отказа в одобрении и потребовать, чтобы организация-заказчик в каждом случае конкретно указывала причины любого отказа. Надлежащий срок действия таких ограничений — либо в течение конкретного этапа осуществления проекта, либо в течение всего срока договора о ПЧП, — возможно, требуется устанавливать с учетом обстоятельств каждого отдельного случая. В отношении некоторых проектов можно будет ослабить такие ограничения после завершения строительства объекта. Было бы также целесообразно уточнить в договоре о ПЧП, должны ли такие ограничения, если они установлены вообще, применяться только к передаче какого-либо долевого участия в деятельности частного партнера или интересы организации-заказчика будут сосредоточиваться на одном конкретном инвесторе (например, строительной компании или проектировщике объекта) в течение этапа строительства или же в течение длительного срока после его завершения.

Н. Строительные работы

77. При традиционных закупках организации-заказчики, приобретающие услуги по осуществлению строительных работ, выступают, как правило, в качестве нанимателей по строительному подряду и оставляют за собой широкие права

по наблюдению и инспектированию, включая право рассматривать строительный проект и требовать внесения в него изменений, внимательно следить за выполнением строительных работ и графиком строительства, инспектировать и официально принимать завершённые работы и давать окончательное разрешение на эксплуатацию объекта. В этой связи организации-заказчики берут на себя риски перерасхода средств и несоблюдения графика работ, а также риски, связанные с эффективностью строительного проекта после его завершения.

78. В рамках проектов ПЧП именно частный партнер несет ответственность за своевременное завершение проекта в соответствии со стандартами и стоимостью, указанными в договоре о ПЧП, а также берет на себя сопутствующий финансовый риск (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 30–32). В этой связи частный партнер будет заинтересован в обеспечении своевременного завершения проекта в пределах сметы и будет, как правило, заключать контракты на сдачу объекта под ключ за фиксированную плату и с фиксированными сроками, включая гарантии исполнения со стороны строительных подрядчиков.

79. По этим причинам в некоторых странах законодательные положения, касающиеся сооружения объектов в рамках ПЧП, ограничиваются общим определением обязательства частного партнера выполнить публичные работы в соответствии с положениями договора о ПЧП. Эти положения предоставляют организации-заказчику общее право следить за ходом работ для обеспечения их соответствия условиям соглашения, однако осуществление такого права контроля не влечет за собой обратной передачи от частного партнера организации-заказчику строительных рисков, согласованных в договоре о ПЧП. В этих странах более подробное регулирование осуществляется в договоре о ПЧП.

1. Рассмотрение и утверждение планов строительства

80. В договорах о ПЧП рекомендуется предусмотреть процедуры, которые помогают сохранять согласованные сроки завершения работ и стоимость строительства в пределах оговоренных графиков и смет и уменьшить возможность возникновения споров между частным партнером и соответствующими публичными органами. Если законодательные положения требуют, чтобы организация-заказчик рассматривала и утверждала строительный проект, то в договоре о ПЧП следует установить процедуру и предельный срок для рассмотрения проекта и предусмотреть, что утверждение считается данным, если организация-заказчик в течение указанного срока не высказет никаких возражений. Кроме того, может оказаться полезным указать в договоре о ПЧП причины, по которым организация-заказчик может высказать возражения или потребовать внести изменения в проект, например по соображениям техники безопасности, обороны, общественной безопасности, окружающей среды или несоответствия спецификациям.

2. Изменение условий строительства

81. В ходе строительства объекта инфраструктуры часто возникают ситуации, делающие необходимым или желательным изменение определенных элементов строительства. В связи с этим организация-заказчик может пожелать сохранить за собой право требовать внесения изменений в такие элементы, как масштабы строительства, технические характеристики оборудования или материалов, которые будут использоваться при осуществлении работ или предоставлении строительных услуг, требуемых согласно спецификациям, чертежи и нормативы работ. В настоящем *Руководстве* используется термин «изменения», который обычно включает изменения в каком-либо аспекте строительных работ по сравнению с первоначальной договорной документацией. Изменения, как правило, предусмотрены договором и не влекут за собой изменения договора или внесения в него поправки. Кроме того, изменения не охватывают корректировки тарифов или пересмотр цены в результате роста издержек или колебаний валютных курсов, а также пересмотр условий платежа, хотя то или иное изменение может привести к корректировке цены на условиях, предусмотренных в договоре о ПЧП (см. пункт 140). Аналогично, пересмотр договора о ПЧП в случае существенного изменения условий, а также наличия препятствий, освобождающих от ответственности, и других оснований не считается изменением согласно настоящему *Руководству* (см. пункты 141–144 и 150–151).

82. Учитывая сложность большинства проектов в области инфраструктуры, исключить необходимость внесения изменений в строительные спецификации или другие условия проекта не представляется возможным. Однако эти изменения часто приводят к задержке сроков выполнения проекта или начала предоставления общедоступных услуг; они могут также затруднить для частного партнера исполнение договора о ПЧП. Кроме того, расходы в связи с выполнением распоряжений о внесении крупных изменений могут превысить собственные финансовые возможности частного партнера, что потребует привлечения крупного дополнительного финансирования, обеспечить которое по приемлемой стоимости может оказаться сложно. В связи с этим организации-заказчику целесообразно рассмотреть вопрос о мерах, ограничивающих возможную необходимость внесения изменений. Важное значение имеет высокое качество технико-экономических обоснований, затребованных организацией-заказчиком, и спецификаций, предоставленных в ходе процесса отбора (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 67 и 70–74), что помогает избежать внесения последующих изменений в проект.

83. В договоре о ПЧП следует указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить частному партнеру для покрытия дополнительных расходов и задержек, связанных с внесением таких изменений. В договоре о ПЧП следует также

четко определить, в какой степени частный партнер обязан вносить эти изменения и может ли он возразить против их внесения, а также указать основания таких возражений. В соответствии с договорной практикой, применяющейся в некоторых правовых системах, частный партнер может быть освобожден от своих обязательств, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел. Следует отметить, что не все изменения во всех случаях инициируются организацией-заказчиком. На практике изменения могут быть также результатом согласия организации-заказчика на осуществление предложений частного партнера, например, о внедрении более эффективных методов или материалов на этапе строительства для снижения издержек и повышения результативности работ. Для поощрения предложений о повышении эффективности или снижении издержек сторонам может быть полезно признать в договоре о ПЧП право частного партнера предлагать технические изменения при согласии организации-заказчика. Кроме того, многие страны считают правильной политику, в соответствии с которой изменения, превышающие определенную индивидуальную или совокупную стоимость, подлежат утверждению вышестоящим органом.

84. Для определения того, в каких случаях подрядчик обязан вносить изменения и требуемые коррективы в смету расходов и сроки осуществления проекта, в крупных строительных контрактах используются различные подходы к урегулированию связанных с изменениями вопросов. Такие решения могут также *mutatis mutandis* применяться в отношении изменений, запрашиваемых организацией-заказчиком согласно договору о ПЧП³. Вместе с тем следует отметить, что в случае договоров о ПЧП в области инфраструктуры платежи проектной компании представляют собой сборы, взимаемые с пользователей, или цены, устанавливаемые на продукцию, выпускаемую объектом, а не общую стоимость строительных работ. Таким образом, методы компенсации, используемые в связи с договорами о ПЧП в области инфраструктуры, иногда включают сочетание различных методов от единовременных платежей до повышения тарифов или продления срока действия договора о ПЧП. Например, может возникнуть необходимость в изменениях, которые приведут к увеличению расходов, которые частный партнер сможет покрыть или профинансировать самостоятельно и компенсировать с помощью соответствующей корректировки тарифов или платежных механизмов. Если частный партнер не может самостоятельно рефинансировать или оплатить изменения, стороны могут договориться о единовременных выплатах в качестве альтернативы дорогостоящему и сложному механизму рефинансирования. В любом случае сторонам, возможно, придется прибегнуть к прямым переговорам о пересмотре.

³ Обсуждение подходов и возможных решений, используемых в контрактах на строительство крупных промышленных объектов, см. в *Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.10), глава XXIII «Оговорки о внесении изменений».

3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля

85. В некоторых правовых системах публичные органы, приобретающие услуги по выполнению строительных работ, обычно сохраняют за собой право требовать приостановления или временного прекращения работ исходя из публичных интересов. Однако для того чтобы смягчить беспокойство потенциальных инвесторов, иногда бывает полезно ограничить возможность такого вмешательства и предусмотреть, что масштабы или продолжительность такого временного прекращения работ не могут превышать действительно необходимые значения с учетом обстоятельств, которые явились причиной требования приостановить или временно прекратить работы. Придать уверенность потенциальным инвесторам в этом отношении может определение в законодательстве событий, которые квалифицируются как соображения, связанные с публичными интересами, например экологические проблемы в крупных масштабах или создание угрозы для населения, проживающего в зоне сооружения объекта, как это предусматривается договором о ПЧП. Может также оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления или предусмотреть соответствующую компенсацию для частного партнера. Кроме того, можно предоставить гарантии выплаты компенсации частному партнеру или возмещения его убытков в результате приостановления осуществления проекта и восстановления экономической и финансовой сбалансированности договора о ПЧП после возобновления работ (см. также пункт 140 ниже и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 74–76).

86. В некоторых правовых системах объекты, сооружаемые для использования в связи с предоставлением некоторых общедоступных услуг, сразу же после завершения строительства становятся публичной собственностью (см. пункт 26). В подобных случаях законодательство часто содержит требование о том, чтобы заверченный объект был официально принят организацией-заказчиком или другим публичным органом. Такая официальная приемка обычно происходит только после инспекции заверченного объекта и получения удовлетворительных результатов на испытаниях, необходимых для установления готовности объекта к эксплуатации и его соответствия спецификациям, а также техническим требованиям и требованиям техники безопасности. Даже в тех случаях, когда официальной приемки организацией-заказчиком не требуется (например, когда объект остается в собственности частного партнера), может часто возникать необходимость в согласовании положений в отношении проведения итоговой инспекции и одобрения проведенных строительных работ организацией-заказчиком для обеспечения соблюдения норм, касающихся здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. В договоре о ПЧП следует в деталях описать характер приемочных испытаний или инспекции заверченного объекта; график испытаний (например, будет, возможно, целесообразно проводить через определенные периоды времени частичные испытания вместо одного итогового

испытания в конце строительства); последствия непрохождения испытаний объектом; и ответственность за обеспечение ресурсов для проведения испытаний, в частности за использование независимых инженерно-консультационных услуг для проведения испытаний, и покрытие соответствующих расходов. В некоторых странах было признано целесообразным разрешать ввод объекта в эксплуатацию на временной основе до подписания заключительного акта приемки организацией-заказчиком и предоставить частному партнеру возможность исправить дефекты, которые могут быть обнаружены на этой стадии.

4. Гарантийный срок

87. Заключаемые частным партнером контракты на строительство обычно предусматривают гарантии качества, согласно которым подрядчики принимают на себя ответственность за любые дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации на сдаваемый объект, причем предусматриваются однако и разумные исключения (например, обычный износ или ошибки частного партнера в материально-техническом обслуживании или эксплуатации объекта). Законодательные положения или общие принципы применимого права могут также устанавливать дополнительную ответственность, например специальный более длительный срок ответственности за строительные дефекты объекта, который предусматривается в некоторых правовых системах. В договоре о ПЧП следует предусмотреть, что окончательное одобрение или заключительная приемка объекта организацией-заказчиком не будет освобождать строительных подрядчиков от любой ответственности за дефекты объекта и за неточности или неполноту технических документов, которая может возникнуть согласно контрактам на строительство или применимому праву.

I. Эксплуатация инфраструктуры

88. После завершения этапа строительства исчезает один из наиболее значительных рисков, связанных с ПЧП, — риск незавершения реализации проекта (см. пункт 78 и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 30–32). Таким образом, в договоре о ПЧП строительным компаниям нередко предоставляется возможность выйти из проектной компании в конце первого этапа (см. пункт 74).

89. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в договоре о ПЧП. Помимо этого, особенно в области электроэнергетики, водоснабжения, канализации и общественного транспорта организация-заказчик или независимое регулирующее учреждение могут осуществлять надзор за эксплуатацией объекта. Подробное обсуждение правовых вопросов,

касающихся условий эксплуатации объектов инфраструктуры, выходит за рамки настоящего *Руководства*. В связи с этим в последующих пунктах приводится лишь краткое изложение некоторых основных вопросов.

90. Нормативные положения, касающиеся регулирования эксплуатации инфраструктуры, и юридические требования, предъявляемые к предоставлению общедоступных услуг, направлены на достижение различных целей, представляющих публичный интерес. С учетом того, что проекты в области инфраструктуры являются обычно долгосрочными, в течение срока действия договора о ПЧП в такие положения и требования, возможно, потребуется внести изменения. Соответственно изменения, запрашиваемые организацией-заказчиком или иным образом согласованные сторонами на этапе эксплуатации, могут быть более существенными, чем на этапе строительства. Они будут иметь особое значение и будут прорабатываться весьма подробно в тех проектах, в которых частный партнер предоставляет услуги или товары конечным пользователям, как, например, в концессионных ПЧП. Однако важно помнить о потребности частного сектора в стабильной и предсказуемой нормативной основе регулирования. Изменения в регулятивных положениях или частое введение новых и более жестких правил могут негативно сказаться на осуществлении проекта и подорвать его финансовую жизнеспособность. Поэтому, хотя стороны и могут согласовать договорные условия для противодействия неблагоприятным последствиям будущих изменений нормативных положений (см. пункты 131–134), регулирующим учреждениям или правительству, в зависимости от обстоятельств, рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Технические стандарты и стандарты обслуживания

91. Поставщики общедоступных услуг обычно должны соблюдать целый ряд технических стандартов и стандартов обслуживания. В большинстве случаев такие стандарты являются слишком подробными для включения в законодательство, и поэтому они могут устанавливаться в принятых во исполнение этого законодательства указах, постановлениях и других документах. Как правило, в законодательстве следует оговорить принципы, которыми следует руководствоваться при разработке подробных стандартов, или требование о соблюдении международных стандартов, таких как стандарты эффективности Международной финансовой корпорации⁴ (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункт 49). Стандарты обслуживания часто подробно указываются в рамках требований организации-заказчика, которые были доведены до сведения участников торгов в ходе процедуры принятия

⁴ Международная финансовая корпорация, стандарты эффективности, размещены по адресу <https://www.ifc.org/>.

решения заключить договор (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 70–74) и которые также впоследствии отражаются в самом договоре о ПЧП. Они включают стандарты качества, такие как требования в отношении чистоты и напора воды; предельные сроки для осуществления ремонта; лимиты на количество сбоев или жалоб; своевременность оказания транспортных услуг; непрерывность снабжения; и стандарты в социальной сфере и в области охраны окружающей среды и охраны труда, здравоохранения и техники безопасности.

92. Организация-заказчик, как правило, сохраняет за собой право следить за соблюдением проектной компанией эксплуатационных стандартов, установленных в порядке регулирования. Частный партнер будет заинтересован в том, чтобы, по мере возможности, избежать любого приостановления эксплуатации объекта и защитить себя от последствий такого приостановления. Он будет стремиться получить гарантии того, что использование организацией-заказчиком своих полномочий по контролю или регулированию не приведет к необоснованному нарушению или приостановлению эксплуатации объекта и не повлечет за собой необоснованных дополнительных издержек для частного партнера.

2. Расширение услуг

93. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся предоставлением некоторых основных услуг по правительственному договору о ПЧП, например, снабжением электроэнергией или питьевой водой общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую разумным потребностям этой общины или территории. Такая обязанность часто обуславливается не только историческим спросом, сложившимся на момент принятия решения о заключении договора о ПЧП, но и подразумевает обязательство учитывать темпы роста обслуживаемой общины или территории и постепенно расширять систему в соответствии с возможным изменением разумного спроса общины или территории. В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер общественного долга, на который может сослаться любой житель соответствующей общины или территории. В других правовых системах она носит характер установленного законом или договорного обязательства, выполнение которого, в зависимости от конкретных обстоятельств, может быть обеспечено в принудительном порядке организацией-заказчиком или регулирующим учреждением.

94. В некоторых правовых системах такое обязательство не является ни абсолютным, ни безусловным. Обязанность частного партнера расширять сеть предоставляемых услуг может зависеть от различных факторов, таких как необходимость и стоимость расширения и доходы, которые могут быть получены в результате такого расширения; финансовое положение частного партнера; публичная заинтересованность в осуществлении такого расширения; и масштабы

обязательств, которые принимает на себя частный партнер в этой связи по договору о ПЧП. В некоторых правовых системах частный партнер иногда обязан расширять свою сеть по оказанию услуг, даже если то или иное конкретное расширение не является прибыльным в ближайшей перспективе или даже если в результате проведенного расширения территория, на которой действует частный партнер, может в итоге охватить неприбыльные районы. В то же время в отношении этого обязательства устанавливается ряд ограничений, поскольку частный партнер не обязан производить расширения, которые накладывают на него или его клиентов чрезмерное бремя. В зависимости от конкретных обстоятельств расходы в связи с расширением сети по оказанию услуг могут покрываться самим частным партнером, компенсироваться за счет клиентов или конечных пользователей в результате повышения тарифов или введения специальных сборов или же полностью или частично покрываться организацией-заказчиком или другим публичным органом путем предоставления субсидий или грантов. С учетом разнообразия факторов, которые могут быть приняты во внимание для оценки степени целесообразности любого конкретного расширения, желательно оговорить в договоре о ПЧП те обстоятельства, при которых от частного партнера может потребоваться расширение его сети по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

3. Непрерывный характер предоставления услуг

95. Еще одной обязанностью поставщиков общедоступных услуг является обеспечение непрерывного предоставления услуг в большинстве обстоятельств, за исключением случаев наступления событий, освобождающих от ответственности, причем круг таких событий определяется весьма узко (см. также пункты 146–148). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не оговорено в договоре о ПЧП. Следствием этого правила в тех правовых системах, в которых оно закреплено, является то, что различные обстоятельства, которые, согласно обычным принципам договорного права, могут позволить стороне договора приостановить или прекратить выполнение ее обязанностей, например, в случае экономических трудностей или нарушения условий другой стороной, не могут использоваться частным партнером в качестве основания для приостановления или прекращения общедоступных услуг, будь то в полном объеме или частично. В некоторых правовых системах организация-заказчик может даже обладать специальными принудительными полномочиями, позволяющими ей заставить частного партнера продолжать оказывать услуги в случае неправомерного прекращения.

96. Эта обязанность также регулируется общим правилом разумной обоснованности. Различные правовые системы признают право частного партнера на спра-

ведливую компенсацию за продолжение оказания услуг в сложных экономических ситуациях (см. пункт 153). Кроме того, в некоторых правовых системах указывается, что от поставщика общедоступных услуг нельзя требовать продолжения оказания услуг, если соответствующая деятельность является в целом убыточной. В тех случаях, когда предприятие общественного пользования в целом, а не одно или несколько его отделений или территорий, перестает быть прибыльным, частный партнер может получить право на прямую компенсацию от организации-заказчика или, в качестве альтернативы, на прекращение договора о ПЧП. Однако для такого прекращения, как правило, требуется согласие со стороны организации-заказчика или судебное решение. В правовых системах, в которых такой порядок допускается, целесообразно уточнить в договоре о ПЧП те исключительные обстоятельства, которые могут оправдывать приостановление оказания услуг или даже освобождать частного партнера от обязанностей по договору о ПЧП (см. пункты 145–154, а также главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункт 37).

4. Равное отношение к клиентам или пользователям

97. На предприятия, которые предоставляют определенные услуги населению, в некоторых правовых системах накладывается особая обязанность обеспечивать услуги для всех пользователей и клиентов, попадающих под одну и ту же категорию, практически на одинаковых условиях. Однако в этих правовых системах признается дифференциация, основанная на разумной и объективной классификации клиентов и пользователей, в той мере, в которой аналогичные услуги предоставляются клиентам и пользователям, осуществляющим аналогичные операции при аналогичных обстоятельствах. Установление различных цен или неодинаковых условий доступа для различных категорий пользователей (например, для бытовых потребителей, с одной стороны, и коммерческих или промышленных пользователей — с другой) может быть, таким образом, совместимо с принципом равного отношения при условии, что дифференциация основана на объективных критериях и отражает действительные различия в положении потребителей или условиях, при которых им предоставляются услуги. Тем не менее если различия в плате или других условиях оказания услуг основаны на фактических различиях в предоставляемых услугах (например, более высокая плата за услуги, предоставляемые в часы пикового потребления), то они, как правило, должны быть соизмеримыми с величиной этих различий.

98. Помимо дифференциации, устанавливаемой самим частным партнером, различные режимы в отношении определенных пользователей или клиентов могут обуславливаться законодательными решениями. Во многих странах закон предусматривает, что определенные услуги должны предоставляться некоторым категориям пользователей и клиентов на особо благоприятных условиях, например в случае льготного транспорта для школьников и престарелых или снижен-

ных ставок за воду или электроэнергию для малоимущих или сельских пользователей. Поставщики общедоступных услуг могут компенсировать это бремя или расходы различными способами, в том числе с помощью правительственных субсидий, фондов и других официальных механизмов, создаваемых для распределения финансового бремени по выполнению этих обязанностей между всеми поставщиками общедоступных услуг, или через посредство перекрестного субсидирования за счет других более прибыльных услуг (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 68–70).

5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры

99. Компании, занимающиеся эксплуатацией сетей инфраструктуры в таких секторах, как железнодорожный транспорт, телекоммуникации, электро- или газоснабжение, в некоторых случаях обязаны предоставлять доступ к своим сетям другим компаниям. Это требование может оговариваться в договоре о ПЧП или закрепляться в законах или регулятивных актах по отдельным секторам. В одних секторах инфраструктуры требования в отношении подключения и доступа введены в качестве дополнения к структурным реформам в соответствующем секторе, а в других они были приняты в целях развития конкуренции в секторах, которые остаются полностью или частично интегрированными (краткую информацию по вопросам рыночной структуры см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 27–47).

100. От операторов сетей часто требуется обеспечивать доступ на условиях, которые являются справедливыми и недискриминационными с финансовой и технической точек зрения. Недискриминация подразумевает, что новый участник или поставщик услуг должен иметь возможность пользоваться инфраструктурой оператора сети на условиях, которые не могут быть менее благоприятными, чем те, которые предоставляются оператором сети своим собственным службам или службам конкурирующих поставщиков. Следует однако отметить, что во многих случаях режимы, регулирующие доступ к трубопроводам, не требуют, например, создания абсолютно равных условий для транспортировщика и конкурирующих пользователей. Обязанность в отношении предоставления доступа может оговариваться теми или иными условиями. Например, она может ограничиваться лишь незагруженными мощностями или обусловлена предоставлением разумных (а не на равных) условий.

101. Хотя цена за предоставление доступа, как правило, устанавливается с учетом фактических расходов, регулирующие учреждения часто сохраняют за собой право контролировать соответствующие тарифы, с тем чтобы они были достаточно высокими для обеспечения надлежащих стимулов для инвестиций в требуемую инфраструктуру и достаточно низкими для предоставления новым участникам возможности вести конкуренцию на справедливых условиях. Если

оператор сети оказывает услуги в условиях конкуренции с другими поставщиками, может потребоваться отдельный бухгалтерский учет по каждому из его направлений деятельности, с тем чтобы определить фактическую стоимость использования сети или ее отдельных частей третьими сторонами.

102. Технические условия доступа могут иметь столь же важное значение, и от операторов сети может потребоваться приспособление их сетей к удовлетворению потребностей новых участников в доступе. Доступ может предоставляться к сети в целом или к отдельным ее частям или сегментам (которые иногда также называются узловыми или важными объектами). Многие правительства разрешают поставщикам услуг создавать свою собственную инфраструктуру или использовать альтернативную инфраструктуру, если таковая имеется. В таких случаях поставщику услуг может потребоваться только доступ к небольшой части сети, и, согласно многим правилам, его нельзя заставить платить более высокую цену, чем та, которая соответствует стоимости использования конкретного объекта, в котором он нуждается; речь может идти, например, об абонентском шлейфе в сетях связи, пропускных мощностях для энергоснабжения или использовании определенного путевого участка при железнодорожных перевозках.

6. Требования в отношении предоставления информации и обязательство по обеспечению прозрачности

103. Во многих странах законодательство налагает на поставщиков общедоступных услуг обязанность представлять регулирующему учреждению точную и своевременную информацию о своих операциях и наделяет такие учреждения специальными правами по обеспечению соблюдения этого требования. К их числу могут относиться права на направление запросов и проведение аудиторских проверок, включая тщательные аудиторские проверки показателей исполнения и соблюдения соответствующих норм, право налагать санкции на компании, отказывающиеся от сотрудничества, и право устанавливать запреты или возбуждать штрафные процедуры, направленные на обеспечение представления информации.

104. Поставщики общедоступных услуг, как правило, обязаны вести финансовые счета и ведомости и предоставлять их в распоряжение регулирующего учреждения, а также составлять подробную калькуляцию издержек, которая позволит регулирующему учреждению отдельно контролировать различные аспекты деятельности компании. Может также требоваться тщательная проверка финансовых операций в отношениях между частным партнером и его дочерними компаниями, поскольку частные партнеры могут попытаться перевести доходы в нерегулируемые предприятия или иностранные филиалы. У самих операторов инфраструктуры также могут иметься требования в отношении подробной технической и производственной отчетности. В то же время, как пра-

вило, важно установить разумные пределы в отношении степени детализации и типа информации, которую должны предоставлять операторы инфраструктуры. Кроме того, необходимо принять надлежащие меры для обеспечения конфиденциальности любой защищенной правами собственности информации, которую частный партнер и его дочерние компании могут представить регулирующему учреждению. Помимо информации, которую частный партнер может быть обязан представлять организации-заказчику или регулирующим учреждениям для обеспечения прозрачности и обоснованности платежей частному партнеру, организации-заказчики могут быть сами обязаны раскрывать общественности информацию о некоторых элементах оценки эффективности (см. пункт 52, а также главу III «Решение заключить договор», пункт 15).

7. Права частного партнера по обеспечению исполнения договора

105. В странах с устоявшимися традициями в отношении решений о заключении договоров о ПЧП для предоставления общедоступных услуг частный партнер может быть уполномочен устанавливать правила, предназначенные для облегчения предоставления услуги (например, инструкции для пользователей или правила техники безопасности), принимать разумные меры для обеспечения соблюдения этих правил и приостанавливать предоставление услуги в чрезвычайных обстоятельствах или по соображениям безопасности. С этой целью в большинстве правовых систем может действовать требование о том, чтобы такие полномочия были предусмотрены в общем законодательстве или чтобы законодательный орган наделял ими частного партнера в каждом конкретном случае. Объем полномочий, предоставляемых частному партнеру, обычно определяется в договоре о ПЧП и может подробно не оговариваться в законодательных актах. Возможно, будет целесообразно предусмотреть, что эти правила вступают в силу после их утверждения, в зависимости от конкретных обстоятельств, регулирующим учреждением или организацией-заказчиком. Однако право утверждать предложенные частным партнером эксплуатационные правила не должно являться дискреционным, и частный партнер должен иметь право обжаловать решение об отказе в утверждении предложенных правил (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 56 и 57).

106. Особую важность представляет вопрос о возможности частного партнера прекратить предоставление услуг в результате неисполнения или несоблюдения правил со стороны пользователей, несмотря на общую обязанность обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты 95 и 96). Во многих правовых системах признается, что предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, могут устанавливать правила, предусматривающие прекращение предоставления услуг потребителю или пользователю, который не платит за предоставленные услуги или который серьезно нарушил условия, касающиеся

пользования услугами, и принимать меры по обеспечению соблюдения этих правил. Это право зачастую считается важнейшим условием для предотвращения злоупотреблений и обеспечения экономической жизнеспособности деятельности по оказанию услуг. Однако с учетом жизненной важности некоторых видов общедоступных услуг в некоторых правовых системах для наделения такими правами может требоваться санкция законодательных органов. Кроме того, применительно к осуществлению этих полномочий может предусматриваться ряд прямо оговоренных или подразумеваемых ограничений или условий, таких как специальные требования об уведомлении и специальные средства защиты потребителей. Дополнительные ограничения и условия могут вытекать из применения общих правил, касающихся защиты потребителей (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 50 и 51).

J. Общие договорные механизмы

107. В настоящем разделе рассматриваются отдельные договорные механизмы, которые, как правило, встречаются в договорах о ПЧП в различных секторах и которые часто отражаются в стандартных договорных условиях, используемых национальными организациями-заказчиками. Рассматриваемые в настоящем разделе механизмы, хотя они по своей сути и являются в основном договорными, могут обуславливать некоторые важные последствия для законодательства принимающей страны с учетом существующей в ней особой правовой системы.

1. Субподряды

108. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, для выполнения некоторых видов или основного объема строительных работ по договору о ПЧП частный партнер, как правило, привлекает услуги одного или нескольких строительных подрядчиков. На эксплуатационном этапе проекта частный партнер может также пожелать прибегнуть к услугам подрядчиков, имеющих опыт работы в области эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры. В законодательстве некоторых стран в целом признается право частного партнера заключать контракты, необходимые для выполнения строительных работ. В других странах, где действуют положения, ограничивающие возможности правительственных подрядчиков заключать субподряды, может оказаться весьма полезным включить в законодательство положения, признающие за частным партнером такое право. В зависимости от вида объекта, сооружаемого или эксплуатируемого по договору о ПЧП, организация-заказчик может пожелать узнать, кто именно занимается осуществлением договорных работ или предоставлением услуг на строительных площадках или кто работает в зданиях, на объектах инфраструктуры или в районах (например, в зданиях

муниципалитета, муниципальных школах, на спортивных объектах, в портах или на автомагистралях), находящихся в ведении или под контролем организации-заказчика.

а) Выбор субподрядчиков

109. В некоторых странах право частного партнера нанимать субподрядчиков ограничивается правилами, предписывающими использование торгов или аналогичных процедур для выдачи субподрядов поставщиками общедоступных услуг. Во многих случаях такие законодательные положения устанавливались в тот период, когда эксплуатация объектов инфраструктуры осуществлялась главным образом или исключительно правительством при незначительном участии частного сектора или практически без его участия. Цель этих законодательных положений состояла в том, чтобы обеспечить экономичное, эффективное, объективное и прозрачное использование публичных средств. Однако в случае ПЧП такие положения могут оттолкнуть потенциальных инвесторов, поскольку спонсоры проектов могут счесть эти правила слишком обременительными или ограничивающими их свободу при найме субподрядчиков.

110. Независимо от наличия или отсутствия таких явных ограничений свобода выбора частным партнером своих субподрядчиков все же не является неограниченной. Во всех случаях, будь то процесс торгов или этап строительства, на основного подрядчика возлагается обязанность раскрывать информацию о субподрядчиках. В некоторых странах частный партнер должен указывать в своем предложении тех подрядчиков, к услугам которых он собирается прибегнуть, включая информацию об их технических возможностях, финансовом положении и корпоративном управлении (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 77). Другие страны либо требуют, чтобы такая информация представлялась во время заключения договора о ПЧП, либо распространяют на такие договоры процедуры предварительного рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком. Прозрачность в субподрядной цепочке служит различным целям. Организация-заказчик заинтересована в получении информации о субподрядчиках и заверений относительно выполнения ими всех применимых обязательств в областях природоохранного, социального и трудового права, а также мер регулирования, предписанных учреждениями по проведению трудовых инспекций или по охране окружающей среды. Раскрытие информации о субподрядчиках также позволит организации-заказчику удостовериться, что сами субподрядчики никоим образом не станут причиной отстранения частного партнера от участия в торгах на получение договора о ПЧП. Благодаря этому компании, отстраненные от участия в торгах на заключение договора о ПЧП (например, в связи с нарушениями законов по борьбе с коррупцией или отмыванием денег, см. главу III «Решение заключить договор», пункт 39), не смогут обходить эти нормативные ограничения и незаконно получать выгоду от публичного контракта. Прозрачность в субподрядной цепочке также поможет предотвратить коллизии

интересов организации-заказчика и субподрядчиков, например в тех случаях, когда лица или компании, находящиеся в нежелательных непрямых отношениях с агентами организации-заказчика, владеют акциями компании-субподрядчика или заинтересованы иным образом в операциях этой компании. Возможны также коллизии интересов проектной компании и ее акционеров, а этот аспект, как правило, представляет интерес и для кредиторов, которые могут пожелать удостовериться в том, что проектная компания не переплачивает своим подрядчикам. В любом случае, если будет сочтено необходимым, чтобы организация-заказчик имела право рассматривать и утверждать субподряды, выданные проектной компанией, в договоре о ПЧП должны четко указываться цель таких процедур рассмотрения и утверждения и условия, при которых организация-заказчик может не утвердить субподряды. Как правило, объем предоставляемых организации-заказчику полномочий по осуществлению контроля ограничен, а субподряды не утверждаются только в том случае, если в них содержатся положения, явно противоречащие публичным интересам (например, предусматривающие выплату завышенных сумм субподрядчикам, необоснованно ограничивающие ответственность или указывающие на коррупцию), или субподрядчики не соблюдают носящие публично-правовой характер императивные нормы, применяющиеся в принимающей стране в отношении ПЧП (например, международное или национальное природоохранное, социальное и трудовое законодательство). Иными словами, необходимо, чтобы любые ограничения, налагаемые на публичный орган при выборе частного партнера, применялись и к частному партнеру при выборе субподрядчиков.

b) Применимое право

111. Частный партнер и его подрядчики обычно выбирают то право, которое им знакомо и которое, по их мнению, надлежащим образом регулирует вопросы, отраженные в их контрактах. В зависимости от вида контракта могут возникать различные вопросы, касающиеся оговорок о применимом праве. Например, договоры о поставке оборудования и другие договоры могут заключаться с иностранными компаниями, и стороны, возможно, пожелают выбрать знакомое им право, которое, например, обеспечивает надлежащий гарантийный режим в случае отказа оборудования или его несоответствия условиям договора. В свою очередь частный партнер, возможно, согласится на применение права принимающей страны в отношении договоров, заключаемых с местными клиентами.

112. Внутреннее специальное законодательство по вопросам ПЧП редко содержит положения, касающиеся выбора права, регулирующего контракты, заключаемые частным партнером. Так, большинство стран не нашли достаточных оснований для принятия специальных положений, касающихся права, регулирующего контракты между частным партнером и его подрядчиками. Таким образом, в большинстве стран эти контракты регулируются правом, применимым к сторонам в соответствии с оговорками о выборе права, включенными в договор,

или применимыми нормами частного международного права. Следует, однако, отметить, что применительно к свободе выбирать право, применимое к контрактам или другим юридическим взаимоотношениям, в ряде правовых систем предусматриваются условия и ограничения в соответствии с нормами частного международного права или некоторыми нормами публичного права принимающей страны. Например, государства — участники некоторых соглашений о региональной экономической интеграции обязались принять унифицированные положения частного международного права, регулирующие, в том числе, контракты между поставщиками общедоступных услуг и их подрядчиками. Хотя нормы частного международного права часто допускают значительную свободу выбора в отношении права, регулирующего коммерческие контракты, эта свобода в ряде стран ограничивается применительно к контрактам и юридическим взаимоотношениям, которые не квалифицируются как коммерческие, например применительно к некоторым контрактам, заключаемым публичными органами принимающей страны (например в том, что касается гарантий и заверений со стороны правительства или обязательств о приобретении электроэнергии и поставках топлива со стороны публичного органа), или к контрактам с потребителями. Выбор иностранного права в контрактах между частным партнером и его субподрядчиками не должен освобождать их от обязательства соблюдать императивные нормы страны, регулирующие строительство или эксплуатацию объекта (например, законы и нормативные акты, касающиеся окружающей среды, условий труда, техники безопасности или общественной безопасности).

113. В некоторых случаях во внутреннее законодательство в порядке уточнения включались положения о том, что контракты, заключаемые частным партнером и его подрядчиками, регулируются частным правом и что подрядчики не являются агентами организации-заказчика. Подобные положения в ряде стран могут иметь определенные практические последствия, такие как отсутствие у организации-заказчика субсидиарной ответственности за действия субподрядчиков или отсутствие у соответствующего публичного предприятия обязанности выплатить работникам субподрядчиков компенсацию за связанные с трудовой деятельностью заболевания, травму или смерть.

2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон

114. Дефекты в конструкции или ненадлежащая эксплуатация объекта инфраструктуры могут привести к гибели или травмам персонала частного партнера, пользователей объекта или других третьих сторон или же к причинению ущерба их имуществу. Вопросы, связанные с возмещением ущерба третьим сторонам в подобных случаях, являются сложными и могут подчиняться не нормам права, применимого к договору о ПЧП и регулиующему вопросы ответственности из договора, а применимым юридическим нормам, регулиующим вопросы вне-

договорной ответственности, причем такие нормы часто носят императивный характер. Кроме того, в некоторых правовых системах имеются специальные императивные нормы, которые регулируют вопросы внедоговорной ответственности публичных органов и которые могут распространяться на организацию-заказчика, в частности в тех случаях, когда ПЧП реализуется в сфере общедоступных услуг. Более того, договор о ПЧП не может ограничивать ответственность частного партнера или организации-заказчика применительно к компенсации третьим сторонам, не являющимся сторонами договора о ПЧП. В силу этого организации-заказчику и частному партнеру целесообразно предусмотреть внутренний порядок распределения рисков между ними в отношении компенсации, которая должна выплачиваться третьим сторонам в результате смерти, травмы или ущерба имуществу, в той мере, в которой такое распределение не регулируется императивными нормами. Сторонам также целесообразно предусмотреть страховое покрытие таких рисков (см. пункты 128 и 129).

115. Если третьей стороне нанесена травма или причинен ущерб ее имуществу в результате сооружения или эксплуатации объекта и если она предъявляет требование организации-заказчику, то законодательство может предусматривать, что любая ответственность в этой связи должна лежать только на частном партнере и что организация-заказчик не должна нести какой-либо ответственности в отношении таких требований третьих сторон, за исключением случаев, когда ущерб был причинен в результате серьезного нарушения обязательств организацией-заказчиком или ее небрежности. В частности, было бы, возможно, полезно предусмотреть, что акт одобрения проектно-конструкторского решения объекта или его спецификаций организацией-заказчиком или акт приемки сооруженного объекта или окончательного разрешения на его эксплуатацию или использование населением сам по себе не влечет принятия на себя организацией-заказчиком какой-либо ответственности за ущерб, причиненный пользователям объекта или другим третьим сторонам в результате сооружения или эксплуатации объекта или недостатков утвержденного проектно-конструкторского решения или спецификаций. Кроме того, поскольку в соответствии с применимым правом положения о распределении ответственности могут не иметь исковой силы в отношении третьих сторон, будет, возможно, целесообразно предусмотреть в договоре о ПЧП, что организация-заказчик должна быть защищена и освобождена от ответственности в том, что касается требований о компенсации, заявленных третьими сторонами, которым были нанесены травмы или собственности которых был причинен ущерб в результате сооружения или эксплуатации объекта инфраструктуры.

116. В договоре о ПЧП следует также предусмотреть, что стороны должны информировать друг друга о любых требованиях или процессуальных действиях или о любых ожидаемых требованиях или процессуальных действиях в их отношении, применительно к которым организация-заказчик имеет право на освобождение от ответственности, и должны предоставлять друг другу разумную

помощь в защите от таких требований или процессуальных действий в той мере, в которой это допускается законом страны, где возбуждаются такие действия.

3. Гарантии исполнения и страхование

117. Обязательства частного партнера обычно подкрепляются предоставлением тех или иных гарантий исполнения на случай нарушения обязательств и обеспечением страхового покрытия ряда рисков, возникающих на этапе строительства (см. пункты 77–87) и эксплуатации (см. пункты 88–106). В некоторых странах закон обычно требует предоставления частным партнером надлежащих гарантий исполнения, а вопрос о подробной регламентации этого требования оставляется на урегулирование в договорах о ПЧП. В других странах законодательство содержит более детальные положения, например требующие предоставления определенных гарантий в размере указанной процентной доли базовых инвестиций.

а) Виды, функции и характер гарантий исполнения

118. Как правило, существуют два вида гарантий исполнения. Согласно первому виду — денежной гарантии исполнения — гарант обязуется выплатить организации-заказчику денежные средства в пределах заранее оговоренной суммы для покрытия финансовой ответственности частного партнера в случае неисполнения со стороны последнего. Денежные гарантии исполнения могут иметь форму договорной гарантии, резервного аккредитива или гарантии по требованию⁵. В соответствии со вторым видом гарантий — обязательством по обеспечению исполнения — гарант выбирает один из двух следующих вариантов: *а)* самостоятельно исправить строительные дефекты или закончить незавершенное строительство; либо *б)* привлечь другого подрядчика для исправления дефектов или окончания незавершенного строительства и выплатить организации-заказчику компенсацию за убытки, причиненные неисполнением. В стоимостном выражении такое обязательство ограничено обусловленной суммой или определенной долей стоимости договора. В соответствии с обязательством по обеспечению исполнения гарант часто оставляет за собой возможность исполнить свое обязательство только путем выплаты организации-заказчику соответствующей денежной суммы. Обязательства по обеспечению исполнения, как правило, выдаются специализирующимися на гарантиях учреждениями, такими как гарантийные и страховые компании. Особым видом обязательства по обеспечению исполнения является гарантия обслуживания, которая защищает организацию-заказчика от возможных будущих сбоев, которые могут произойти

⁵ Дополнительную информацию о гарантиях по требованию см. в Единообразных правилах Международной торговой палаты для гарантий по требованию (RUGD 758), пересмотренных в 2010 году и одобренных ЮНСИТРАЛ на ее сорок четвертой сессии; Генеральная Ассамблея, *Официальные отчеты, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (пункты 247–249).

в период пуска или эксплуатации объекта, и служит гарантией того, что любые ремонтные работы или работы по материально-техническому обслуживанию в течение гарантийного периода после завершения строительства объекта будут осуществлены частным партнером и за его счет.

119. Что касается их характера, то гарантии исполнения в целом могут быть разделены на независимые гарантии и акцессорные гарантии. Гарантия считается независимой, если обязательство гаранта не связано с обязательствами частного партнера по договору о ПЧП. В соответствии с независимой гарантией (которая часто называется гарантией по первому требованию) или резервным аккредитивом гарант или эмитент обязаны осуществить платеж по требованию бенефициара, и последний имеет право на его получение, если он представит документ или документы, указанные в условиях такой гарантии или резервного аккредитива. Такой документ может иметь вид простого заявления бенефициара о том, что подрядчик не исполнил свои обязательства по контракту. Гарант или эмитент не вправе удерживать платеж по той причине, что в действительности никакого неисполнения обязательств по основному контракту не имело места; в то же время, в соответствии с правом, применимым к гарантийному документу, в платеже в исключительных случаях при узко определенных условиях может быть отказано или он может быть задержан (например, когда требование бенефициара носит явно мошеннический характер). В отличие от этого гарантия является акцессорной, если обязательство гаранта предусматривает не только простое изучение документарного требования платежа, но и возможную оценку доказательств ответственности подрядчика за неисполнение контракта на производство работ. Характер этой связи в различных гарантиях может варьироваться и включать необходимость доказывания ответственности подрядчика в арбитражном порядке. По своей сути обязательство по обеспечению исполнения носит акцессорный характер по отношению к основному контракту.

б) Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения

120. С точки зрения организации-заказчика денежные гарантии исполнения могут быть особенно полезными для покрытия дополнительных расходов, которые она может понести в результате задержки исполнения или нарушения обязательств частным партнером. Денежные гарантии исполнения могут также служить инструментом оказания давления на частного партнера для обеспечения своевременного завершения строительства и исполнения других взятых им на себя обязательств в соответствии с условиями договора о ПЧП. Однако сумма таких гарантий, как правило, составляет лишь часть экономической стоимости гарантированного обязательства и обычно является недостаточной для покрытия расходов по привлечению третьей стороны к выполнению работ вместо частного партнера или его подрядчиков.

121. С точки зрения организации-заказчика гарантия по первому требованию имеет то преимущество, что она обеспечивает быстрое возмещение средств по гарантии без представления доказательств неисполнения со стороны подрядчика или размера убытков бенефициара. Кроме того, гаранты, предоставляющие денежные гарантии исполнения, в особенности банки, предпочитают гарантии по первому требованию, поскольку в них четко указаны условия, при которых возникает их ответственность по осуществлению платежа. Таким образом, гаранты не участвуют в спорах между организацией-заказчиком и частным партнером по вопросу о том, имело ли место неисполнение по договору о ПЧП. Еще одно преимущество выдачи банком гарантии по первому требованию связано с возможностью быстрого и эффективного возмещения сумм, выплаченных по этой гарантии, благодаря наличию прямого доступа к активам частного партнера.

122. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива с точки зрения организации-заказчика состоит в том, что эти инструменты могут увеличить общие расходы по проекту, поскольку частный партнер обычно вынужден отыскивать и резервировать крупные суммы для контргарантий в пользу учреждений, выдающих гарантии по первому требованию или резервные аккредитивы. Кроме того, частный партнер, который предоставляет такую гарантию, может пожелать застраховаться от риска, связанного с выплатой организации-заказчику возмещения по гарантии или резервному аккредитиву, когда на деле никакого нарушения со стороны частного партнера не было, и стоимость такого страхования включается в расходы по проекту. Частный партнер может также включить в расходы по проекту потенциальные издержки в связи с любым иском, который может потребоваться возбудить в отношении организации-заказчика для возврата необоснованно востребованной с него суммы.

123. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива с точки зрения частного партнера состоит в том, что при получении организацией-заказчиком возмещения в случае, когда неисполнения со стороны частного партнера не было, последний понесет немедленные убытки, если гарант или эмитент аккредитива взыщет причитающееся ему возмещение из активов частного партнера после осуществления платежа организации-заказчику. Частный партнер может также столкнуться с трудностями и задержками в связи с возмещением организацией-заказчиком необоснованно востребованной суммы.

124. Условия акцессорной гарантии, как правило, требуют от бенефициара доказать факт неисполнения обязательств подрядчиком и размеры убытков, понесенных бенефициаром. Кроме того, возражения, имеющиеся у должника, которому предъявлено требование за неисполнение обязательств, имеются и у гаранта. Соответственно существует риск того, что организация-заказчик, заявляющая требование по гарантии, будет втянута в продолжительный спор. На практике такой риск может быть сокращен, например если предъявление

требований по условиям гарантии будет регулироваться процедурой, аналогичной той, которая предусматривается в статье 7 (i), (j) Унифицированных правил для договорных гарантий, разработанных Международной торговой палатой⁶. Статья 7 (i), (j) Унифицированных правил предусматривает, что независимо от спора между принципалом и бенефициаром относительно исполнения договора или любого договорного обязательства для целей платежа по требованию по договорной гарантии факт неисполнения считается установленным по выдаче сертификата неисполнения третьей стороной (которой, без каких-либо ограничений, может быть независимый архитектор, или инженер, или рефери), если это предусмотрено гарантией, и по вручении такого сертификата или его заверенной копии гаранту. При использовании такой процедуры организация-заказчик может иметь право на получение платежа в случае наступления указанного в договорной гарантии события, даже несмотря на то, что ее право на такой платеж оспаривается частным партнером.

125. По причине менее высокого риска для гаранта денежный предел ответственности гаранта может быть значительно выше, чем при гарантии по первому требованию, и тем самым гарантия будет охватывать гораздо более значительную часть работ по договору о ПЧП. Обязательство по обеспечению исполнения может также иметь преимущества в том случае, если организация-заказчик не может сама эффективно организовать устранение дефектов или завершение строительства и вынуждена обратиться для этого за помощью к третьей стороне. Вместе с тем, если строительство связано с использованием технологии, известной только частному партнеру, устранение дефектов или завершение работ третьей стороной может оказаться невозможным, и в этом случае обязательство по обеспечению исполнения может не иметь вышеуказанного преимущества по сравнению с денежной гарантией исполнения. С точки зрения частного партнера преимущество акцессорных гарантий заключается в том, что они не снижают возможности частного партнера по заимствованию, поскольку эти гарантии, в отличие от гарантий по первому требованию и резервных аккредитивов, не влияют на кредитную линию частного партнера у кредиторов.

126. На основе вышеизложенных соображений можно сделать вывод о том, что различные обязательства, принимаемые на себя частным партнером, могут эффективно обеспечиваться различными видами гарантий. Хотя целесообразно потребовать от частного партнера предоставления надлежащих гарантий исполнения обязательств, желательно оставить на усмотрение сторон решение вопроса о том, в какой мере и какие гарантии должны предоставляться в отношении различных обязательств, принимаемых на себя частным партнером, а не предусматривать в законодательстве только одну форму гарантий, исключив другие.

⁶ Текст Унифицированных правил для договорных гарантий воспроизводится в документе A/CN.9/459/Add.1.

Следует отметить, что проектной компании самой потребуется ряд гарантий исполнения со стороны выбранных ею подрядчиков (см. пункты 108–110) и что дополнительные гарантии в пользу организации-заказчика, как правило, ведут к увеличению общей стоимости проекта и усложняют его. В некоторых странах для национальных организаций-заказчиков составлены практические руководства, в которых им рекомендуется тщательно рассмотреть вопросы о том, требуются ли такие гарантии и при каких условиях они необходимы, какие конкретные риски или убытки они должны покрывать и какой вид гарантий лучше всего подходит в том или ином конкретном случае. Способность проектной компании привлекать финансовые средства для проекта может быть поставлена под угрозу, если требования в отношении гарантий будут чрезмерно высокими.

с) Срок действия гарантий

127. Одна из особых проблем, касающихся ПЧП, связана со сроком действия гарантии. Организация-заказчик может быть заинтересована в получении гарантий исполнения, действующих в течение всего срока осуществления проекта и охватывающих как этап строительства, так и этап эксплуатации. Однако с учетом долгосрочного характера проектов в области инфраструктуры и трудности оценки различных потенциальных рисков гаранту может оказаться сложно выдать гарантию исполнения на весь срок осуществления проекта или перестраховать свои обязательства по гарантии исполнения. На практике эта проблема осложняется оговорками, предусматривающими, что невозобновление гарантии исполнения является основанием для требования по гарантии, и тем самым задача разрешения проектной компании представлять гарантии исполнения на более короткие сроки может оказаться не самым лучшим решением. Одно из возможных решений, к которому прибегают в некоторых странах, состоит в требовании обеспечить отдельные гарантии для этапа строительства и этапа эксплуатации, что дает возможность лучше оценить риски и перспективы перестрахования. Такая система может подкрепляться четким определением риска, страхуемого на этапе эксплуатации, что позволяет лучше оценить риски и сократить общую сумму гарантии. Другая возможность, которая может быть рассмотрена организацией-заказчиком, состоит в том, чтобы потребовать представления гарантий исполнения на время конкретных критических периодов, а не на весь срок осуществления проекта. Например, можно потребовать гарантию на этап строительства, которая действовала бы в течение соответствующего периода времени после завершения объекта и покрывала бы те скрытые дефекты, которые могут быть обнаружены впоследствии. Затем такую гарантию могла бы заменить гарантия исполнения на соответствующий определенный срок эксплуатации, с тем чтобы проектная компания могла продемонстрировать свою способность вести эксплуатацию объекта в соответствии с предусмотренными стандартами. Если работа проектной компании получает удовлетворительную оценку, требование гарантии может быть отменено на остаток срока эксплуатации до оговоренного момента перед завершением срока действия договора о

ПЧП, когда от проектной компании может потребоваться представление новой гарантии для обеспечения ее обязательств в связи с передачей активов и другими соответствующими мерами по завершению проекта в установленном порядке (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 55–69).

d) Механизмы страхования

128. Механизмы страхования, используемые в связи с ПЧП, как правило, варьируются в зависимости от этапов, к которым они применяются, причем на конкретных этапах осуществления проекта приобретаются только определенные виды страхования. Некоторые виды страхования, такие как страхование от приостановления коммерческой деятельности, могут приобретаться частным партнером в его собственных интересах, другие же — в соответствии с требованиями законодательства принимающей страны. К последним видам страхования часто относится страхование от причинения ущерба объекту, страхование гражданской ответственности, страхование компенсационных выплат рабочим, страхование на случай загрязнения и причинения ущерба окружающей среде.

129. Обязательные страховые полисы, предусмотренные законодательством принимающей страны, часто приходится приобретать у местной страховой компании или другого учреждения, которому разрешено вести операции в соответствующей стране, что в некоторых случаях может быть сопряжено с некоторыми практическими трудностями. В некоторых странах обычно предлагаемое покрытие может оказаться более ограниченным, чем стандартное покрытие, которое может быть приобретено на международном рынке, в связи с чем частный партнер может остаться незастрахованным от ряда рисков, которые могут превысить его возможности по самострахованию. Этот риск является особенно серьезным в случае страхования ущерба окружающей среде. В некоторых странах могут также возникать трудности из-за ограниченности возможностей местных страховщиков по перестрахованию рисков на международных рынках страхования и перестрахования. В силу этого проектная компания порой нуждается в приобретении дополнительных страховых услуг за рубежом, что увеличивает общие издержки по финансированию проекта.

4. Изменение условий

130. ПЧП обычно рассчитаны на длительный срок, в течение которого многие обстоятельства, касающиеся проекта, могут измениться. Последствия многих изменений могут быть заранее урегулированы в договоре о ПЧП либо с помощью финансовых механизмов, таких как тарифная структура, включающая положение об индексации (см. пункты 43–50), либо путем взятия на себя одной из сторон, непосредственно или путем исключения, определенных рисков

(например, если цена на топливо или электроэнергию не учтена в механизмах индексации, то риск более высоких, чем предполагалось, цен ложится на частного партнера). Однако некоторые изменения предусмотреть в механизме автоматической корректировки может оказаться невозможно, либо стороны могут предпочесть исключить возможность автоматической корректировки и предоставить сторонам возможность изменять договор по взаимной договоренности, когда они согласны с тем, что этого требуют обстоятельства. Хотя в целом считается эффективной практикой включать в договор о ПЧП долгосрочные механизмы корректировки, устраняющие необходимость в пересогласовании договора, законодательному органу не рекомендуется пытаться составить перечень всех обстоятельств, при которых необходима автоматическая корректировка договора. Пункты (а) и (б) касаются ситуаций, которые часто приводят к изменению договора независимо от того, является ли такое изменение результатом действия автоматического механизма (корректировки); или результатом переговоров сторон (поправка); или результатом действия внешнего механизма, такого как урегулирование споров (адаптация). С точки зрения законодательства, особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений — законодательные или регулятивные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

а) Законодательные или регулятивные изменения

131. Учитывая долгосрочный характер ПЧП, частный партнер может столкнуться с дополнительными расходами при исполнении своих обязательств по договору о ПЧП в результате будущих непредвиденных изменений в законодательстве, которое регламентирует его деятельность. В экстремальных случаях законодательство может даже сделать невозможным осуществление проекта частным партнером с финансовой или материальной точки зрения. В целях надлежащего решения проблемы изменений в законодательстве может оказаться полезным провести разграничение между законодательными изменениями, конкретно касающимися ПЧП или одного конкретного проекта, с одной стороны, и законодательными изменениями общего характера, которые влияют не только на эксплуатацию инфраструктуры, но и на другие виды экономической деятельности, с другой стороны.

132. Изменения в законодательстве затрагивают все коммерческие организации, будь то в частном или публичном секторе, и обычно им необходимо решать вопросы, связанные с последствиями таких изменений для ведения деловых операций, включая воздействие изменений на цены и спрос на их продукцию. В числе возможных примеров можно упомянуть следующее: изменения налоговых скидок в связи с капитальными затратами, которые применяются ко всем видам активов, независимо от того, принадлежат ли они публичному или частному сектору и связаны ли они с проектами в области инфраструктуры; положения, касающиеся охраны здоровья и безопасности строительных рабочих в

рамках всех строительных проектов, а не только проектов в области инфраструктуры; а также изменения в положениях, касающихся утилизации опасных веществ. Общие изменения в законодательстве могут рассматриваться как обычные коммерческие риски, а не как риски, конкретно связанные с деятельностью частного партнера, и правительству может оказаться сложно обеспечить защиту операторов инфраструктуры от экономических и финансовых последствий изменений в законодательстве, которые в равной мере затрагивают и все другие коммерческие организации. Это особенно верно в тех случаях, когда ПЧП реализуется местным органом, не находящимся под непосредственным контролем центрального правительства, которое сохраняет за собой право регулировать соответствующий сектор. Таким образом, может не иметься оснований *prima facie* для того, чтобы частный партнер не испытывал на себе последствий общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся ко всему коммерческому сектору.

133. Если механизмы контроля над тарифами предусмотрены в договоре о ПЧП, то частный партнер будет пытаться получить у организации-заказчика или регулирующего учреждения, в зависимости от обстоятельств, заверения в отношении того, что ему будет позволено возместить дополнительные издержки, вызванные изменениями в законодательстве, путем увеличения тарифов. Если такие заверения не могут быть даны, то целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с частным партнером о компенсации, на которую частный партнер может быть вправе рассчитывать в том случае, если меры контроля над тарифами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями. Целесообразно предусмотреть такой экономический и финансовый сценарий в подготовительной документации на этапе планирования (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 14) и в договорном документе.

134. Иная ситуация возникает в том случае, когда частный партнер сталкивается с ростом издержек в результате законодательных изменений специального характера, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом ПЧП. Такие изменения нельзя рассматривать как обычный коммерческий риск, и они могут существенно изменить экономические и финансовые предположения, на основе которых был заключен договор о ПЧП. Таким образом, организация-заказчик часто соглашается взять на себя дополнительные расходы, являющиеся следствием специальных законодательных изменений, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом ПЧП. Например, в рамках проектов прокладки автомагистралей закон, касающийся конкретного проекта или дорожно-эксплуатационной компании, или же соответствующего класса проектов автодорог, эксплуатируемых частным сектором, может повлечь за собой корректировку тарифов согласно соответствующим положениям договора о ПЧП. В тех случаях, когда в ПЧП участвуют иностранные инвесторы, частный партнер может также иметь возможность

задействовать механизмы урегулирования споров любого применимого международного договора о поощрении и защите инвестиций (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункт 5).

b) Изменения экономических условий

135. В некоторых правовых системах действуют правила, которые допускают возможность изменения положений договора о ПЧП в случае изменения экономических или финансовых условий, которое, хотя и не создает препятствий исполнению обязательств частного партнера по договору, делает их исполнение рискованным с финансовой точки зрения по сравнению с тем, что предусматривалось первоначально в тот момент, когда был заключен договор о ПЧП. В некоторых правовых системах возможность изменения условий соглашения обычно подразумевается во всех правительственных контрактах или конкретно оговаривается в соответствующем законодательстве. В некоторых странах изменение договора может быть также предписано судами. В то же время важно обеспечить, чтобы такие общие правовые теории не привели к возникновению неограниченных обязательств для организаций-заказчиков.

i) Обстоятельства, обуславливающие изменение условий договора

136. Переговоры по финансовым и экономическим условиям для осуществления инвестиций частным партнером ведутся на основе предположений, исходящих из обстоятельств, существующих в момент переговоров, и разумных ожиданий сторон в отношении того, как будут развиваться эти обстоятельства в период осуществления проекта. В определенной степени прогнозы относительно экономических и финансовых параметров и, иногда, даже определенные маргинальные значения рисков будут, как правило, включаться в экономический и финансовый сценарий, изложенный в тендерной документации организации-заказчика, а также в финансовые предложения, подготовленные участниками процедур торгов (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 73). В то же время могут произойти некоторые события, наступления которых стороны не могли разумно ожидать в момент переговоров по договору о ПЧП и которые, если бы они были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иной нормы вознаграждения на инвестиции частного партнера. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, важно разработать механизмы, которые регулировали бы финансовые и экономические последствия таких событий. В ряде стран применяются правила об изменении условий договора, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают неисполнение со стороны частного партнера, которое привело бы к краху проекта. Однако эти правила могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

137. Как и в случае общих законодательных изменений, изменения экономических условий представляют собой риск, с которым сталкивается большинство коммерческих организаций, не имеющих возможности воспользоваться какой-либо общей гарантией правительства, которая могла бы защитить их от экономических и финансовых последствий этих изменений. Безусловное обязательство организации-заказчика выплатить частному партнеру компенсацию в связи с изменениями экономических условий может привести к переносу на публичный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на частного партнера, и представляет собой принятие на себя открытой финансовой ответственности. Кроме того, следует отметить, что предлагаемый уровень тарифов и основные элементы распределения рисков являются важными, если не определяющими, факторами при выборе частного партнера (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 84–87). Чрезмерно льготное применение процедуры пересмотра условий проекта стимулирует к предложению в ходе процесса отбора нереалистично низких тарифов в расчете на их повышение после выдачи подряда на проект. Таким образом, организация-заказчик может быть заинтересована в установлении разумных пределов, в которых законодательные положения или положения договоров могут допускать изменение договора о ПЧП из-за изменения экономических условий.

138. Может оказаться целесообразным предусмотреть в договоре о ПЧП, что изменение обстоятельств, оправдывающее изменение условий договора о ПЧП, должно быть вне сферы контроля частного партнера и что его характер должен быть таким, чтобы частный партнер не мог разумно его предвидеть в момент заключения договора о ПЧП или избежать и преодолеть его последствия. Например, нельзя ожидать, что компания, осуществляющая эксплуатацию платной автомобильной дороги на основании исключительной концессии, будет учитывать возможность и нести риск снижения интенсивности дорожного движения из-за последующего ввода в эксплуатацию альтернативной бесплатной дороги каким-либо субъектом, не являющимся организацией-заказчиком. Однако, как правило, будет ожидаться, что частный партнер должен учесть возможность разумного увеличения стоимости рабочей силы в течение срока осуществления проекта. Таким образом, при обычных условиях тот факт, что заработная плата оказалась выше, чем это первоначально предполагалось, не будет считаться достаточным основанием для изменения договора о ПЧП.

139. Кроме того, возможно, будет желательно предусмотреть в договоре о ПЧП, что для представления просьбы об изменении договора о ПЧП необходимо, чтобы стоимостное воздействие якобы произошедших изменений экономических и финансовых условий было выражено определенной минимальной процентной долей от общих расходов по проекту, как они определены в тендерной документации (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 73), или поступлений частного партнера. Введение такого порога может помочь избежать проведения трудных переговоров о корректировке в случае небольших

изменений до тех пор, пока совокупное воздействие изменений не составит достаточно существенной величины. В некоторых странах действуют правила, предусматривающие установление максимального предела для совокупного числа периодических пересмотров договора о ПЧП. Цель таких правил состоит в том, чтобы не допустить злоупотребления механизмом изменений как средством обеспечения общего финансового баланса, не имеющего ничего общего с тем, который предусматривался в первоначальном договоре о ПЧП. Однако, с точки зрения частного партнера и кредиторов, такие ограничения могут представлять собой существенный риск в случае, например, быстрого роста издержек в результате крайне резкого изменения обстоятельств. Поэтому следует тщательно взвесить вопрос о целесообразности введения такого максимального предела, а также о его определении в количественном выражении.

ii) Круг приемлемых изменений в договоре

140. Организации-заказчики должны иметь возможность внесения изменений в договор о ПЧП в определенных разумных пределах. Наилучшим решением для сторон было бы включение в договор о ПЧП специальных положений об обзоре или возможности выбора, предусматривающих, например, четкие механизмы корректировки цен или индексации (см. пункты 43–50 выше) или точно очерчивающих пределы других возможных изменений в договоре в связи с техническими трудностями, возникшими в ходе эксплуатации объектов, например осуществлением любых незапланированных работ по материально-техническому обслуживанию, которые, возможно, потребуются для обеспечения непрерывного предоставления общедоступной услуги (см. пункты 95–96 выше).

141. Помимо согласованных в договоре механизмов для внесения изменений, индексации или корректировки организации-заказчики могут также столкнуться с внешними условиями, первоначально не предусмотренными в момент принятия решения о заключении договора о ПЧП. Здесь было бы целесообразно предусмотреть возможность внесения изменений в договор в целях сохранения экономической и практической устойчивости договора о ПЧП в тех случаях, когда исполнение обязательств по действующему договору существенно затрудняется в результате событий или обстоятельств, которые организация-заказчик не могла предвидеть, несмотря на достаточно тщательную подготовку перед выдачей первоначального подряда, с учетом характера и особенностей конкретного проекта и успешных видов практики в соответствующей области. В то же время следует ограничить права сторон по внесению поправок в договор во избежание ситуаций, когда предполагаемое изменение повлечет за собой радикальное видоизменение характера договора в целом. Такое может произойти, например, если стороны решат предусмотреть другие работы вместо тех, которые должны быть выполнены, или другие услуги взамен тех, которые должны быть предоставлены, или кардинальным образом изменить тип механизма ПЧП (т.е. вместо концессионного ПЧП — схема совместного несения рисков, пред-

усматривающая значительные суммы прямых платежей со стороны организации-заказчика).

142. Внесения существенных изменений в договор следует избегать из соображений прозрачности, добросовестности и экономии при принятии решений о заключении договоров о ПЧП и регулировании их исполнения. Так, по крайней мере теоретически, процедура принятия решения о заключении договора могла бы завершиться иначе, если бы измененные условия были известны или предполагались еще на этапе торгов: тогда, возможно, другой участник торгов мог бы представить более выгодное предложение, которое оказалось бы в целом более предпочтительным для организации-заказчика с точки зрения соотношения цены и качества, нежели фактически выбранное предложение. В принципе в законодательстве следует установить требование о проведении новой процедуры для принятия решения о заключении договора в случае существенных изменений в первоначальный договор, в особенности в части, касающейся сферы охвата и содержания прав и обязанностей сторон или изменений изначально предусмотренной схемы распределения рисков.

143. Тем не менее необходимо сохранить возможность внесения в договор о ПЧП изменений, приводящих лишь к незначительному увеличению стоимости договора в определенных пределах, без необходимости проведения новой процедуры для принятия решения о заключении договора. В этой связи и в целях обеспечения правовой определенности в законодательстве могут предусматриваться максимальные пороговые значения, при превышении которых внесение изменений в договор о ПЧП возможно лишь в исключительных и четко определенных случаях. Для определения порогового значения, при превышении которого потребуются заключение нового договора, в законодательстве можно указать текущую стоимость договора о ПЧП, как она определена в выигравшем предложении (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 77). Примером исключительного случая, ведущего к изменению договора, может быть необходимость удовлетворения просьб организации-заказчика в отношении соблюдения требований об охране окружающей среды, обеспечении безопасности или других требований, предусмотренных в законодательстве, которое может меняться с течением времени. Другим примером может быть необходимость рефинансирования договора о ПЧП. Такая ситуация не является необычной для крупных проектов ПЧП, и правительство, возможно, пожелает оказать содействие в создании финансовых механизмов, позволяющих продолжить осуществление проектов ПЧП.

144. В целях предотвращения установленного порогового значения в законодательстве можно также предусмотреть, что в случае последовательных изменений оценка стоимости должна производиться на основе чистой совокупной стоимости последовательных изменений. Такое совокупное исчисление можно применять только к определенному сроку, а не ко всему сроку действия договора о ПЧП.

5. Препятствия, освобождающие от ответственности

145. В ходе осуществления проекта в области инфраструктуры могут произойти события, которые воспрепятствуют исполнению одной из сторон своих договорных обязательств. События, создающие такие препятствия, как правило, не поддаются контролю любой из сторон и могут быть физическим явлением, таким как стихийное бедствие, или результатом деятельности человека, таким как войны, восстания или террористические акции. В правовых системах многих стран в целом признается, что сторона, которая не исполняет свои договорные обязательства в силу определенных событий, может освобождаться от последствий любого такого неисполнения. Данное понятие, иногда именуемое форс-мажором, существует уже долгое время, имеет четкое определение и влечет за собой серьезные последствия для сторон договора о ПЧП.

а) Определение препятствий, освобождающих от ответственности

146. Для препятствий, освобождающих от ответственности, характерны два аспекта: к числу таких препятствий, как правило, относятся не поддающиеся контролю любой из сторон события, которые препятствуют этой стороне исполнить свои обязательства и которые эта сторона не в состоянии преодолеть за счет проявления надлежащей осмотрительности. Примерами таких событий обычно являются стихийные бедствия (например, циклоны, наводнения, засухи, землетрясения, бури, пожары или удары молний); война (объявленная или не объявленная) или другая военная деятельность, включая восстания и гражданские беспорядки; аварии или саботаж объектов, террористические акты, преступное причинение ущерба или угрозы таких акций; радиоактивное или химическое заражение или ионизирующая радиация; последствия природных явлений, включая геологические условия, которые невозможно было предвидеть или предотвратить; особо крупные забастовки рабочих.

147. В некоторых законах делается лишь общая ссылка на препятствия, освобождающие от ответственности, в то время как в других содержится подробный перечень обстоятельств, которые освобождают стороны от исполнения обязательств по договору о ПЧП. Последний метод может служить цели обеспечения единообразного подхода к решению этого вопроса во всех проектах, разработанных согласно соответствующему законодательству, что помогает избегать ситуаций, при которых для какого-либо частного партнера распределение рисков является более благоприятным, чем то, которое предусмотрено в других договорах о ПЧП. Однако важно рассмотреть возможные недостатки включения в законодательные или регулятивные положения перечня событий, которые должны рассматриваться как препятствия, освобождающие от ответственности во всех случаях. Существует риск того, что этот перечень может оказаться неполным и не охватить важные препятствия. Кроме того, в определенное время года некоторые стихийные бедствия, такие как бури циклоны и наводнения,

могут являться вполне обычным явлением в месте осуществления проекта. Сами по себе эти стихийные бедствия могут представлять собой риски, которые любой поставщик общедоступных услуг, действующий в соответствующем регионе, должен заранее предвидеть.

148. Другой аспект, который нуждается в тщательном рассмотрении, состоит в том, могут ли те или иные действия других публичных органов, помимо организации-заказчика, представлять собой препятствия, освобождающие от ответственности, и если да, то в какой степени. От частного партнера может потребоваться получить лицензию или иное официальное разрешение на исполнение некоторых из его обязательств. Таким образом, договор о ПЧП может предусматривать, что если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или если они будут выданы, но потом отозваны из-за того, что частный партнер не отвечает определенным критериям для выдачи лицензии или разрешения, то частный партнер не может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Вместе с тем если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или же если они будут отозваны по посторонним или необоснованным причинам, то будет справедливо предусмотреть, что частный партнер может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Другим возможным основанием для освобождения может служить приостановление проекта, произведенное каким-либо публичным органом или иным правительственным учреждением, помимо организации-заказчика, например, вследствие изменений правительственных планов и политики, которые требуют приостановления или серьезного пересмотра проекта, что существенно влияет на первоначальные планы. В таких случаях будет, возможно, важно рассмотреть институциональную взаимосвязь между организацией-заказчиком и публичным органом, в результате действий которого создано препятствие, а также степень их независимости друг от друга. Событие, квалифицируемое как препятствие, освобождающее от ответственности, может в некоторых случаях представлять собой прямое нарушение договора о ПЧП организацией-заказчиком в зависимости от того, могла ли организация-заказчик осуществлять разумный контроль за действиями другого публичного органа или оказать на них влияние.

b) Последствия для сторон

149. На стадии строительства возникновение обстоятельств, освобождающих от ответственности, как правило, оправдывает продление сроков, отведенных для завершения объекта. В этой связи важно изучить последствия любого такого продления для общей продолжительности проекта, в частности в тех случаях, когда этап строительства учитывается при расчете общей продолжительности срока договора о ПЧП. Задержки в завершении строительства объекта сокращают продолжительность эксплуатационного периода и могут негативно сказаться на общей смете поступлений частного партнера и кредиторов.

Поэтому может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о том, при каких обстоятельствах продление срока договора о ПЧП может быть оправданным, с тем чтобы учесть возможные задержки, которые возникают на этапе строительства.

150. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли частный партнер иметь право на компенсацию в случае потери доходов или причинения ущерба имуществу в результате возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Ответ на этот вопрос обуславливается распределением рисков, предусмотренным в договоре о ПЧП. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме, ПЧП, как правило, осуществляется частным партнером на свой страх и риск, включая риск убытков, которые могут являться следствием стихийных бедствий и других препятствий, освобождающих от ответственности, и в отношении которых частному партнеру обычно требуется приобрести надлежащее страховое покрытие. Таким образом, некоторые законы прямо исключают любую форму компенсации частному партнеру в случае убытков или ущерба, являющихся следствием возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Однако это не обязательно подразумевает, что те или иные события, квалифицируемые как препятствия, освобождающие от ответственности, не могут в то же время служить основанием для пересмотра условий договора о ПЧП в целях восстановления его экономической и финансовой сбалансированности (см. также пункты 135–144).

151. Вместе с тем для проектов, связанных с сооружением объектов, которые находятся в постоянной собственности организации-заказчика или должны быть переданы ей по завершении срока проекта, иногда предусматривается другое распределение рисков. В некоторых странах организация-заказчик имеет право заключать договоренности об оказании частному партнеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в договоре о ПЧП, при условии, что возможность такой помощи предусматривалась в запросе предложений. Иногда организация-заказчик вправе согласиться выплатить компенсацию частному партнеру в случае приостановления работ на более чем определенное число дней в пределах какого-либо максимального срока, если это приостановление вызвано событием, произошедшим не по вине частного партнера.

152. Если частный партнер оказывается не в состоянии исполнять свои обязательства из-за любого такого препятствия и если сторонам не удастся добиться приемлемого пересмотра условий договора, согласно некоторым национальным законам частному партнеру предоставляется право прекратить договор о ПЧП без ущерба для той компенсации, которая может причитаться при таких обсто-

ательствах (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункт 53).

153. Законодательные и договорные положения, касающиеся обстоятельств, освобождающих от ответственности, также необходимо рассматривать в свете других правил, регулирующих предоставление соответствующих услуг. В некоторых правовых системах закон требует, чтобы поставщики общедоступных услуг прилагали все усилия для продолжения оказания услуг, несмотря на возникновение обстоятельств, определенных в качестве препятствий, освобождающих от ответственности по договору (см. пункты 95 и 96). В этих случаях целесообразно определить, в какой степени такое обязательство может, исходя из разумных соображений, накладываться на частного партнера и какая компенсация может причитаться за дополнительные издержки и трудности, с которыми он сталкивается.

154. Помимо перечисленных ниже механизмов, некоторые риски (в частности риски вооруженных конфликтов и гражданских беспорядков) могут частично покрываться за счет международных финансовых учреждений, например Всемирного банка и Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА), если соответствующая страна имеет право на получение гарантий МИГА и если соблюдены определенные условия (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 67).

6. Нарушение обязательств и средства правовой защиты

155. В целом существует широкий набор средств правовой защиты — вплоть до прекращения договора о ПЧП, — которые, по согласованию сторон, могут применяться для урегулирования последствий нарушения обязательств. В нижеследующих пунктах рассматриваются общие соображения, касающиеся случаев нарушения обязательств и средств правовой защиты, имеющихся у любой из сторон (см. пункты 156 и 157). В них рассматриваются законодательные последствия применения некоторых средств правовой защиты, которые направлены на устранение причин нарушения и обеспечение непрерывного осуществления проекта, в частности мер вмешательства организации-заказчика (см. пункты 158–161) или замены частного партнера (см. пункты 162–165). Конечное средство правовой защиты в виде прекращения договора о ПЧП и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах *Руководства* (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», разделы D и E).

а) Общие соображения

156. К средствам правовой защиты в случае нарушения обязательств частным партнером, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие как удержа-

ние гарантий, договорные штрафы и заранее оцененные убытки⁷. В большинстве случаев такие средства правовой защиты являются типично договорными по своему характеру и в связи с ними не возникает значительных вопросов, касающихся законодательства. Тем не менее важно установить надлежащие процедуры для удостоверения случаев неисполнения обязательств и создания возможностей для исправления таких случаев. В некоторых странах для наложения договорных штрафов требуется заключение официальной инспекции и осуществление других процедур, включая проведение старшими должностными лицами организации-заказчика соответствующей проверки перед наложением более серьезных санкций. Эти процедуры могут дополняться положениями, проводящими разграничение между поддающимися и не поддающимися исправлению дефектами и устанавливающими соответствующие процедуры и средства правовой защиты. Хотя предварительное уведомление может быть не всегда практически осуществимым, особенно в чрезвычайных обстоятельствах, организация-заказчик, как правило, должна уведомлять частного партнера, требуя от него устранения нарушения в течение разумного срока. Кроме того, возможно, целесообразно предусмотреть выплату частным партнером штрафов или заранее оцененных убытков в случае неисполнения им основных обязательств и уточнить, что никакие штрафы не применяются при нарушениях второстепенных или вспомогательных обязательств, применительно к которым могут быть использованы другие средства правовой защиты согласно национальному законодательству. Кроме того, система контроля за исполнением обязательств, предусматривающая штрафы или заранее оцененные убытки, может дополняться системой премий, выплачиваемых частному партнеру за результаты работы, превышающие согласованные условия.

157. В то время как организация-заказчик может защитить себя от последствий нарушения обязательств частным партнером при помощи ряда различных договоренностей, соблюдение которых обеспечивается в судебном порядке, на средства правовой защиты, имеющиеся у частного партнера, в соответствии с применимым законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из национальных или международных правил, которые признают иммунитет публичных органов от судебных исков и принудительных мер. В зависимости от правовой природы организации-заказчика или других публичных органов, которые берут на себя обязательства перед частным партнером, последний может быть лишен возможности принятия принудительных мер для обеспечения исполнения обязательств, взятых на себя этими публичными учреждениями (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 41–43). В этой ситуации важно обеспе-

⁷ Рассмотрение вопроса о средствах правовой защиты, используемых в контрактах на строительство сложных промышленных объектов, см. в *Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов* (глава XVIII «Просрочка, дефекты и прочие случаи невыполнения обязательств»).

чить механизмы для защиты частного партнера от последствий нарушения обязательств организацией-заказчиком, например, при помощи правительственных гарантий, охватывающих конкретные случаи нарушений, или гарантий, предоставляемых третьими сторонами, такими как многосторонние кредитные учреждения (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 88–98).

б) Права организации-заказчика на вмешательство

158. В законодательстве некоторых стран прямо предусматривается, что организация-заказчик имеет право временно брать на себя функции по эксплуатации объекта, обычно в случае неисполнения частным партнером его обязательств, в частности если на организации-заказчике по закону лежит ответственность за обеспечение эффективного оказания соответствующих услуг в любое время. В некоторых правовых системах такая прерогатива является неотъемлемой частью большинства правительственных контрактов и считается существующей, даже если о ней прямо не упоминается в законодательстве или договоре о ПЧП.

159. Следует отметить, что право организации-заказчика на принятие мер или вмешательство является крайней мерой. Частные инвесторы могут опасаться, что организация-заказчик может использовать это право или угрожать его использованием с целью навязать свои желания относительно порядка предоставления услуг или даже установить контроль над активами проекта. Поэтому целесообразно как можно более четко определить те обстоятельства, при которых может происходить вмешательство. Важно ограничить право организации-заказчика на вмешательство случаями серьезных сбоев в предоставлении услуг и не допускать такого вмешательства в случаях простой неудовлетворенности деятельностью частного партнера. В законе, возможно, было бы полезно уточнить, что вмешательство организации-заказчика в осуществление проекта носит временный характер и направлено на исправление конкретной безотлагательной проблемы, которую частному партнеру не удалось решить самостоятельно. После того, как чрезвычайная ситуация будет исправлена, частный партнер должен вновь взять на себя ответственность за оказание услуг.

160. Возможности вмешательства со стороны организации-заказчика могут быть ограничены, поскольку иногда бывает сложно быстро найти и выбрать субподрядчика для принятия мер, ради которых организация-заказчик и намеревается вмешаться в работу частного партнера. Помимо этого, существует опасность того, что частые вмешательства могут переложить на организацию-заказчика те риски, которые, согласно условиям договора о ПЧП, были возложены на частного партнера. Частный партнер не должен полагаться на вмешательство организации-заказчика для устранения того или иного конкретного риска, а сам должен принимать необходимые меры, как это предусмотрено в договоре о ПЧП.

161. В договоре о ПЧП целесообразно указать, какая из сторон несет расходы в связи с вмешательством организации-заказчика. Если в большинстве случаев вмешательство обусловлено неисполнением по вине частного партнера, то ответственность за расходы, понесенные организацией-заказчиком, должен нести частный партнер. В некоторых случаях для предотвращения споров по поводу ответственности и соответствующего размера расходов в соглашении можно предусмотреть право организации-заказчика принимать меры для самостоятельного исправления ситуации и взыскивать фактические издержки, понесенные в связи с таким вмешательством (включая ее собственные административные расходы), с частного партнера. Однако если такое вмешательство происходит после возникновения препятствий, освобождающих от ответственности (см. пункты 145–154), то стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в договоре о ПЧП.

с) Права кредиторов на вмешательство

162. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае нарушения обязательств частным партнером или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля частного партнера стороны, тем не менее будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта путем передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому частному партнеру. Кредиторы, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь обеспокоены риском приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае возникновения препятствия по причине нарушения обязательств частным партнером кредиторы будут заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы не остались незавершенными и чтобы договор о ПЧП по-прежнему приносил прибыль. Организация-заказчик также может быть заинтересована в том, чтобы проект мог быть продолжен новым частным партнером, в качестве альтернативы необходимости принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление.

163. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового частного партнера для исполнения обязательств по действующему договору о ПЧП, были включены в ряд недавних соглашений, касающихся крупных проектов в области инфраструктуры. Такие положения, как правило, дополняются прямым соглашением между организацией-заказчиком и кредиторами, которые предоставляют финансовые средства частному партнеру. Главная цель такого прямого соглашения состоит в том, чтобы дать кредиторам возможность избежать прекращения проекта организацией-заказчиком в случае нарушения обязательств частным партнером путем его замены новым частным партнером, который будет продолжать исполнять обязательства по договору о ПЧП вместо частного партнера, допустившего нарушение. В отличие от права организации-заказчика на вмешательство, которое связано с конкретным, вре-

менным и экстраординарным сбоем в предоставлении услуг, права кредиторов на вмешательство предусматриваются для тех случаев, когда непредоставление услуг частным партнером носит неоднократный характер и может быть разумно сочтено необратимым. Опыт стран, которые в последнее время прибегали к таким прямым соглашениям, показывает, что возможность воспрепятствовать прекращению проекта и выбирать альтернативного частного партнера обеспечивает кредиторам дополнительные гарантии на случай нарушения обязательств частным партнером. В то же время это предоставляет организации-заказчику возможность избежать трудностей, связанных с прекращением договора о ПЧП, и тем самым обеспечить непрерывность предоставления услуг.

164. Однако в некоторых странах, в которых такие положения не предусмотрены в законодательном порядке, их применение может быть сопряжено с трудностями. Неспособность частного партнера исполнять свои обязательства обычно служит основанием для передачи эксплуатации объекта организации-заказчику или прекращения соглашения (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 16–26). Для выбора нового частного партнера вместо частного партнера, допустившего нарушение, организации-заказчику иногда необходимо использовать те же процедуры, которые применялись при выборе первоначального частного партнера, и у организации-заказчика может не иметься возможности договориться с кредиторами о привлечении нового частного партнера, который не был выбран в соответствии с этими процедурами. С другой стороны, даже когда организация-заказчик в чрезвычайных ситуациях имеет право вести переговоры с новым частным партнером, может потребоваться заключение с ним нового договора о ПЧП, а его возможности по принятию на себя обязательств его предшественника могут быть ограниченными.

165. В связи с этим может быть целесообразно признать в законодательстве право организации-заказчика заключать соглашения с кредиторами, позволяющие им назначать, с согласия организации-заказчика, нового частного партнера для исполнения обязательств по действующему договору о ПЧП, если частный партнер допускает серьезные нарушения при предоставлении услуг, предусмотренных в договоре о ПЧП, или в случае других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения договора о ПЧП. В соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами следует, в частности, указывать следующее: обстоятельства, при которых кредиторам разрешается назначать нового частного партнера; процедуры замены частного партнера; основания для отклонения организацией-заказчиком предлагаемой замены; и обязательства кредиторов по обеспечению услуг на тех же стандартах и на тех же условиях, которые требуются согласно договору о ПЧП.

V. Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП

A. Общие замечания

1. В большинстве случаев договоры о ПЧП заключаются на фиксированный срок, по истечении которого, в зависимости от типа проекта, ответственность за оказание соответствующей услуги или эксплуатацию объекта инфраструктуры передается частным партнером организации-заказчику либо организация-заказчик принимает решение провести повторные процедуры для заключения договора. Элементы, которые следует учитывать при определении срока действия договора о ПЧП, рассматриваются в разделе B. В разделе C рассматривается вопрос о возможности и обстоятельствах продления договора о ПЧП. В разделе D рассматриваются обстоятельства, позволяющие прекратить договор о ПЧП до истечения его срока. Наконец, в разделе E рассматриваются последствия истечения или прекращения договора о ПЧП, включая передачу активов проекта и компенсацию, на которую могут иметь право стороны при прекращении договора, а также вопросы, связанные с этапом завершения проекта, в частности о прекращении эксплуатации инфраструктуры.

B. Срок действия договора о ПЧП

2. Законодательство некоторых стран содержит положения, ограничивающие срок действия концессии или ПЧП в области инфраструктуры определенным количеством лет. В некоторых случаях законодательство устанавливает общие ограничения в отношении большинства проектов в области инфраструктуры или проектов ПЧП и специальные ограничения в отношении проектов в некоторых секторах инфраструктуры. В ряде стран максимальная продолжительность установлена только в отношении определенных секторов инфраструктуры.

3. С точки зрения частного партнера, срок действия договора о ПЧП должен быть достаточно продолжительным, для того чтобы частный партнер мог возместить свои инвестиционные вложения и получить разумную прибыль. С точки зрения организации-заказчика срок действия договора должен в принципе определяться вероятным сроком, в течение которого будет сохраняться потребность

в соответствующей услуге, но при этом его условия также должны согласовываться со стратегией страны в области инвестиций и ее политикой в области конкуренции применительно к соответствующему сектору экономики с учетом возможности ограничения рыночной конкуренции вследствие долгосрочных эксклюзивных проектов ПЧП. Желательный срок действия договора о ПЧП может зависеть от различных факторов, включающих главным образом следующие:

а) проектно-конструкторские факторы. Проектно-конструкторские и другие технические факторы играют важную роль в деле определения идеального срока действия договора о ПЧП. Этап строительства, который обычно является этапом начального финансирования, как правило, сопряжен с максимальным риском наступления событий, которые могут сорвать осуществление проекта (например, риск, связанный с завершением строительства, риск превышения расходов и другие риски, рассматриваемые в пунктах 30–32 главы II «Планирование и подготовка проектов») и которые необходимо принимать во внимание при определении общего срока осуществления проекта. В свою очередь продолжительность эксплуатационного этапа должна также отражать предполагаемый срок эксплуатации основного или критически важного оборудования или активов для цели получения доходов, оправдывающих затраты, включая вероятность изменения технологии, требуемой для проекта;

б) финансовые факторы. С финансовой точки зрения, оптимальный срок реализации проекта будет определяться в зависимости от различных методов составления бюджета капиталовложений и анализа их эффективности, в частности периода окупаемости, чистой текущей стоимости, внутренней нормы прибыли или стоимости денег с учетом фактора времени. Ключевым элементом здесь является срок, необходимый частному партнеру для погашения своей задолженности и амортизации первоначальных инвестиций. В данном контексте понятие экономической амортизации означает постепенное списание стоимости вложенных средств против получаемых от проекта доходов при том понимании, что к окончанию срока проекта остаточная стоимость объекта будет полностью списана.

4. С учетом трудностей, связанных с установлением единого законодательно-го ограничения срока осуществления проектов ПЧП, целесообразно наделить организацию-заказчика определенными возможностями для проявления гибкости при проведении переговоров в отношении такого срока, который в каждом конкретном случае будет являться надлежащим для соответствующего проекта. В некоторых случаях срок действия договора является одной из переменных формулы («наименьшая текущая стоимость доходов»), которая используется для определения участника, выигравшего процедуры, в процессе отбора (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 84). При использовании такой системы стороны договариваются, что срок действия договора будет таким,

чтобы частный партнер смог достичь того общего уровня дохода, который предусмотрен в его заявке на участие в торгах. Во всех перечисленных случаях требуется гибкий законодательный подход к вопросу о сроке действия договора. Страны, которые создали институциональные механизмы для мониторинга договоров о ПЧП и укрепления потенциала в области проведения переговоров и управления ПЧП (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 47), могут разработать для организаций-заказчиков руководящие принципы или рекомендации, в которых, с учетом характера проекта и прошлого опыта, будут определены желательные или адекватные сроки действия договоров.

5. В некоторых правовых системах желаемая гибкость достигается с помощью законов, которые без указания конкретного числа лет требуют, чтобы все договоры о ПЧП обуславливались максимальным сроком. Иногда закон лишь указывает, какие элементы следует принимать во внимание при определении продолжительности ПЧП; к их числу могут относиться, например, характер и размер инвестиций, требуемых от частного партнера, и обычный срок амортизации соответствующих конкретных объектов и сооружений. Некоторые законы, касающиеся конкретных проектов или секторов, предусматривают комбинированную систему, в рамках которой устанавливается максимальный срок действия договора о ПЧП, который либо не превышает определенного периода времени, либо истекает в момент полного погашения частным партнером своей задолженности и достижения определенного уровня доходов, производства или использования в зависимости от того, что наступает раньше. Гибкий законодательный подход к вопросу о сроке действия договора о ПЧП позволяет использовать решения, специально разработанные с учетом конкретных потребностей и финансовых параметров проекта, например в тех случаях, когда организация-подрядчик и частный партнер договорились о том, что срок действия проекта будет изменяемым или плавающим, что предполагает его автоматическое продление при определенных обстоятельствах (см. пункт 10 ниже).

6. Вместе с тем в тех случаях, когда считается необходимым установить законодательные ограничения, максимальный срок должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы частный партнер мог полностью погасить свою задолженность и получить разумную прибыль. Кроме того, возможно, было бы полезным предоставить организации-заказчику право на согласование в исключительных случаях более длительных сроков договора с учетом объема инвестиций и требуемого для их возвращения срока, а также при условии соблюдения специальных процедур одобрения.

С. Продление договора о ПЧП

7. В договорной практике некоторых стран организация-заказчик и частный партнер могут договориться об однократном или многократном продлении

срока ПЧП. Чаще однако внутреннее законодательство разрешает продлевать договор о ПЧП лишь при наличии исключительных обстоятельств. В таком случае по истечении договора о ПЧП организация-заказчик, как правило, обязана начать процесс отбора нового частного партнера, обычно с применением тех же процедур, которые использовались при выборе действующего частного партнера (рассмотрение процедур отбора см. в главе III «Решение заключить договор»).

8. В ряде стран признано полезным требовать проведения периодических повторных процедур для заключения договоров о ПЧП, особенно связанных с получением исключительных концессий на предоставление общедоступных услуг, вместо свободного продления таких концессий сторонами. Проведение периодических процедур может дать частному партнеру сильный стимул к повышению эффективности работы. Период между выдачей первоначального подряда и первыми (и последующими) повторными процедурами должен устанавливаться с учетом уровня инвестированных средств и других рисков, которым подвергается частный партнер. Например, для ПЧП на сбор твердых отходов, не требующих существенных инвестиций в основной капитал, периодичность может быть сравнительно короткой (например, от трех до пяти лет), тогда как для ПЧП, требующих более масштабных инвестиций, например ПЧП на энерго- или водоснабжение, которые требуют сооружения новых объектов и сетей либо проведения масштабной работы по расширению и обновлению существующих объектов и сетей, желательно устанавливать более длительные сроки. В большинстве стран проведение повторных процедур совпадает с окончанием срока проекта, однако в других странах договор может заключаться на длительный период (например, на 99 лет) с проведением периодических процедур (например, каждые 10 или 15 лет). В случае последнего механизма, принятого в нескольких странах, первые повторные процедуры проводятся до того, как частный партнер полностью окупает свои инвестиции. Для стимулирования действующего оператора в законодательстве некоторых стран предусматривается, что частному партнеру может быть отдано предпочтение перед остальными участниками процедур при заключении последующих договоров о ПЧП на аналогичную деятельность. Вместе с тем частный партнер может обладать правом на компенсацию, если он не выиграет очередной раунд процедур. Требование о том, что участник, выигравший процедуры, должен выкупить у действующего частного партнера любые права собственности и невозмещенные инвестиции, сокращает долгосрочный риск для инвесторов и кредиторов и предоставляет им ценную возможность выйти из осуществления проекта (см. пункты 42 и 43).

9. Несмотря на сказанное выше, целесообразно не исключать полностью возможность проведения переговоров о продлении сроков ПЧП при возникновении исключительных обстоятельств. Срок проекта в области инфраструктуры является одним из центральных элементов технико-экономического обоснова-

ния и оценки рентабельности проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 6–14). Срок проекта является также одним из основных факторов, учитываемых при обсуждении финансовых механизмов, и непосредственно влияет на цену на услуги, предоставляемые частным партнером. Стороны могут прийти к выводу, что продление договора о ПЧП (как альтернатива другим компенсационным механизмам или в комбинации с ними) может быть полезным вариантом решения при возникновении непредвиденных препятствий или других изменений в течение срока реализации проекта. К таким обстоятельствам могут относиться следующие: продление срока в качестве компенсации в случае приостановления проекта или утраты прибыли в силу наступления препятствующих событий (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 145–154); продление срока в качестве компенсации за непредвиденное сокращение притока доходов, в том числе по причине принятия мер регулирования цен и тарифов, сверх обозначенных в договоре пределов, (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 49 и 50); продление срока в качестве компенсации в случае приостановления проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 148); или продление срока для предоставления частному партнеру возможности возместить издержки в связи с отставанием от графика строительства или перерасхода средств из-за непредвиденных неблагоприятных условий на строительном объекте (например, геологического или метеорологического характера) либо в связи с выполнением необходимых дополнительных работ на объекте, которые частный партнер не смог бы возместить в течение нормального срока действия договора о ПЧП без неоправданного повышения тарифов (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 81–84).

10. Продление срока действия договора, необходимое в подобных ситуациях, может осуществляться с использованием автоматического механизма, предусмотренного в договоре, либо в результате договоренности сторон, если договор предусматривает такую возможность. Преимуществом первого варианта, особенно если согласно договору продление увязано с заранее оговоренным уровнем текущей стоимости доходов в течение срока реализации ПЧП, является возможность ограничить пределы свободы усмотрения или субъективных решений при определении надлежащих сроков продления. В любом случае в интересах обеспечения прозрачности и в целях сокращения возможностей для коррупционной практики следует четко определить в договоре обстоятельства, при которых возможно его продление, и обеспечить надлежащий контроль за исполнением частным партнером его обязанностей (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 91 и 92). По тем же причинам в некоторых странах продление срока ПЧП обуславливается общим совокупным пределом или требует утверждения специально указанным публичным органом.

D. Прекращение

11. Основания для прекращения договора о ПЧП до истечения его срока действия и последствия любого такого прекращения часто являются предметом регулирования внутреннего законодательства. Как правило, закон разрешает сторонам прекратить договор о ПЧП при наступлении определенных событий. Все стороны, связанные с реализацией ПЧП, заинтересованы прежде всего в обеспечении успешного завершения строительства и успешного функционирования объекта, а также — в случае концессионных ПЧП — непрерывного и упорядоченного предоставления соответствующих общедоступных услуг. На практике прекращение часто является причиной споров и судебных разбирательств, а также стандартным доводом в рамках международных инвестиционных споров (см. главу VI «Урегулирование споров», пункт 5, и главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6). С учетом серьезных последствий прекращения договора, поскольку может быть прервано или даже остановлено предоставление услуг, а также стоимости связанного с этим судебного разбирательства такую меру следует в большинстве обстоятельств рассматривать в качестве последнего средства. Следует тщательно рассмотреть условия осуществления этого права той или другой стороной. Такие условия не обязательно должны быть одинаковыми, однако в целом желательно добиться справедливого баланса прав и условий в отношении прекращения договора для обеих сторон.

12. Помимо указания обстоятельств или событий, которые могут дать право на прекращение, целесообразно, чтобы стороны проработали соответствующие процедуры установления того, имеются ли веские основания для прекращения договора о ПЧП. Особую важность представляет вопрос о том, может ли договор о ПЧП быть прекращен в одностороннем порядке или же для его прекращения необходимо решение судебного или иного органа по урегулированию споров.

13. Частный партнер обычно не наделяется правом прекращать договор о ПЧП без достаточных оснований, и в некоторых правовых системах прекращение частным партнером даже в случае нарушения организацией-заказчиком ее обязательств требует вынесения окончательного судебного решения. В то же время в некоторых странах в силу норм, применимых к контрактам с правительственными учреждениями, такое право могут осуществлять публичные органы при условии выплаты компенсации частному партнеру. Между тем в других странах делается исключение в случае концессий на общедоступные услуги, договорный характер которых считается не совместимым с правом прекращать договор в одностороннем порядке. И наконец, в некоторых правовых системах не признается право публичных органов прекращать соглашения в одностороннем порядке. Вместе с тем инвесторы и кредиторы будут обеспокоены по поводу риска преждевременного или необоснованного прекращения договора организацией-

заказчиком даже в случае, когда решение о прекращении может быть обжаловано через механизм урегулирования споров. Следует также отметить, что надевание организации-заказчика правом в одностороннем порядке прекращать договор о ПЧП не может адекватно заменить хорошо проработанные договорные механизмы контроля за исполнением или надлежащие гарантии исполнения (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 88–104 и 117–129).

14. Положения, касающиеся прекращения, должны, таким образом, быть приведены в соответствие с предусмотренными в договоре о ПЧП средствами правовой защиты для случаев нарушения обязательств. В частности, полезно провести различие между условиями для прекращения и условиями для вмешательства со стороны организации-заказчика (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 158–161). При рассмотрении вопроса о правах организации-заказчика на прекращение договора важно также учитывать финансовые соглашения, которые частный партнер заключил со своими кредиторами. В большинстве случаев события, которые могут привести к прекращению договора о ПЧП, будут также представлять собой случаи неисполнения обязательств по кредитным соглашениям, последствием чего может стать незамедлительное востребование всей непогашенной задолженности частного партнера. Поэтому было бы полезно попытаться избежать риска прекращения договора за счет предоставления кредиторам возможности предложить кандидатуру нового частного партнера в случае, когда прекращение договора о ПЧП с первоначальным частным партнером представляется неотвратимым (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 162–165).

15. В свете сказанного выше в целом целесообразно предусмотреть, чтобы для прекращения договора о ПЧП требовалось окончательное решение органа по урегулированию споров, оговоренного в договоре. Такое требование позволило бы снизить опасения в отношении преждевременного или необоснованного прекращения договора. Вместе с тем оно не исключало бы возможность принятия надлежащих мер по обеспечению непрерывности предоставления услуг в ожидании вынесения окончательного решения органом по урегулированию споров, если в договоре о ПЧП предусмотрены договорные средства правовой защиты для случаев нарушения обязательств, такие как права вмешательства организации-заказчика и кредиторов. В странах, где такое требование будет несовместимо с общими принципами административного права, применимыми к правительственным контрактам, было бы важно по меньшей мере обеспечить, чтобы право организации-заказчика на прекращение договора о ПЧП не наносило ущерба праву частного партнера добиваться последующего пересмотра решения о прекращении, принятого организацией-заказчиком, в судебном порядке.

1. Прекращение организацией-заказчиком

16. Права организации-заказчика на прекращение договора обычно распространяются на три категории обстоятельств: серьезное нарушение обязательств частным партнером, несостоятельность или банкротство частного партнера и прекращение договора в силу публичных интересов.

а) Серьезное нарушение обязательств частным партнером

17. Если договор предусматривает оказание общедоступных услуг частным партнером в форме какой-либо концессии (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 18 и 19), то на организации-заказчике лежит обязанность обеспечить предоставление общедоступных услуг в соответствии с применимыми законами, правилами и договорными положениями. Так, в национальном законодательстве ряда стран организация-заказчик прямо наделяется правом прекращать договор о ПЧП в случае нарушения обязательств частным партнером. В связи с перебоями, которые возникают при прекращении договора, и в интересах сохранения непрерывности предоставления услуг нецелесообразно рассматривать прекращение в качестве санкции во всех без исключения случаях неудовлетворительного исполнения со стороны частного партнера. Наоборот, в целом желательно прибегать к такой крайней мере только в случаях «особо серьезного» или «неоднократного» неисполнения обязательств, особенно в тех случаях, когда уже более невозможно разумно ожидать, что частный партнер будет способен или готов исполнять свои обязательства по договору о ПЧП. Во многих правовых системах используются специальные технические термины для указания на ситуации, когда степень тяжести нарушения обязательств одной из договаривающихся сторон такова, что другая сторона может прекратить договорные отношения до истечения их срока действия (например, «существенное нарушение», «материальное нарушение» или аналогичные формулировки). В настоящем *Руководстве* такие ситуации именуется «серьезное нарушение обязательств».

18. Ограничение возможности прекращения договора случаями серьезных нарушений обязательств может дать кредиторам и инвесторам гарантию того, что они будут защищены от принятия организацией-заказчиком необоснованных или поспешных решений. Закон может в целом наделять организацию-заказчика правом на прекращение договора о ПЧП в случае серьезного нарушения обязательств частным партнером, а вопросы определения понятия «серьезное нарушение обязательств» и, в случае необходимости, включения иллюстративных примеров могут быть оставлены на урегулирование в договоре о ПЧП. С практической точки зрения нецелесообразно пытаться установить в законе или в договоре о ПЧП исчерпывающий перечень событий, являющихся основанием для прекращения. Как правило, степень серьезности и последствия нарушения обязательств частного партнера будут зависеть от этапа проекта, на котором совершено нарушение (см. пункты 21–26 ниже).

19. Одна из категорий нарушений, обычно считающихся, согласно внутреннему законодательству, достаточно серьезными для обоснования прекращения договора о ПЧП вне зависимости от этапа реализации проекта, на котором такое нарушение зафиксировано, — это серьезные нарушения частным партнером и его агентами уголовного законодательства данной страны либо вынесение любого другого обвинительного приговора в рамках уголовного производства в соответствии с национальным законодательством частного партнера или законодательством третьей страны. К числу широко признаваемых оснований для прекращения договора о ПЧП относятся коррупция и подкуп публичных должностных лиц в связи с заключением публичных контрактов или управлением ими либо выдачей лицензий или разрешений вне зависимости от того, связаны ли они непосредственно с договором о ПЧП. После вступления в силу Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции¹ государства взяли на себя международное обязательство бороться с такими практиками, и многие государства осуществляют преследование за коррупционные деяния и подкуп, даже если они совершены за границей, при условии, что нарушители являются их гражданами или же коррупционные деяния наносят ущерб внутренним интересам. В качестве дополнительных примеров уголовных преступлений, которые часто служат основанием для прекращения договора в соответствии с внутренним законодательством, можно привести следующие: а) участие в преступной организации; б) мошенничество; в) террористические преступления или преступления, связанные с террористической деятельностью; г) отмывание денег и финансирование терроризма; и е) прочие серьезные преступления с точки зрения подпункта (b) статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности². В подобных случаях прекращение договора является оправданным, если такие преступления совершены частным партнером как юридическим лицом, а также в случаях, когда лицо, в отношении которого вынесено окончательное судебное решение, является членом административного, руководящего или надзорного органа частного партнера либо обладает в нем представительскими полномочиями, полномочиями на принятие решений или осуществление контроля.

20. Помимо ситуаций, описанных в предыдущем пункте, которые могут потребовать незамедлительных санкций, в качестве общего правила целесообразно,

¹ Конвенция была принята резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 31 октября 2003 года и вступила в силу 14 декабря 2005 года.

² Это «преступление, наказуемое лишением свободы на максимальный срок не менее четырех лет или более строгой мерой наказания» (Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, принятая резолюцией 55/25 Генеральной Ассамблеи от 15 ноября 2000 года, вступила в силу 29 сентября 2003 года). К числу серьезных преступлений, наказуемых в соответствии с внутренним законодательством, обычно относятся: убийство, изнасилование, похищение, воровство, разбой, кража со взломом, обращение с краденым имуществом, вымогательство, торговля наркотиками, растрата средств, подкуп, мошенничество, подделка денег, отмывание денег, торговля огнестрельным оружием, детский труд и другие формы торговли людьми.

чтобы организация-заказчик предоставляла частному партнеру дополнительный срок для исполнения его обязательств и устранения последствий нарушения до обращения организации-заказчика к использованию средств правовой защиты. Например, частному партнеру следует направить уведомление с указанием характера соответствующих обстоятельств и требованием их исправления в течение определенного срока. Следует также предоставить возможность кредиторам и гарантам, в зависимости от случая, устранить последствия нарушения обязательств частным партнером путем временного привлечения услуг третьей стороны для исправления этих последствий в соответствии с условиями гарантий исполнения, предоставленных организации-заказчику, или условиями прямого соглашения между кредиторами и организацией-заказчиком (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 117–129 и 162–165). В договоре о ПЧП может быть также предусмотрено, что в случае, когда обстоятельства не исправлены до истечения соответствующего срока, организация-заказчик может прекратить договор о ПЧП при условии предварительного направления уведомления кредиторам и предоставления им возможности в период между направлением уведомления о прекращении договора и датой его фактического прекращения осуществить право замены частного партнера, которое может иметься у них согласно прямому соглашению между ними и организацией-заказчиком. В договоре о ПЧП может быть также предусмотрена возможность переноса даты прекращения договора при условии достижения соглашения о таком переносе организацией-заказчиком и кредиторами. Вместе с тем необходимо установить разумные предельные сроки для исполнения, поскольку нельзя ожидать, что организация-заказчик будет в течение неопределенного времени нести дальнейшие издержки, обусловленные ситуацией нарушения договора о ПЧП частным партнером. Кроме того, установленные процедуры не должны наносить ущерба праву организации-заказчика вмешиваться в ситуацию для предотвращения риска перебоев в предоставлении услуг частным партнером (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 158 и 159).

i) Серьезное нарушение обязательств до начала строительства

21. К примерам событий, которые часто оправдывают прекращение договора о ПЧП до начала строительства, относятся следующие случаи нарушений со стороны частного партнера:

- a) не развернуто строительство объекта;*
- b) не начата разработка проекта; или*
- c) не представлены планы и чертежи в течение установленного срока после уведомления о принятии решения заключить договор о ПЧП.*

22. Прекращение договора должно в принципе ограничиваться ситуациями, когда организация-заказчик больше не может разумно ожидать, что выбранный

частный партнер примет необходимые меры для начала исполнения проекта. В связи с этим важно, чтобы организация-заказчик принимала во внимание любые обстоятельства, которые могли бы оправдать задержку в исполнении частным партнером его обязательств. Кроме того, частный партнер не должен страдать в результате последствий бездействия или ошибки со стороны организации-заказчика или других публичных органов. Например, прекращение договора о ПЧП будет, как правило, неоправданным, если неполучение частным партнером правительственных лицензий и разрешений в установленный графиком срок не вызвано виной самого частного партнера.

ii) Серьезное нарушение обязательств на этапе строительства

23. К событиям, которые могут явиться основанием для прекращения договора о ПЧП на этапе строительства, относятся следующие:

a) не соблюдены строительные технические нормы, спецификации или минимальные стандарты проектирования и исполнения работ, а также имеет место неоправданная задержка в выполнении согласованного графика работ;

b) не соблюдены обязательные нормы трудового законодательства и соответствующие стандарты, нормы законодательства о социальном обеспечении и связанные с ними стандарты государственной политики;

c) не предоставлены или не возобновлены необходимые гарантии на согласованных условиях;

d) нарушены прочие существенные обязательства, предусмотренные в законе или договоре.

24. Прекращение договора должно быть соразмерно степени тяжести нарушения обязательств частным партнером и последствиям такого нарушения для организации-заказчика. Например, организация-заказчик может иметь законный интерес в установлении даты завершения строительства и поэтому будет вправе считать задержку в завершении строительства нарушением обязательств, а значит основанием для прекращения договора. Однако одна лишь задержка, тем более незначительная по сравнению с установленным в договоре о ПЧП сроком, может и не быть достаточным основанием для прекращения договора, когда во всех других отношениях организация-заказчик в целом удовлетворена способностью и стремлением частного партнера выполнить строительные работы, отвечающие установленным стандартам качества.

iii) Серьезное нарушение обязательств на этапе эксплуатации

25. К конкретным случаям нарушения обязательств, которые, как правило, являются основанием для прекращения договора на этапе эксплуатации объекта, относятся, в надлежащих случаях, следующие:

- а) серьезное несоответствие предоставляемых услуг законодательным и договорным стандартам качества, включая несоблюдение мер по контролю над ценами, применимых к концессионным ПЧП;
- б) неоправданное приостановление или временное прекращение предоставления услуг, предусмотренных договором, без предварительного согласия организации-заказчика;
- с) серьезное несоответствие установленным стандартам качества уровня технического обслуживания частным партнером объекта, оборудования и аппаратуры или неоправданная задержка в исполнении работ по материально-техническому обслуживанию в соответствии с согласованными планами, графиками и расписаниями;
- д) несоблюдение санкций, установленных организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, в зависимости от случая, в отношении частного партнера за нарушение им его обязанностей.

26. Возможность прекращения договора о ПЧП в случае несоблюдения частным партнером решений о мерах регулирования или санкций, принятых организацией-заказчиком, подчеркивает необходимость включения в договор о ПЧП эффективных механизмов предупреждения и урегулирования споров (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 5–9). Это относится также к прекращению договора о ПЧП в тех случаях, когда частный партнер признан виновным в налоговом мошенничестве или в совершении других мошеннических деяний или когда его представители или сотрудники замешаны в подкупе публичных должностных лиц и в совершении других актов коррупции (см. пункт 18 выше). Последняя ситуация также подчеркивает важность разработки эффективных механизмов для борьбы с коррупцией и взяточничеством и предоставления частному партнеру возможности подавать жалобы на вымогательство незаконных платежей или противоправные угрозы со стороны должностных лиц принимающей страны (см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 55–57).

б) Несостоятельность частного партнера

27. Как правило, услуги в области инфраструктуры должны предоставляться непрерывно, и по этой причине внутреннее законодательство большинства стран требует прекращения договора о ПЧП, если частный партнер объявлен несостоятельным или банкротом. Для обеспечения непрерывности предоставления услуг активы и собственность, которые должны быть переданы организации-заказчику, могут быть изъяты из производства по делу о несостоятельности, и закон может предусматривать необходимость получения предварительного разрешения правительства на совершение ликвидатором или управляющим по делу о несостоятельности любого действия по распоряжению любыми категориями активов, принадлежащих частному партнеру в рамках проекта ПЧП.

28. В правовых системах, разрешающих создание обеспечительных интересов в самой концессии (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 64 и 65), в законодательстве предусматривается, что организация-заказчик в целях обеспечения непрерывности предоставления соответствующих услуг может, в консультации с обеспеченными кредиторами, назначить временного управляющего на период, пока обеспеченные кредиторы, участвующие в производстве по делу о несостоятельности, не примут решения, по рекомендации управляющего по делу о несостоятельности, в отношении целесообразности продолжения этой деятельности или выставления права на эксплуатацию концессии на торги.

с) Прекращение в силу публичных интересов

29. В договорной практике некоторых стран публичные органы, приобретающие строительные работы, традиционно сохраняют за собой право на прекращение контракта на строительство в силу публичных интересов (т.е. без предъявления каких-либо оснований, кроме объяснения такого прекращения контракта интересами правительства). В некоторых странах системы общего права такое право, которое иногда называется правом на «прекращение по соображениям удобства», может быть осуществлено только в том случае, если оно специально предусмотрено в законодательном акте или в соответствующем контракте. В ряде правовых систем, придерживающихся традиции римского права, также признаются подобные полномочия публичных ведомств прекращать действие контрактов по соображениям публичных интересов или общих интересов. В некоторых странах наличие такого права может подразумеваться как часть правительственных полномочий на заключение контрактов даже при отсутствии прямо выраженного законодательного или договорного положения на этот счет. Право правительства прекращать контракт в силу публичных интересов в тех правовых системах, где оно признается, считается весьма существенным для сохранения за правительством его неограниченной правоспособности выполнять свои функции, затрагивающие общественное благо.

30. Вместе с тем следует тщательно рассмотреть условия для осуществления такого права и его последствия. Поскольку право определять, что составляет публичный интерес, может целиком принадлежать правительству, решение организации-заказчика о прекращении договора о ПЧП может быть оспорено только при особых обстоятельствах (например, в случае ненадлежащей мотивировки или злоупотребления полномочиями). В то же время общее и неограниченное право прекращать договор о ПЧП в силу публичных интересов может представлять собой не поддающийся оценке риск, на который частный партнер и кредиторы вряд ли будут согласны без достаточных гарантий того, что они получат незамедлительную компенсацию за понесенные убытки. Возможность прекращения в силу публичных интересов, если она предусматривается, должна быть поэтому как можно раньше доведена до сведения потенциальных инвесто-

ров и ясно оговорена в проекте договора о ПЧП, распространяемом вместе с запросом предложений (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 76). Компенсация в случае прекращения договора в силу публичных интересов может на практике включать те же позиции, которые принимаются во внимание при исчислении компенсации, причитающейся в случае прекращения на основании серьезного нарушения обязательств организацией-заказчиком (см. пункт 51; подробнее о финансовых механизмах, регулирующих последствия прекращения договора в силу публичных интересов, см. в пункте 54). Кроме того, в целом целесообразно ограничить осуществление права на прекращение договора о ПЧП ситуациями, когда такое прекращение обусловлено веской причиной необходимости обеспечения публичных интересов, которые должны толковаться ограничительно (например в случаях, когда важные последующие изменения в планах и политике правительства требуют интеграции проекта в более крупную сеть или когда изменения в планах организации-заказчика требуют значительного пересмотра проекта, что существенно отразится на первоначальном инженерно-конструкторском решении или коммерческой осуществимости проекта при его эксплуатации частным предприятием). В частности, нецелесообразно рассматривать право на прекращение договора в силу публичных интересов в качестве альтернативы другим договорным средствам правовой защиты в случае неудовлетворительного исполнения частным партнером его обязательств (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 155–165).

2. Прекращение частным партнером

31. В то время как в некоторых правовых системах организация-заказчик может сохранять за собой неограниченное право на прекращение договора о ПЧП, основания для прекращения частным партнером обычно ограничиваются серьезным нарушением обязательств организацией-заказчиком или другими исключительными обстоятельствами и, как правило, не включают в себя общее право прекращать договор о ПЧП по своему усмотрению. Кроме того, в некоторых правовых системах признается не право частного партнера на одностороннее прекращение договора о ПЧП, а только его право ходатайствовать перед третьей стороной, например компетентным судом, о вынесении решения по вопросу о прекращении договора о ПЧП.

а) Серьезное нарушение обязательств организацией-заказчиком

32. В целом право частного партнера на прекращение договора о ПЧП ограничено ситуациями, когда установлено, что организация-заказчик нарушила существенную часть своих обязательств (например, неосуществление согласованных платежей частному партнеру или невыдача лицензий, необходимых для эксплуатации объекта, по иным причинам, чем вина самого частного партнера).

В тех правовых системах, где организация-заказчик имеет право требовать внесения изменений или модификаций в осуществляемый проект, частный партнер может обладать правом на прекращение договора о ПЧП в случаях, если организация-заказчик вносит в первоначальный проект такие изменения или модификации, которые требуют существенного увеличения объема необходимых инвестиций, и если стороны не договорились о надлежащей сумме компенсации (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 81–84).

33. Помимо случаев серьезного нарушения обязательств самой организацией-заказчиком, было бы, возможно, справедливо предоставить частному партнеру право прекращать договор, если он лишается возможности выполнять свои обязательства из-за действий других публичных органов, помимо организации-заказчика, таких как непринятие определенных мер поддержки, необходимых для обеспечения исполнения договора о ПЧП (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 61–86).

34. Хотя для прекращения частным партнером не всегда может требоваться окончательное определение суда или другого органа по урегулированию споров, могут существовать ограничения на средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении частного партнера на случай нарушения обязательств организацией-заказчиком. Согласно правовой норме, закрепленной во многих правовых системах, сторона контракта может прекратить исполнение своих обязательств в случае нарушения другой стороной существенной части ее обязательств. Однако в некоторых правовых системах эта норма не распространяется на правительственные контракты и в законодательстве вместо этого предусматривается, что подрядчики правительства не освобождаются от исполнения их обязательств лишь на основании нарушения контракта организацией-заказчиком, разве только до тех пор, пока этот контракт не будет признан недействительным судебным или арбитражным решением.

35. Ограничения права частного партнера прекратить исполнение своих обязательств, как правило, направлены на обеспечение непрерывности предоставления общедоступных услуг (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 95 и 96). Вместе с тем следует отметить, что если организация-заказчик имеет возможность смягчить последствия нарушения обязательств частным партнером, используя свое право вмешательства, то частный партнер обычно подобными средствами правовой защиты не обладает. В случае серьезного нарушения обязательств организацией-заказчиком частный партнер может понести значительный или даже невосполнимый ущерб, в зависимости от времени, необходимого для получения окончательного решения об освобождении частного партнера от его обязательств по договору о ПЧП. Эти обстоятельства подчеркивают важность правительственных гарантий в отношении обязательств, принимаемых на себя организацией-заказчиком (см. главу II

«Планирование и подготовка проектов», пункты 71–76), и необходимость предоставления сторонам возможности выбора механизмов быстрого и эффективного урегулирования споров (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 3–49).

б) Изменение условий

36. Внутреннее законодательство часто позволяет частному партнеру прекратить договор о ПЧП, если исполнение частным партнером его обязательств существенно затрудняется в результате непредвиденного изменения условий и если стороны не договорились о надлежащем пересмотре договора о ПЧП с учетом изменившихся условий (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 135–144). Кроме того, частный партнер может обладать правом на прекращение договора в том случае, если организация-заказчик не выполняет договорные обязательства, направленные на обеспечение экономической сбалансированности договора (например, положения о корректировке и индексации).

3. Прекращение любой из сторон

а) Препятствия исполнению

37. В законодательстве некоторых стран предусматривается возможность прекращения договора о ПЧП сторонами, если исполнение ими своих обязательств необратимо становится невозможным из-за обстоятельства, определяемого в договоре о ПЧП как препятствие, освобождающее от ответственности (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 146–148). В связи с этим в договоре о ПЧП целесообразно предусмотреть, что в случае если освобождающее от ответственности препятствие будет действовать в течение определенного срока или если совокупная продолжительность двух или более освобождающих от ответственности препятствий превысит определенный срок, договор может быть прекращен любой из сторон. Если исполнение проекта становится невозможным по юридическим причинам, например вследствие изменений в законодательстве или в результате судебных решений, затрагивающих действительность договора о ПЧП, такое право на прекращение может не обуславливаться истечением определенного срока и может быть осуществлено незамедлительно после изменения законодательства или возникновения другого препятствия юридического характера.

б) Обоюдное согласие

38. Некоторые правовые системы разрешают сторонам прекращать договор о ПЧП по обоюдному согласию, как правило, с утверждением такого решения вышестоящим органом. В тех правовых системах, где прекращение по обоюдно-

му согласию может рассматриваться как прекращение предоставления общедоступных услуг, ответственность за которое может нести организация-заказчик, ей могут потребоваться конкретные полномочия, предоставляемые в законодательном порядке.

Е. Последствия истечения или прекращения договора о ПЧП

39. Последствия истечения или прекращения договора могут быть разными в зависимости от типа и структуры ПЧП (т.е. являются ли ПЧП концессионными или неконцессионными), а также от характера проекта (обзор различных типов ПЧП см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 14–16). В случае ПЧП концессионного типа истечение или прекращение договора, как правило, означает прекращение права концессионера на эксплуатацию объекта, предоставление соответствующих услуг и получение платежей в этой связи. В таких случаях если не предусмотрено, что инфраструктура будет находиться в полной собственности концессионера, то истечение или прекращение договора о ПЧП часто требует передачи активов организации-заказчику или другому концессионеру, который берет на себя ответственность за эксплуатацию объекта. Когда речь идет о ПЧП неконцессионного типа, ситуация может быть иной, в частности если частный партнер сохраняет права собственности на проектные активы. Это может повлечь за собой важные финансовые последствия, которые сторонам необходимо подробно рассмотреть в договоре о ПЧП, особенно в случае прекращения договора любой из сторон. Сторонам необходимо будет также согласовать различные меры этапа завершения проекта в целях обеспечения упорядоченной передачи ответственности за эксплуатацию объекта и предоставление услуг.

1. Передача активов, относящихся к проекту

40. В большинстве случаев активы и собственность, первоначально предоставленные в распоряжение частного партнера, и другие материальные средства, связанные с проектом, должны быть возвращены организации-заказчику по истечении или прекращении договора о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 22–28). В рамках типичного проекта строительство–эксплуатация–передача частный партнер будет обязан также передать организации-заказчику материальную инфраструктуру и другие связанные с проектом активы по истечении или прекращении договора о ПЧП. Активы, которые требуется передать организации-заказчику, часто включают нематериальные активы, например непогашенную дебиторскую задолженность и другие права, существующие на момент передачи. В зависимости от проекта активы, подлежащие передаче, могут включать специальную технологию или

ноу-хау (см. пункты 56–60). Следует отметить, что в рамках некоторых ПЧП активы непосредственно и автоматически передаются вновь отобранному частному партнеру, который является преемником действующего частного партнера в предоставлении соответствующей услуги.

а) Передача активов организации-заказчику

41. В зависимости от вида активов, подлежащих передаче, могут потребоваться различные механизмы (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 27):

а) активы, подлежащие передаче организации-заказчику. Согласно правовой традиции некоторых стран частный партнер в конце проекта ПЧП обязан передать организации-заказчику такие активы свободными от залоговых требований и обременений и безвозмездно, за исключением компенсации за произведенную в целях обеспечения непрерывности предоставления услуг реконструкцию или модернизацию сооружений, стоимость которых еще не возмещена частным партнером. На практике такая норма предполагает установление в ходе переговоров достаточно длительного договорного срока и достаточно высокого уровня доходности, с тем чтобы частный партнер мог полностью амортизировать свои инвестиции и выплатить свою задолженность. В законах других стран допускается более гибкий подход, разрешающий организации-заказчику компенсировать частному партнеру остаточную стоимость, если такая сохраняется, активов, построенных частным партнером, или иных сделанных им инвестиций в физические объекты или системы;

б) активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору. Если организация-заказчик примет решение использовать свое право выкупа таких активов, частный партнер обычно вправе получить компенсацию, соответствующую их справедливой рыночной стоимости на соответствующий момент. Вместе с тем если ожидается, что такие активы будут полностью амортизированы (т.е. финансовые механизмы частного партнера не предусматривают какого-либо сохранения остаточной стоимости активов), то стороны обычно договариваются о том, что выплачиваемая цена будет номинальной. В договорной практике некоторых стран обычно предусматривается сохранение организацией-заказчиком некоторого обеспечительного интереса в таких активах в качестве гарантии их эффективной передачи;

с) активы, которые остаются в частной собственности частного партнера. Как правило, такие активы могут свободно вывозиться или реализовываться частным партнером.

б) Передача активов новому частному партнеру

42. Как это указывалось выше, в конце срока действия договора о ПЧП организация-заказчик, возможно, пожелает провести повторные процедуры по заключе-

нию договора, а не заниматься самостоятельно эксплуатацией объекта (см. пункт 7). Для этой цели было бы полезно предусмотреть в законе требование о том, чтобы частный партнер передал активы в распоряжение нового частного партнера. Для обеспечения упорядоченного переходного периода и непрерывности предоставления услуг частный партнер должен быть обязан сотрудничать с новым частным партнером в процессе передачи объекта. Передача активов одним частным партнером другому может потребовать выплаты некоторой компенсации действующему частному партнеру в зависимости от того, были или не были амортизированы эти активы.

43. Один из важных элементов, которые следует рассмотреть в этой связи, касается структуры финансового предложения, сформулированного частным партнером в ходе процесса отбора (см. также главу III «Решение заключить договор», пункт 76). В рамках ПЧП в области публичной инфраструктуры одна из основных предпосылок финансовых предложений участников процедур состоит в том, что все активы, которые требуется построить или приобрести для нужд ПЧП, будут полностью амортизированы (т.е. их стоимость будет полностью возмещена) в течение срока действия ПЧП. Таким образом, финансовые предложения, как правило, не будут содержать каких-либо предположений об остаточной стоимости активов в конце срока действия ПЧП. В подобных случаях может не существовать причин *prima facie* для того, чтобы требовать от частного партнера — преемника выплаты какой-либо компенсации первоначальному частному партнеру, которому может быть предписано предоставить все активы в распоряжение своего преемника бесплатно или лишь за номинальное вознаграждение. Так, если частный партнер получил ожидавшуюся им прибыль, то платеж частного партнера — преемника за передачу активов будет представлять для последнего дополнительные затраты, которые в конечном итоге будут возмещаться за счет цен, взимаемых таким преемником в соответствии со вторым договором. В то же время если уровень тарифов, предусмотренный в первоначальном предложении частного партнера, основывался на предпосылке сохранения какой-либо остаточной стоимости активов в конце срока действия ПЧП или если финансовое предложение исходило из предпосылки получения значительных поступлений от третьих сторон, то частный партнер может иметь право на компенсацию за активы, передаваемые частному партнеру — преемнику.

с) Состояние активов на момент передачи

44. При передаче активов организации-заказчику или непосредственно новому частному партнеру по истечении срока ПЧП частный партнер, как правило, обязан передать их свободными от залоговых требований или обременений и в таком состоянии, которое необходимо для нормального функционирования объекта инфраструктуры с учетом потребностей предоставления соответствующей услуги. Право организации-заказчика на получение этих активов в таком рабочем состоянии подкрепляется в законодательстве некоторых стран обяза-

тельством частного партнера содержать и передать активы в таком надлежащем состоянии, как того требуют разумные правила эксплуатации, и предоставить ту или иную гарантию этого (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 127). Когда организация-заказчик требует возврата активов в оговоренном состоянии, такие требования должны быть разумными. Если требование организации-заказчика о том, чтобы активы были пригодными для дальнейшей эксплуатации в течение какого-то определенного срока, представляется оправданным, то неразумно ожидать, что они будут в практически новом состоянии. Кроме того, эти требования могут быть неприменимы в случае прекращения договора о ПЧП, в частности прекращения до успешного завершения этапа строительства.

45. Целесообразно разработать четкие процедуры оценки и удостоверения состояния активов, которые должны быть переданы организации-заказчику. Полезным было бы, например, создать комитет в составе представителей организации-заказчика и частного партнера для установления того, находятся ли объекты в надлежащем состоянии и отвечают ли они соответствующим требованиям, оговоренным в договоре о ПЧП. В договоре о ПЧП может также предусматриваться порядок назначения и круг ведения такого комитета, который может быть наделен полномочиями потребовать от частного партнера принятия разумных мер по ремонту или устранению любых дефектов или недостатков, обнаруженных на объекте. Было бы целесообразно предусмотреть проведение на надлежащем этапе заблаговременно до прекращения договора (не менее чем за один год, но в некоторых случаях и ранее) специальной инспекции, по итогам которой организация-заказчик может потребовать от частного партнера принятия дополнительных мер по материально-техническому обслуживанию для обеспечения того, чтобы в момент передачи материальные средства находились в надлежащем состоянии. Организация-заказчик, возможно, пожелает в договоре о ПЧП потребовать от частного партнера предоставления специальных гарантий по обеспечению удовлетворительной передачи объектов. Организация-заказчик могла бы использовать средства по таким гарантиям для оплаты ремонта поврежденных активов или имущества.

2. Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения

46. Прекращение договора о ПЧП может произойти до того, как частному партнеру удастся возместить свои инвестиции, погасить задолженность и получить ожидаемую прибыль, что может причинить частному партнеру значительные убытки. Убытки может также потерпеть и организация-заказчик, поскольку ей, возможно, придется осуществить дополнительные инвестиции или понести значительные расходы, например, для обеспечения завершения сооружения объекта или дальнейшего предоставления соответствующих услуг. С учетом этих

обстоятельств в договоры о ПЧП, как правило, включаются подробные положения, касающиеся финансовых прав и обязательств сторон по прекращению договора. Объем условных обязательств после прекращения договора о ПЧП может быть весьма существенным, и его необходимо надлежащим образом оценить при разработке матрицы рисков организации-заказчика на самых ранних этапах планирования проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 15 и 16). Более того, фактические платежи со стороны организации-заказчика — будь то в качестве компенсации за прекращение договора или в качестве регулярного платежа за передачу активов — могут требовать существенных бюджетных ассигнований, которые организации-заказчику, возможно, необходимо будет истребовать задолго до фактического осуществления таких платежей.

47. В последующих пунктах рассматриваются различные факторы, которые организации-заказчики и частные партнеры обычно учитывают при определении стандартов компенсации, на которую одна из сторон может иметь право в случае прекращения договора о ПЧП. В этом контексте важно различать стандарты компенсации, предусмотренные в договоре, и возмещение ущерба в связи с неправомерным прекращением договора. В последнем случае платежи являются эквивалентом полной реституции, и их цель состоит в том, чтобы потерпевшая сторона оказалась, по существу, в таком же положении, в каком она была бы, если бы вторая сторона не допустила неправомерного прекращения договора³. При этом компенсационные платежи, предусмотренные в договоре, как правило, не носят реституционного или штрафного характера и обычно являются отражением того, что стороны считают справедливой компенсацией за вложенные инвестиции и возможные неполученные прибыли или преимущества по причине досрочного прекращения договора.

48. В принципе существует три подхода к определению размера компенсационных платежей: а) в рамках подхода на основе дохода предприятие оценивается с учетом его текущего или ожидаемого дохода с использованием метода дисконтирования денежных потоков, метода корректировки текущей стоимости

³ Стандарты возмещения ущерба, согласно международному обычному праву, в целом были определены Постоянной палатой международного правосудия следующим образом: «Основной принцип, содержащийся в самом понятии противоправного деяния — принцип, который, как представляется, установлен международной практикой и, в частности, решениями третейских судов, — состоит в том, что возмещение должно, насколько это возможно, ликвидировать все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая, по всей вероятности, существовала бы, если бы это деяние не было совершено. Реституция натурой или, если это невозможно, выплата суммы, соответствующей стоимости реституции в натуре; назначение, если есть необходимость, возмещения ущерба за понесенные потери, которые не покрываются реституцией в натуре или замещающей ее выплатой, — таковы принципы, которые должны использоваться для определения размера компенсации, причитающейся за деяние, противоречащее международному праву» (*Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, *Merits*, 1928 PCIJ (Ser.A) No. 17 (13 September), p. 125).

или метода капитализации денежного потока; *b)* рыночный подход предполагает сравнение рыночной стоимости рассматриваемого проекта со стоимостью аналогичного предприятия или аналогичной доли в предприятии, определяемой по цене продажи; *c)* наконец, в рамках подхода на основе активов используется либо учетная стоимость активов, в отношении которых полагается компенсация, либо их восстановительная стоимость. Все три подхода могут использоваться для определения параметров расчета компенсации за прекращение договора о ПЧП, и такие параметры обычно зависят от того, на каком этапе и на каких основаниях был прекращен договор. Тем не менее при определении параметров компенсации ключевую роль обычно играют следующие факторы:

a) *кредиторская задолженность, инвестиции в акционерный капитал и ожидаемая прибыль.* Прекращение проекта, как правило, входит в число событий неисполнения, которые оговариваются в кредитных соглашениях частного партнера. Поскольку в кредитные соглашения обычно включается так называемая оговорка о досрочном наступлении срока погашения, согласно которой в момент наступления события неисполнения может наступить срок выплаты всей задолженности, то непосредственные убытки, которые несет частный партнер при прекращении договора о ПЧП, могут включать всю сумму кредиторской задолженности на момент прекращения. Могут ли эти убытки — и в каком объеме — быть компенсированы организацией-заказчиком, обычно зависит от того, на каком основании был прекращен договор о ПЧП. Частичная компенсация может быть ограничена суммой, соответствующей стоимости работ, удовлетворительно выполненных частным партнером, а полная компенсация может покрывать всю кредиторскую задолженность. Еще одной категорией убытков, которые иногда принимаются во внимание в механизмах компенсации, являются убытки частного партнера по инвестициям в акционерный капитал в той части этих инвестиций, которая к моменту прекращения еще не была возмещена. Наконец, прекращение также лишает частного партнера будущей прибыли, которую может принести объект. Хотя утраченная прибыль обычно не считается фактическим ущербом, в таких исключительных обстоятельствах, как неправомерное прекращение договора организацией-заказчиком, в сумму компенсации, причитающейся частному партнеру, может быть включена текущая стоимость ожидаемой будущей прибыли;

b) *степень завершенности, остаточная стоимость и амортизация активов.* Договорные схемы компенсации на случай различных оснований прекращения договора обычно предусматривают выплату компенсации, соразмерной со степенью завершенности работ на момент прекращения. Стоимость работ обычно определяется на основе объема инвестиций, необходимых для сооружения объекта (в особенности если прекращение происходит на этапе строительства), цены замещения или остаточной стоимости объекта. Под остаточной стоимостью понимается рыночная стоимость объекта инфраструктуры на момент

прекращения договора. Определение рыночной стоимости может вызвать трудности, или такой стоимости может просто не существовать в случае некоторых видов материальной инфраструктуры (таких как мосты или дороги) или объектов, срок эксплуатации которых близится к завершению. Иногда остаточную стоимость можно исчислить с учетом ожидаемой полезности объекта для организации-заказчика. Между тем трудности могут возникнуть в установлении стоимости незавершенных работ, особенно в том случае, если сумма инвестиций, которые еще потребуются произвести организации-заказчику для ввода объекта в эксплуатацию, будет превышать сумму средств, фактически вложенных частным партнером. В любом случае полная выплата остаточной стоимости производится редко, особенно если поступления от проекта представляют собой единственный источник средств для возмещения инвестиций частного партнера. Таким образом, вместо полной компенсации стоимости объекта частный партнер часто получает компенсацию лишь за остаточную стоимость активов, которые не были полностью амортизированы к моменту прекращения договора.

а) Прекращение в результате нарушения обязательств частным партнером

49. Частный партнер обычно не имеет права на компенсацию убытков в случае прекращения договора, которое было вызвано нарушением обязательств с его стороны. В действительности частный партнер может быть даже обязан выплатить компенсацию за ущерб, причиненный организации-заказчику, хотя на практике виновная в нарушении компания, задолженность которой затребована кредиторами к погашению, редко будет иметь достаточно оставшихся финансовых средств для фактической выплаты компенсации за такие убытки, что подчеркивает значимость залладных и других гарантий выполнения обязательств, которые частный партнер может быть обязан предоставить (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 118 и 119).

50. Следует отметить, что прекращение на основании нарушения обязательств, даже в том случае если оно рассматривается как санкция за серьезное неисполнение, не должно приводить к необоснованному обогащению любой из сторон. Поэтому даже в случае ПЧП, предполагающих сооружение частным партнером объекта инфраструктуры, который в конечном итоге должен быть передан организации-заказчику, прекращение отнюдь не обязательно влечет за собой появление у организации-заказчика права на получение активов без какого-либо платежа частному партнеру. Справедливым решением в урегулировании этой проблемы могло бы стать проведение разграничения между различными видами активов в зависимости от порядка распоряжения ими, предусмотренного в договоре о ПЧП (см. пункт 40):

а) активы, подлежащие передаче организации-заказчику. В случае когда договор о ПЧП после истечения его срока требует автоматической передачи

проектных активов организации-заказчику, прекращение договора на основании нарушения обязательств обычно не влечет за собой выплаты частному партнеру компенсации за эти активы, за исключением остаточной стоимости удовлетворительно выполненных работ в той ее части, которая еще не была амортизирована частным партнером;

б) активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору. Финансовая компенсация может быть уместной в случаях, когда организация-заказчик имеет право по своему выбору выкупить активы по рыночной стоимости по истечении срока договора о ПЧП либо право требовать, чтобы возможность выкупа этих активов была предоставлена победителю процедур по выдаче нового подряда на проект. Вместе с тем для стимулирования работы частного партнера вполне оправданным было бы предусмотреть выплату финансовой компенсации в сумме, меньшей чем полная стоимость активов. Аналогично, такая компенсация не обязательно должна покрывать все затраты по выплате кредиторской задолженности частного партнера. Детали формулы расчета финансовой компенсации целесообразно оговорить в договоре о ПЧП (например, охватывает ли покрытие лишь стоимость активов за вычетом обязательств либо сумму непогашенной кредиторской задолженности или стоимость альтернативного использования активов в зависимости от того, какая из этих сумм является меньшей);

с) активы, которые остаются в собственности частного партнера. Принадлежащие частному партнеру активы, которые не попадают под категории (а) или (б) выше, обычно могут свободно вывозиться и реализовываться частным партнером, и таким образом необходимость в механизмах компенсации возникает весьма редко. В то же время иная ситуация может возникнуть в случае полностью приватизированных проектов, когда все активы, включая те из них, которые абсолютно необходимы для предоставления услуг, находятся в собственности частного партнера. В подобных случаях в целях обеспечения непрерывности предоставления услуг организация-заказчик может счесть необходимым взять на себя распоряжение активами, даже если это не предусмотрено договором о ПЧП. В этих случаях, как правило, считается, что организация-заказчик должна выплатить частному партнеру компенсацию по справедливой рыночной стоимости активов. Вместе с тем в договоре о ПЧП может быть предусмотрено, что размер компенсации следует сократить на сумму затрат, понесенных организацией-заказчиком в связи с эксплуатацией объекта или привлечением услуг другого оператора.

б) Прекращение в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком

51. Частный партнер обычно имеет право на получение полной компенсации за убытки, понесенные из-за прекращения договора на основаниях, относимых

на счет организации-заказчика. Компенсация, причитающаяся частному партнеру, обычно включает компенсацию стоимости работ и сооружений в той ее части, которая еще не амортизирована, а также убытков, причиненных частному партнеру, включая утраченную прибыль. Она обычно рассчитывается на основе доходов частного партнера по предыдущим финансовым годам, если прекращение происходит в ходе этапа эксплуатации, или на основе прогнозов в отношении ожидаемой прибыли в течение первоначально предусмотренного срока проекта. Частный партнер может иметь право на полную компенсацию задолженности и акционерного капитала, включая издержки по обслуживанию долга и утраченную прибыль.

с) Прекращение на иных основаниях

52. При рассмотрении механизмов компенсации в случае прекращения договора в результате возникновения обстоятельств, не связанных с нарушением обязательств любой из сторон, было бы полезно провести различие между прекращением на основании препятствий, освобождающих от ответственности, и прекращением организацией-заказчиком по таким причинам, как обеспечение публичных интересов или иные подобные основания.

i) Прекращение в результате возникновения препятствий, освобождающих от ответственности

53. По определению препятствия, освобождающие от ответственности, представляют собой события, находящиеся вне сферы контроля сторон, и, как общее правило, прекращение договора при возникновении таких обстоятельств не может вызывать требований возмещения ущерба ни у одной из сторон. Вместе с тем могут существовать обстоятельства, при которых было бы справедливым предоставить некоторую компенсацию частному партнеру, например справедливую компенсацию за уже выполненные работы, в частности в случае, когда созданные активы, в силу их специфического характера, не могут быть вывезены частным партнером или с пользой задействованы им, но могут быть эффективно использованы организацией-заказчиком для предоставления соответствующих услуг (например, мост). Однако поскольку прекращение договора в таких случаях не может быть отнесено на счет организации-заказчика, компенсация, причитающаяся частному партнеру, не обязательно должна быть полной (т.е. возмещение задолженности, акционерного капитала и утраченной прибыли).

ii) Прекращение в силу публичных интересов

54. В случае когда в договоре о ПЧП признается право организации-заказчика на прекращение договора в силу публичных интересов (см. пункт 30), компенсация, подлежащая выплате частному партнеру, обычно покрывает компенсацию за те же позиции, которые включаются в компенсацию, выплачиваемую при

прекращении договора в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком (см. пункт 51), хотя и необязательно в полном объеме. Для установления справедливого размера компенсации, причитающейся частному партнеру, было бы целесообразно различать прекращение в силу публичных интересов на этапе строительства и прекращение на этапе эксплуатации:

а) прекращение на этапе строительства. При прекращении договора о ПЧП на этапе строительства и инвестирования условия компенсации могут соответствовать стандартной практике, применяемой в связи с выполнением крупных строительных контрактов, в которых предусматривается возможность прекращения по соображениям удобства. В таких случаях подрядчик обычно имеет право на получение части цены, которая относится к удовлетворительно выполненному строительству, а также на компенсацию расходов и убытков, понесенных подрядчиком в результате прекращения контракта. Однако, поскольку организация-заказчик обычно не оплачивает цену строительных работ, выполняемых частным партнером, главным критерием при расчете компенсации, как правило, является общий объем инвестиций, действительно вложенных частным партнером на момент прекращения, включая все суммы, фактически выплаченные по кредитным механизмам, предоставленным частному партнеру, на цели выполнения строительных работ по договору о ПЧП, и расходы, связанные с расторжением кредитных соглашений. Риск прекращения договора на этапе строительства — это один из основных рисков финансирования проектов ПЧП. Некоторые страны стремятся смягчить этот риск и повысить финансовую привлекательность проектов, в рамках которых организация-заказчик оплачивает работы, выполненные частным партнером, периодически выдавая оборотные сертификаты, которые отражают объем инвестиций, осуществленных за соответствующий период (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 51–52). При использовании таких схем любые суммы, признанные, но еще не оплаченные организацией-заказчиком, автоматически включаются в остаточную сумму, подлежащую выплате организацией-заказчиком в качестве платежа за неамортизированные инвестиции в случае досрочного прекращения договора о ПЧП. Общие финансовые последствия использования такой формы принятия организацией-заказчиком на себя строительного риска, которая встречается в некоторых моделях ПЧП, необходимо тщательно проанализировать на этапе планирования проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 30–32). Еще одним дополнительным вопросом является вопрос о том, имеет ли частный партнер право — и в каком объеме — на возмещение утраченной прибыли по той части договора, действие которой было прекращено в силу публичных интересов. С одной стороны, частный партнер мог упустить другие деловые возможности, рассчитывая на завершение объекта и его эксплуатацию в течение предусмотренного срока действия договора о ПЧП. С другой стороны, обязательство организации-заказчика компенсировать частному партнеру утраченную

им прибыль может стать запретительным с финансовой точки зрения для осуществления организацией-заказчиком права на прекращение договора по соображениям удобства. Одно из решений этой проблемы может заключаться в установлении в договоре о ПЧП шкалы выплат, которые должны быть произведены организацией-заказчиком в качестве компенсации утраченной прибыли; сумма выплат в соответствии с этой шкалой будет зависеть от стадии завершения строительства на момент прекращения договора о ПЧП по соображениям удобства;

б) прекращение на этапе эксплуатации. В случае успешного завершения частным партнером строительных работ условия компенсации могут быть теми же, что и при прекращении на этапе строительства. Вместе с тем надлежащая компенсация в случае прекращения на этапе эксплуатации может потребовать выплаты справедливой компенсации за утраченную прибыль. Более высокая норма компенсации в этом случае может быть оправдана тем, что, в отличие от прекращения договора на этапе строительства, когда организация-заказчик может быть вынуждена завершить строительство объекта за свой счет, при прекращении на этапе эксплуатации организация-заказчик имеет возможность получить завершенный объект, готовый к рентабельной эксплуатации. Компенсация за утраченную прибыль часто рассчитывается на основе поступлений частного партнера за ряд истекших финансовых лет, однако в некоторых случаях, возможно, потребуются принять во внимание и другие элементы, такие как предполагаемый доход на основе согласованных тарифов, поскольку предполагаемый доход является центральным элементом технико-экономического обоснования и определения финансовых параметров проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 33 и 34). Это объясняется тем, что при некоторых проектах в области инфраструктуры, таких как платные автодороги и другие аналогичные проекты, которые характеризуются большими финансовыми затратами и относительно низким доходом на начальных этапах эксплуатации, прекращение может произойти до того момента, когда будут существовать данные о доходности проекта.

3. Этап завершения и меры в переходный период

55. В случае когда по истечении срока действия договора объект передается организации-заказчику, сторонам может потребоваться осуществить ряд мероприятий, направленных на обеспечение того, чтобы организация-заказчик могла эксплуатировать объект в соответствии с установленными стандартами эффективности и безопасности. В договоре о ПЧП может быть предусмотрено обязательство частного партнера о передаче определенной технологии или ноу-хау, необходимых для эксплуатации объекта инфраструктуры. В договоре о ПЧП может быть также предусмотрено дальнейшее исполнение частным партнером в течение определенного переходного периода определенных обязательств по

эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта. В нем может быть далее закреплено обязательство со стороны частного партнера обеспечить поставку или содействовать обеспечению поставок запасных частей, которые могут потребоваться организации-заказчику для производства ремонта на объекте. Следует отметить однако, что частный партнер может быть не в состоянии самостоятельно осуществить некоторые из мер переходного периода, о которых говорится ниже, поскольку в большинстве случаев компания — частный партнер будет учреждаться с единственной целью реализации проекта и будет вынуждена, в силу этого, приобретать соответствующую технологию и запасные части у третьих сторон.

а) Передача технологии и ноу-хау

56. В некоторых случаях объект, передаваемый организации-заказчику, будет включать различные технологические процессы, необходимые для производства определенной продукции, например электроэнергии или питьевой воды, или предоставления соответствующих услуг, например телефонной связи. Часто организация-заказчик желает получить знания о таких процессах и их применении. Организация-заказчик может также пожелать приобрести техническую информацию и производственные навыки, необходимые для эксплуатации и обслуживания объекта. Даже в тех случаях, когда организация-заказчик обладает базовыми возможностями для осуществления отдельных элементов эксплуатации и материально-технического обслуживания (например, для гражданских проектно-конструкторских и строительных работ), ей может потребоваться знание специальных технологических процессов, необходимых для соответствующей эксплуатации объекта. Передача организации-заказчику таких знаний, информации и производственных навыков часто называется «передача технологии». Обязательства по передаче технологии не могут быть возложены на частного партнера в одностороннем порядке, и на практике эти вопросы являются предметом обширных переговоров между заинтересованными сторонами. Хотя принимающая страна имеет законный интерес в получении доступа к технологии, необходимой для эксплуатации объекта, коммерческие интересы и деловые стратегии частных инвесторов должны быть надлежащим образом учтены.

57. Для урегулирования вопросов, касающихся передачи технологии и исполнения других обязательств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта, могут быть использованы различные договорные механизмы. Сама передача технологии может осуществляться различными путями, например путем лицензирования промышленной собственности, создания совместного предприятия сторон или предоставления конфиденциального ноу-хау. Настоящее *Руководство* не направлено на всестороннее рассмотрение вопросов заключения и составления контрактов, касающихся лицензирования промышленной собственности или предоставления ноу-хау, поскольку этот вопрос уже подробно рассматривался в публикациях различных органов Организации Объеди-

ненных Наций⁴. В нижеследующих пунктах лишь отмечаются некоторые основные вопросы, касающиеся передачи производственных навыков, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, путем обучения персонала организации-заказчика или предоставления документации.

58. Наиболее важным методом передачи организации-заказчику технической информации и навыков, необходимых для надлежащей эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, является подготовка персонала организации-заказчика. С тем чтобы получить возможность принять решение относительно своих потребностей в подготовке персонала, организация-заказчик может в запросе предложений или в ходе переговоров по заключению договора запросить у частного партнера организационную схему, показывающую штатные потребности для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, с указанием основной технической и иной квалификации, которой должен обладать персонал. Такие потребности должны быть указаны достаточно подробно, с тем чтобы организация-заказчик могла определить объем необходимой подготовки с учетом имеющегося у нее персонала. Во многих случаях частный партнер будет иметь возможность обеспечить такую подготовку. Однако в некоторых случаях подготовка персонала может быть более эффективно проведена инженером-консультантом или каким-либо учреждением, специализирующимся в области такой подготовки.

59. Техническая информация и навыки, необходимые для надлежащей эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, могут также передаваться путем предоставления технической документации. Документация, которая должна быть предоставлена, может включать планы, чертежи, формулы, руководства по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и инструкции по технике безопасности. Целесообразно перечислить в договоре о ПЧП документы, которые должны быть предоставлены. Можно затребовать у частного партнера предоставление исчерпывающих и ясно составленных документов на конкретном языке. Может быть целесообразным обязать частного

⁴ Вопросы, касающиеся заключения и составления контрактов на лицензирование промышленной собственности и предоставление ноу-хау, подробно рассматриваются в *Licensing Guide for Developing Countries* (Руководство по лицензированию для развивающихся стран), подготовленном Всемирной организацией интеллектуальной собственности (WIPO publication No. 620 (E), 1977). Основные вопросы, которые необходимо учитывать при заключении и составлении таких контрактов, изложены в *Руководящих принципах оценки соглашений о передаче технологий*, серия изданий «Разработка и передача технологий», № 12 (ID/233, 1979 год), а также в *Guide for Use in Drawing up Contracts Relation to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (Руководство по составлению контрактов, касающихся международной передачи ноу-хау в машиностроительной промышленности) (United Nations publication, Sales No. E.70.II.E.15). Еще одной публикацией по данному вопросу является *Handbook on the Acquisition of Technology by Developing Countries* (Справочник по приобретению технологий развивающимися странами) (United Nations publication, Sales No. E.78.II.D.15). Вопросы передачи технологий в контексте контрактов на строительство промышленных объектов рассмотрены в *Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.10), глава VI «Передача технологий».

партнера провести по просьбе организации-заказчика демонстрационный показ операций, указанных в документации, если эти операции невозможно понять без такого показа.

60. Можно уточнить, в какой момент должна быть предоставлена документация. В договоре о ПЧП может предусматриваться, что документация должна быть полностью представлена к установленному в договоре сроку завершения строительства. Стороны, возможно, пожелают также предусмотреть, что передача объекта не считается завершенной до тех пор, пока не предоставлена вся требуемая по договору документация, относящаяся к эксплуатации объекта и подлежащая представлению до завершения строительства. Возможно, целесообразно предусмотреть, что некоторая часть документации, например руководства по эксплуатации, должна быть предоставлена в ходе строительства, поскольку такая документация может дать возможность персоналу или инженеру организации-заказчика понять действие машин или оборудования уже в ходе их монтажа.

b) Оказание помощи в связи с эксплуатацией и материально-техническим обслуживанием объекта после его передачи

61. Объем помощи со стороны частного партнера, необходимой организации-заказчику, будет зависеть от технологий и квалификации персонала, которыми располагает организация-заказчик. Если организация-заказчик не располагает персоналом, имеющим достаточную квалификацию для технической эксплуатации объекта, она, возможно, пожелает получить помощь частного партнера в эксплуатации объекта, по крайней мере на первоначальном этапе. В некоторых случаях организация-заказчик может пожелать, чтобы частный партнер обеспечил персонал для замещения многих технических постов на объекте, в то время как в других случаях она, возможно, пожелает, чтобы частный партнер лишь предоставил технических специалистов, которые в качестве консультантов будут сотрудничать с персоналом организации-заказчика в выполнении некоторых высокоспециализированных операций.

62. Для оказания организации-заказчику помощи в эксплуатации и материально-техническом обслуживании объекта в договор о ПЧП может быть включено требование к частному партнеру представить перед передачей объекта программу эксплуатации и материально-технического обслуживания, предназначенную для поддержания функционирования объекта в оставшийся срок его службы на уровне эффективности, требуемом по договору о ПЧП. Программа эксплуатации и технического обслуживания может включать, например, следующие вопросы: составление организационной схемы, показывающей основной персонал, необходимый для технической эксплуатации объекта, а также функции каждого работника; периодическая инспекция объекта; смазка, чистка и регулировка оборудования; и замена дефектных или изношенных частей. Материально-техническое обслуживание может также включать операции орга-

низационного характера, например составление графика материально-технического обслуживания или регистрацию работ по материально-техническому обслуживанию. Организация-заказчик может также потребовать от частного партнера предоставить ей руководства по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию, содержащие описание соответствующих процедур. Такие руководства должны быть составлены в формате и на языке, понятном для персонала организации-заказчика.

63. Эффективной формой обучения персонала организации-заказчика процедурам эксплуатации и материально-технического обслуживания, которую можно предусмотреть в договоре о ПЧП, является производственное обучение в ходе совместной работы персонала организации-заказчика с персоналом частного партнера по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта в течение определенного срока до или после его передачи. Затем можно определить должности, которые будет занимать нанятый организацией-заказчиком персонал, и указать его квалификацию и опыт. Чтобы избежать трений и обеспечить эффективную работу, целесообразно четко определить любые полномочия, которые будет иметь персонал каждой стороны по отношению к персоналу другой стороны в течение соответствующего срока.

с) Поставки запасных частей

64. В рамках проектов, предусматривающих передачу объекта организации-заказчику, ей потребуются запасные части для замены изношенных или поврежденных частей, а также услуги по материально-техническому обслуживанию, ремонту и эксплуатации объекта. Запасные части могут отсутствовать на местном рынке, и организации-заказчику придется полагаться в их поставке на частного партнера. Сторонам будет гораздо проще планировать поставки запасных частей и предоставление услуг после передачи объекта, если они предусмотрят и отразят в договоре о ПЧП или последующем соглашении потребности организации-заказчика в этом отношении. Вместе с тем с учетом значительной продолжительности большинства ПЧП, сторонам, возможно, будет трудно предвидеть и предусмотреть в договоре о ПЧП потребности организации-заказчика после передачи объекта.

65. Возможным подходом к решению этой проблемы может стать заключение сторонами отдельного контракта, регулирующего эти вопросы⁵. Такой контракт можно заключить ближе к моменту передачи объекта, когда организация-заказ-

⁵ Европейская экономическая комиссия подготовила *Руководство по составлению международных договоров на услуги, связанные с материально-техническим обслуживанием, ремонтом и эксплуатацией промышленных и других сооружений* (ECE/TRADE/154), которое может, *mutatis mutandis*, оказать помощь сторонам в составлении отдельного контракта или контрактов на материально-техническое обслуживание и ремонт объекта после его передачи организации-заказчику.

чик будет иметь более четкое представление о своих потребностях. В том случае, когда запасные части изготавливаются не частным партнером, а поставщиками, организация-заказчик, возможно, предпочтет заключить контракты с этими поставщиками, а не с частным партнером, или же, в качестве альтернативы, организация-заказчик может пожелать, чтобы частный партнер приобретал их для нее в качестве ее агента.

66. Желательно, чтобы персонал организации-заказчика располагал техническими возможностями для установки запасных частей. С этой целью в договоре о ПЧП можно оговорить обязанность частного партнера предоставить необходимые технические пособия, инструменты и оборудование. Технические пособия должны быть составлены в формате и на языке, понятном для персонала организации-заказчика. Договор может также содержать требование к частному партнеру предоставить чертежи объекта в его готовом виде, с указанием того, каким образом соединены между собой различные элементы оборудования, и с описанием доступа к таким элементам для установки запасных частей и для обеспечения возможности материально-технического обслуживания и ремонта. В некоторых случаях может быть целесообразным включить требование к частному партнеру обучить персонал организации-заказчика установке запасных частей.

d) Ремонт

67. В интересах организации-заказчика заключить соглашения, которые обеспечат быстрый ремонт объекта в случае поломки. Во многих случаях частный партнер обладает лучшей квалификацией для осуществления ремонта, чем какое-либо третье лицо. Кроме того, если по договору о ПЧП организация-заказчик не может раскрывать третьим лицам технологию, поставленную ей частным партнером, это может ограничить выбор третьих лиц для осуществления ремонта теми сторонами, которые обеспечивают приемлемые для частного партнера гарантии в отношении нераскрытия информации о технологии частного партнера. С другой стороны, если значительная часть оборудования изготовлена для частного партнера поставщиками, организация-заказчик может предпочесть заключить отдельные контракты на ремонт с этими поставщиками, поскольку они могут обладать лучшей квалификацией для ремонта такого оборудования. При установлении характера и сроков действия обязательств по ремонту, возлагаемых на частного партнера, если таковые предусмотрены, целесообразно включить их ясное описание и разделить их с обязательствами, принимаемыми на себя частным партнером по гарантиям качества применительно к устранению дефектов на объекте.

e) Прекращение эксплуатации

68. В предыдущих пунктах рассмотрены различные меры на этапе завершения и меры в переходный период, необходимые для обеспечения надлежащей пере-

дачи активов или объектов организации-заказчику (или частному партнеру — преемнику в зависимости от конкретного случая). В случае прекращения эксплуатации инфраструктуры или объекта, которые устарели или эксплуатация которых идет вразрез с целями принимающей страны в области охраны окружающей среды или устойчивого развития, необходим другой вид мер на этапе завершения. В этом контексте прекращение эксплуатации означает окончательный вывод инфраструктуры из эксплуатации. Прекращение эксплуатации может повлечь за собой демонтаж и выведение инфраструктуры из района реализации проекта ПЧП, и весь этот процесс должен осуществляться без причинения какого бы то ни было вреда здоровью, имущественного ущерба и не должен представлять угрозы для окружающей среды. Требуется тщательное планирование, и в договоре о ПЧП должны быть прописаны процедуры и методы прекращения эксплуатации инфраструктуры. Например, сторонам может потребоваться проведение независимых исследований для оценки инфраструктуры на предмет потенциального устаревания или связанных с ней рисков для здоровья человека или окружающей среды. Расходы на прекращение эксплуатации объекта инфраструктуры и порядок его вывода из эксплуатации целесообразно учесть при подготовке исследований по оценке социального воздействия и воздействия на окружающую среду на этапе подготовки проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 19–20).

69. Прекращение эксплуатации инфраструктуры зачастую сопряжено со значительными расходами. Поэтому в договоре о ПЧП следует закрепить соответствующие обязательства сторон в отношении действий, которые должны быть предприняты для обеспечения надлежащего прекращения эксплуатации, в том числе указать стоимость этих мероприятий и любую потенциальную ответственность (и соответствующие меры страхования или иные меры уменьшения рисков) за создание опасности для окружающей среды или нанесение иного ущерба территории, на которой расположена инфраструктура, прилегающей территории или причинение любого вреда здоровью человека. Следует отметить, что положения договора о ПЧП могут дополняться положениями общего законодательства об охране окружающей среды или утилизации отходов, в частности в случае внепланового прекращения эксплуатации инфраструктуры, или даже положения законодательства могут иметь преимущественную силу над положениями договора о ПЧП в нередко встречающихся случаях, когда после заключения договора о ПЧП происходит ужесточение положений об охране окружающей среды.

VI. Урегулирование споров

А. Общие замечания

1. Важным фактором реализации ПЧП является существующая в принимающей стране правовая основа для урегулирования споров. Инвесторы, подрядчики и кредиторы будут охотнее принимать участие в проектах, если они будут уверены, что любые споры, возникающие из заключаемых в рамках проекта контрактов, будут урегулированы справедливо и эффективно. Эффективные процедуры избежания споров или их быстрого урегулирования будут одновременно способствовать осуществлению контролирующих функций организацией-заказчиком и сокращению ее общих административных затрат. Для создания благоприятного инвестиционного климата законодательные рамки принимающей страны должны закреплять ряд основополагающих принципов, включая, например, следующие: национальным и иностранным компаниям должен быть гарантирован доступ к судам, по сути, на одних и тех же условиях; стороны частных контрактов должны иметь право выбирать законодательство, применимое к их контракту; должны быть предусмотрены возможности для приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений; и законодательство должно предоставлять сторонам право выбора тех судебных или несудебных механизмов предупреждения и урегулирования споров, которые они сочтут наиболее подходящими и эффективными.

2. Для ПЧП, как правило, требуется создание сети взаимосвязанных договорных и других юридических отношений между различными сторонами. Законодательные положения, касающиеся урегулирования возникающих в контексте этих проектов споров, должны учитывать многообразие отношений, что может потребовать различных методов урегулирования споров в зависимости от этапа осуществления проекта, вида спора и участвующих сторон. Споры могут возникать уже в процессе заключения контракта, например, в форме опротестования результатов торгов или обжалования решений, принимаемых организацией-заказчиком в ходе этого процесса, особенно окончательного выбора частного партнера. Как правило, такие споры будут урегулироваться с помощью процедур, которые обычно предусматриваются в законодательстве о публичных закупках соответствующей страны для обжалования и урегулирования споров (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 142 и 143). В настоящей главе внимание сосредоточено на основных видах споров, которые

могут возникать на этапе осуществления и после завершения проекта. Такие споры можно разделить на три широкие категории:

а) споры, возникающие из соглашений между частным партнером и организацией-заказчиком и другими правительственными учреждениями. В большинстве стран гражданского права договор о ПЧП регулируется административным правом (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 25–28), тогда как в других странах он в принципе регулируется общим договорным правом, которое дополняется специальными положениями, разработанными для правительственных контрактов о предоставлении общедоступных услуг. Этот режим может повлиять на механизм урегулирования споров, о котором могут договориться стороны договора о ПЧП. Аналогичные соображения, возможно, применимы и к некоторым контрактам, заключаемым между частным партнером и правительственными учреждениями или находящимися в правительственной собственности компаниями, которые поставляют товары или предоставляют услуги, необходимые для проекта, или закупают товары или услуги, произведенные объектом инфраструктуры;

б) споры, возникающие из контрактов и соглашений, заключенных учредителями проекта или частным партнером со связанными с ними сторонами в целях осуществления проекта. К таким контрактам обычно относят по меньшей мере следующие: *i)* контракты между сторонами, владеющими акциями проектной компании (например, соглашения между акционерами, соглашения, касающиеся предоставления дополнительного финансирования, или договоренности, касающиеся права голоса); *ii)* соглашения о кредитовании и связанные с ними соглашения, в которых помимо проектной компании участвуют такие стороны, как коммерческие банки, правительственные кредитные учреждения, международные кредитные учреждения и страховщики экспортных кредитов; *iii)* контракты между проектной компанией и подрядчиками, которые могут в свою очередь представлять собой консорциум подрядчиков и поставщиков оборудования и услуг; *iv)* контракты между проектной компанией и сторонами, которые занимаются эксплуатацией и материально-техническим обслуживанием проектного объекта; и *v)* контракты между частным партнером и частными компаниями на поставку товаров и услуг, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

в) споры между частным партнером и другими сторонами. В число таких сторон входят пользователи или клиенты объекта, круг которых может, например, включать находящуюся в правительственной собственности коммунальную компанию, которая закупает электроэнергию или воду у проектной компании с целью перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие как авиалинии или судоходные компании, заключающие контракты на использование аэропортов или портов; или отдельных лиц, вносящих плату за использование платных дорог. Стороны таких споров необязательно будут связаны какими-либо ранее установленными юридическими отношениями

договорного или аналогичного характера. Споры могут также возникать между частным партнером и третьими сторонами, например лицами, проживающими на прилегающей территории, представителями коренных народов, чьи интересы затрагивает осуществление проекта, или представителями гражданского общества. Такие споры обычно разрешаются в рамках внутренней судебной системы. Рекомендуется предусмотреть в законодательстве консультативные механизмы, позволяющие учесть мнения этих сторон еще на этапе планирования. Государства могут также продумать механизм урегулирования споров, которые могут возникнуть между ними и частным партнером (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 50 и 51; см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 18).

В. Споры между организацией-заказчиком и частным партнером

3. Осуществление договоров о ПЧП, особенно связанных с проектами в области инфраструктуры, требует длительного времени, причем в этапах строительства и эксплуатации может принимать участие целый ряд предприятий. В таких проектах обычно участвуют правительственные учреждения, и эти проекты привлекают публичный интерес высокого уровня. Эти обстоятельства подчеркивают необходимость в создании механизмов, которые позволяют, насколько это возможно, не допустить обострения противоречий между сторонами и способствуют сохранению деловых отношений, которые помогают предотвратить срыв строительных работ или предоставления услуг и которые приспособлены к особенностям потенциальных споров.

4. В настоящем разделе рассматриваются некоторые основные соображения, затрагивающие различные этапы осуществления ПЧП. Проблема урегулирования вопроса о жалобах частного партнера в связи с решениями регулирующих учреждений была обсуждена в контексте вопроса о полномочиях на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 56 и 57). Вопрос о спорах, возникающих в ходе процесса отбора частного партнера (т.е. о преддоговорных спорах), был также рассмотрен в *Руководстве* ранее (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 142 и 143).

1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров

5. Вопросы, которые наиболее часто вызывают споры в ходе осуществления договора о ПЧП, связаны с возможными нарушениями соглашения на этапах строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры или с истечением или прекращением договора о ПЧП. Эти споры могут быть весьма сложными, и они

часто связаны с сугубо техническими вопросами, которые требуется разрешить в оперативном порядке, с тем чтобы воспрепятствовать срывам в строительстве или эксплуатации объекта инфраструктуры. По этим причинам сторонам целесообразно разработать механизмы, позволяющие выбрать компетентных экспертов для оказания помощи в урегулировании споров.

6. Для достижения вышеупомянутых целей в договоры о ПЧП часто включаются комплексные положения об урегулировании споров, направленные на предупреждение, насколько это возможно, возникновения споров, на содействие достижению согласованных решений и на создание эффективных процедур урегулирования споров для случаев, если такие споры тем не менее возникнут. Подобные положения обычно предусматривают определенную последовательность шагов, начиная от раннего оповещения о вопросах, которые могут перерасти в спор, если стороны не примут мер по избежанию такого спора. Для случаев, когда спор возникает, в договоре о ПЧП, как правило, может быть предусмотрено, что стороны должны обменяться информацией и обсудить существо спора с целью отыскать решение. Если они не способны разрешить спор самостоятельно, то любая из сторон может потребовать привлечения независимой и беспристрастной третьей стороны для оказания им помощи в изыскании приемлемого решения. В большинстве случаев механизмы урегулирования споров, связанные с тяжбой сторон, используются только тогда, когда споры не могут быть разрешены с помощью подобных примирительных методов.

7. В то же время свобода сторон договариваться об определенных методах предупреждения или урегулирования споров может быть ограниченной: одно из таких ограничений может быть обусловлено предметом спора, а другое ограничение может в некоторых правовых системах обуславливаться правительственной природой организации-заказчика. В рамках некоторых правовых систем традиционно ограничиваются возможности правительства и его учреждений соглашаться на определенные методы урегулирования споров, в частности на арбитраж, в зависимости от предмета договора. В некоторых странах это ограничение не распространяется на публичные предприятия промышленного или коммерческого характера, которые в своих отношениях с третьими странами действуют в соответствии с частным или коммерческим правом.

8. Ограничения на свободу сторон договариваться о методах урегулирования споров, включая арбитраж, могут быть также связаны с юридической природой договора о ПЧП. Согласно некоторым системам гражданского права, в которых договоры о ПЧП рассматриваются в качестве административных контрактов, может предусматриваться требование о том, чтобы споры, возникающие из таких соглашений, разрешались в судах общей юрисдикции или в административных судах принимающей страны. Согласно другим правовым системам аналогичные запреты могут прямо оговариваться в законодательстве или вытекать из судебных прецедентов, непосредственно применимых к договорам о ПЧП,

или могут являться результатом установившейся договорной практики, обычно основывающейся на законодательных нормах или правилах.

9. Организациям-заказчикам следует тщательно взвесить соответствующие преимущества и возможные недостатки различных методов урегулирования споров, рассматриваемых в *Руководстве*. Странам, желающим использовать альтернативные методы урегулирования споров, включая различные методы, рассматриваемые в *Руководстве*, вместо урегулирования национальными судами или в дополнение к нему для урегулирования споров, возникающих в связи с ПЧП, важно ликвидировать возможные юридические препятствия и в четкой форме оговорить полномочия национальных организаций-заказчиков на согласование методов урегулирования споров, которые они считают наиболее подходящими и эффективными. Отсутствие таких законодательных полномочий может вызвать сомнения в действительности оговорки об урегулировании споров и явиться причиной задержек в процессе разрешения таких споров. Если, например, третейский суд сочтет, что арбитражное соглашение является действительным, несмотря на любые последующие возражения на том основании, что организация-заказчик не имела полномочий на его заключение, этот вопрос может вновь возникнуть на этапе признания и приведения в исполнение в суде принимающей страны или в суде третьей страны, в которой должно быть признано или приведено в исполнение арбитражное решение.

2. Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров

10. В нижеследующих пунктах излагаются основные черты методов, используемых для предупреждения и урегулирования споров, а также рассматривается их приемлемость для различных этапов крупных проектов в области инфраструктуры, а именно этапа строительства, этапа эксплуатации и завершающего этапа после прекращения проекта. Хотя в договоре о ПЧП обычно предусматриваются комплексные механизмы предупреждения и урегулирования споров, следует прилагать усилия к тому, чтобы избежать установления излишне сложных процедур или такого порядка, который будет характеризоваться излишней многослойностью различных процедур. Содержащееся в нижеследующих пунктах краткое описание отдельных методов предупреждения и урегулирования споров направлено на то, чтобы предоставить в распоряжение законодателей информацию об особенностях этих различных методов и о целесообразности их использования. Это описание не следует толковать как рекомендацию относительно использования того или иного сочетания подобных методов.

а) Раннее оповещение

11. Положения о раннем оповещении могут играть роль полезного инструмента, позволяющего избежать споров. Согласно таким положениям, если одна из сторон контракта считает, что произошедшие события или претензии, которые

намеревается заявить эта сторона, могут вызвать споры, такие события или претензии должны быть доведены до сведения другой стороны в возможно кратчайшие сроки. Задержки в представлении таких претензий не только являются источником возможных конфликтов по той причине, что они могут быть неожиданными для другой стороны и таким образом вызвать реакцию отторжения и враждебности, но они также могут усложнить процедуру доказывания обоснованности таких претензий. По этой причине положения о раннем оповещении обычно предусматривают, что заявляющая претензию сторона должна представить свое требование, выраженное в количественной форме, вместе с необходимыми доказательствами в течение установленного срока. Для обеспечения эффективности такого положения часто предусматриваются санкции за его несоблюдение, например утрата права на предъявление требования или отягченное бремя доказывания. Применительно к проектам в области инфраструктуры концепция раннего оповещения часто охватывает события, которые могут негативно сказаться на качестве работ или общедоступных услуг, повысить их стоимость, вызвать задержки или поставить под угрозу непрерывность предоставления услуги. В силу этого положения о раннем оповещении сохраняют свою полезность в течение всего срока осуществления проекта в области инфраструктуры.

б) Медиация и согласительные процедуры

12. Термин «медиация» используется в настоящем *Руководстве* для отражения широкой концепции, охватывающей процедуру, в рамках которой какое-либо лицо или группа лиц на независимой и беспристрастной основе оказывает помощь сторонам в их усилиях добиться полюбовного урегулирования спора. Медиация отличается от переговоров между сторонами в споре (которые стороны, как правило, начинают после возникновения спора) в том, что медиация предполагает помощь в урегулировании спора со стороны независимого и беспристрастного лица, тогда как в переговорах между сторонами по урегулированию спора никакое такое третье лицо не участвует. Различие между медиацией и арбитражем заключается в том, что медиация приводит либо к урегулированию спора на основе согласия сторон, либо заканчивается безрезультатно, в то время как при арбитраже третейский суд выносит решение, обязательное для сторон, если только сторонам не удалось урегулировать свой спор до вынесения арбитражного решения. На практике для обозначения таких процедур медиации используются различные термины, включая «согласительные процедуры». Иногда специалисты проводят различие между этими терминами в зависимости от того, какими методами пользуется третья сторона или в какой степени она вовлечена в процесс урегулирования. Чаще же термины «медиация» и «согласительная процедура» используются как синонимы.

13. Медиация все более широко используется в различных частях мира, в том числе в таких регионах, где она в прошлом не была распространена. Эта тен-

денция нашла свое отражение, в частности, в принятии все большим количеством государств законодательства о медиации, зачастую на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре¹ (2002 год) (за которым последовал Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации² (2018 год)) и создании нескольких частных и публичных органов, предлагающих заинтересованным сторонам свои услуги по организации медиации. Приведение в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате медиации, зависит в настоящее время от национальных процессуальных и материально-правовых норм, которые по-прежнему еще значительно различаются как в вопросах юридической силы мирового соглашения, так и в процессах приведения в исполнение. Эта проблема урегулируется в Конвенции Организации Объединенных Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации³, путем обеспечения эффективного и единообразного режима трансграничного признания и приведения в исполнение мировых соглашений по образцу чрезвычайно успешной Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года⁴.

14. Обычно процедура медиации носит неформальный характер, что облегчает ее применение и благодаря чему она обычно является оперативной и недорогостоящей. Эта процедура, как правило, имеет также конфиденциальный и частный характер, хотя в некоторых странах принимаются меры к поощрению прозрачности медиации, затрагивающей публичные органы, в частности мировые соглашения предаются гласности. Медиатор может выполнять разнообразные функции и, как правило, действует более активно, чем простой посредник. Он часто может оспаривать позиции сторон, с тем чтобы подчеркнуть их слабые стороны, что обычно облегчает достижение соглашения, и если ему будут предоставлены соответствующие полномочия, может предлагать возможные сценарии урегулирования. Эта процедура, как правило, не носит обязательного характера, и функции медиатора состоят в том, чтобы содействовать урегулированию путем обращения внимания сторон на спорные вопросы и их возможное решение, а не в вынесении решения по существу дела. Такая процедура особенно полезна в тех

¹ Текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/57/17), приложение I*.

² Официальный текст Типового закона о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации, 2018 года воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/73/17), приложение II*.

³ Официальный текст этой Конвенции, известной под названием Сингапурская конвенция о медиации, см. в резолюции 73/198 Генеральной Ассамблеи от 20 декабря 2018 года.

⁴ Официальный текст этой Конвенции, известной под названием Нью-Йоркская конвенция, содержится в *United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739*, и воспроизводится в *Регистре текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли*, том II (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.V.3).

случаях, когда в споре участвуют несколько сторон и достижение соглашения путем прямых переговоров вызывает таким образом сложности. С учетом возможных финансовых и практических последствий мирового соглашения и в целях обеспечения прозрачности и подотчетности, возможно, следовало бы рекомендовать организации-заказчику получать предварительное одобрение вышестоящего органа, прежде чем приступать к осуществлению мирового соглашения.

15. Если стороны предусмотрят в договоре о ПЧП процедуру медиации, то им будет необходимо согласовать различные процедурные вопросы, с тем чтобы повысить вероятность урегулирования споров. Решению таких процедурных вопросов во многом способствует включение в контракт ссылки на какой-либо регламент, например на Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ⁵. Различные международные и национальные организации разработали другие своды правил медиации.

с) Рассмотрение технических споров независимыми экспертами

16. Применительно к этапу строительства стороны, возможно, пожелают предусмотреть, что некоторые виды споров должны передаваться на рассмотрение независимых экспертов, назначенных обеими сторонами. Такая процедура может быть особенно полезной в связи с разногласиями, касающимися технических аспектов сооружения объектов инфраструктуры (например, по вопросу о том, отвечает ли объект договорным спецификациям или техническим стандартам).

17. Стороны могут, например, назначить инспектора по проектно-конструкторским вопросам или инженера-контролера для рассмотрения соответственно их разногласий, касающихся инспекции и утверждения проектно-конструкторских работ или хода строительных работ (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 77–87). Независимые эксперты должны обладать опытом в проектно-конструкторских и строительных вопросах, связанных с аналогичными проектами. Полномочия независимого эксперта (например в вопросе о том, выносит ли независимый эксперт рекомендации или же принимает обязательные решения), а также обстоятельства, при которых стороны могут запросить консультации независимого эксперта или поручить

⁵ Официальный текст Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ см. в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17)*, пункт 106 (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XI, 1980 год, часть первая, глава II, раздел A (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.8)). Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ издан также в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.6). Регламент дополнен типовой оговоркой о согласительной процедуре, которая гласит: «Если в случае спора, возникающего из настоящего договора или в связи с ним, стороны пожелают попытаться урегулировать этот спор миром посредством согласительной процедуры, такая процедура будет осуществляться в соответствии с действующим в настоящее время Согласительным регламентом ЮНСИТРАЛ». Применение Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 35/52 от 4 декабря 1980 года.

ему принять соответствующее решение, должны быть оговорены в договоре о ПЧП. В некоторых крупных проектах в области инфраструктуры консультации независимого эксперта могут быть, например, запрошены частным партнером во всех случаях, когда между частным партнером и организацией-заказчиком возникают разногласия по вопросу соответствия некоторых аспектов проектно-конструкторских или строительных работ применимым спецификациям или договорным обязательствам. Передача соответствующего дела на рассмотрение инспектора по проектно-конструкторским вопросам или, если это уместно, инженера-контролера может сыграть особенно полезную роль применительно к тем положениям договора о ПЧП, которые требуют предварительного согласия организации-заказчика на осуществление частным партнером определенных действий, например, в случае окончательного разрешения на эксплуатацию объекта инфраструктуры (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 86).

18. Услуги независимых экспертов часто использовались для разрешения технических споров, возникающих из контрактов на строительство, причем в связи с ПЧП могут быть использованы, *mutatis mutandis*, различные механизмы и процедуры, разработанные в практике строительной промышленности. Вместе с тем следует отметить, что содержание споров между организацией-заказчиком и частным партнером необязательно будет соответствовать содержанию споров, которые обычно возникают из контрактов на строительство. Это объясняется тем, что относительные позиции организации-заказчика и частного партнера по договору о ПЧП не в полной мере сравнимы с положением собственника и исполнителя работ по контракту на строительство. Например, споры в отношении суммы платежа, причитающегося подрядчику за фактически выполненный объем работ, которые часто возникают в случае контрактов на строительство, не являются типичными для отношений между организацией-заказчиком и частным партнером, поскольку последний обычно не получает платежа от организации-заказчика до завершения строительных работ.

d) Комиссии по рассмотрению споров

19. В соответствии с договорами о ПЧП по крупным проектам в области инфраструктуры часто учреждаются комиссии, состоящие из экспертов, назначаемых обеими сторонами, возможно, при помощи какого-либо компетентного органа, для оказания помощи в урегулировании споров, которые могут возникнуть на этапах строительства и эксплуатации (в настоящем *Руководстве* используется термин «комиссии по рассмотрению споров»). Такие комиссии могут быть постоянными или же учреждаться на разовой основе в зависимости от предполагаемого количества споров, которые могут возникнуть, и оценки сторонами стоимости и эффективности каждой из этих альтернатив. Процедуры рассмотрения споров такой комиссией могут носить неформальный и оперативный характер, а также могут быть приспособлены к особенностям спора, нахо-

дящегося на рассмотрении. Назначение комиссии по рассмотрению споров может предотвратить перерастание недопониманий или разногласий между сторонами в формальные споры, которые потребуют урегулирования в ходе арбитражного или судебного разбирательства. Так, эффективность комиссии по рассмотрению споров в качестве инструмента, позволяющего избежать таких споров, является одной из особенно сильных сторон этой процедуры, однако такие комиссии могут также выполнять функции по разрешению споров, особенно если они будут уполномочены на вынесение обязательных решений.

20. В соответствии с процедурой учреждения комиссии по рассмотрению споров стороны обычно выбирают в начале осуществления проекта трех экспертов, которые пользуются авторитетом в силу их специальных знаний в проектной области и которые образуют эту комиссию. Эксперты могут быть заменены, если проект охватывает различные стадии, для которых может быть необходима различная специализация (т.е. для этого этапа сооружения объекта будет необходима специализация, отличная от той, которая потребуется впоследствии в ходе управления предоставлением общедоступной услуги), однако при частой замене экспертов существует риск утраты институциональных знаний. В рамках некоторых крупных проектов в области инфраструктуры создавалось несколько таких комиссий. Например, одна комиссия по рассмотрению споров может заниматься исключительно спорами, касающимися вопросов технического характера (например, проектно-конструкторских аспектов или вопросов применимости некоторых технологий и соблюдения экологических стандартов), в то время как другая комиссия может заниматься спорами договорного или финансового характера (в отношении, например, сумм компенсаций, причитающихся за задержки в выдаче лицензий, или разногласий по вопросам применения формул корректировки цен). Каждый член комиссии должен обладать опытом по конкретным видам проектов, в том числе опытом по толкованию договоров о ПЧП и управлению их осуществлением, и должен принимать на себя обязательства сохранять беспристрастность и независимость по отношению к сторонам. Таким лицам могут представляться периодические доклады о ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, если это уместно, и до их сведения могут незамедлительно доводиться разногласия, возникающие между сторонами. Они могут встречаться со сторонами либо регулярно, либо по мере необходимости для рассмотрения возникших разногласий и предлагать возможные пути их урегулирования.

21. Действуя в качестве лиц, ответственных за предотвращение возникновения споров, члены комиссии могут периодически посещать строительную площадку, встречаться со сторонами и получать информацию о ходе работ. Такие совещания могут помочь раннему выявлению моментов, которые могут потенциально привести к конфликтам, до их обострения и перерастания в полномасштабные споры. Когда выявлены моменты, которые потенциально могут вызвать конфликты, комиссия предлагает решения, на которые с учетом опыта и репутации

ее членов стороны, по всей вероятности, дадут свое согласие. После передачи какого-либо спора на рассмотрение комиссии она проводит оценку существования спора при использовании неформальных процедур, как правило, путем обсуждения соответствующих вопросов со сторонами в ходе регулярного посещения соответствующего объекта. Комиссия контролирует ход обсуждений, однако каждой стороне предоставляются полные возможности для изложения ее мнений, причем комиссия по рассмотрению споров имеет право задавать вопросы и запрашивать представление документов и других доказательств. Преимущества проведения слушаний по месту работ вскоре после того, как произошли соответствующие события, и до того, как сформировались позиции противостоящих сторон, являются очевидными. Затем комиссия проводит закрытые совещания, на которых она пытается выработать рекомендацию или решение. Если стороны не соглашаются с этими предложениями и возникает спор, комиссия, когда она уполномочена на это сторонами, обладает уникальными возможностями для оперативного урегулирования таких споров, поскольку она уже ознакомлена с возникшими проблемами и договорной документацией.

22. Учитывая, как правило, длительный срок реализации ПЧП, многие обстоятельства, имеющие отношение к такой реализации, могут измениться до истечения срока концессии. Хотя воздействие таких изменений может автоматически регулироваться договором о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 135–144), могут существовать такие изменения, которые будет нелегко учесть с помощью механизма автоматической корректировки и которые стороны, возможно, пожелают исключить из действия такого механизма. В силу этого сторонам важно создать механизмы для рассмотрения споров, которые могут возникнуть в связи с изменившимися обстоятельствами. Это имеет особое значение на этапе эксплуатации проекта. В тех случаях, когда стороны согласовали нормы, позволяющие пересматривать условия договора о ПЧП при определенных обстоятельствах, может возникнуть вопрос о том, произошли ли соответствующие события и, если они имели место, каким образом следует изменить или дополнить договорные условия. С тем чтобы содействовать урегулированию возможных споров и избежать создания тупиковой ситуации в случае, если стороны не способны договориться о пересмотре контракта, сторонам целесообразно разъяснить вопрос о том, может ли и в какой мере может комиссия по рассмотрению споров изменять или дополнять определенные договорные условия. В этом контексте можно отметить, что стороны, возможно, не всегда будут иметь возможность обратиться в этих целях к арбитражу или соответствующему национальному суду. Так, согласно некоторым правовым системам, вопрос об изменении или дополнении договорных условий не входит в компетенцию судов или арбитров. Согласно другим правовым системам суды и арбитры могут принять соответствующие меры только в том случае, если они прямо уполномочены на это сторонами. Согласно еще одной группе правовых систем соответствующей компетенцией могут наделяться арбитры, но не суды.

23. Вопрос о том, в какой степени стороны могут уполномочивать арбитров или суды пересматривать решения комиссии по рассмотрению споров, может решаться законодательством, регулирующим арбитражную или судебную процедуру. Исключение возможности такого обжалования обладает тем преимуществом, что решение комиссии по рассмотрению споров будет сразу же приобретать окончательный и обязательный характер. В то же время, если такое обжалование будет допускаться, это укрепит уверенность сторон в том, что вынесенное решение будет правильным. Первоначально положения о комиссиях по рассмотрению споров не предусматривали, что их рекомендации приобретают обязательный характер, если они не оспариваются в рамках арбитражного или судебного разбирательства. На практике, однако, убедительная сила единогласных рекомендаций, совместно вынесенных независимыми экспертами, согласованными сторонами, привела к тому, что и организации-заказчики, и проектные компании в добровольном порядке соглашались с этими рекомендациями и отказывались от тяжб в судебном или арбитражном порядке. Положения о комиссиях по рассмотрению споров, содержащиеся в недавно заключенных договорах, обычно предусматривают, что решение комиссии, хотя оно и не приобретает сразу же обязательного для сторон характера, становится обязательным, если только одна из сторон или обе стороны не передают спор на арбитраж или не возбуждают судебного разбирательства в течение оговоренного срока. Помимо стремления избежать потенциальных затрат времени на проведение длительных судебных или арбитражных тяжб стороны часто учитывают потенциальные сложности, связанные с попыткой опротестовать решение комиссии, которое может рассматриваться судом или арбитражем в качестве авторитетной рекомендации, поскольку оно было вынесено независимыми экспертами, знакомыми с проектом с самого начала его осуществления, и поскольку оно основывается на непосредственном наблюдении за ходом осуществления проекта до момента и в момент первоначального возникновения спора.

24. Хотя такой порядок предусматривается очень редко, стороны могут договориться о том, чтобы придать решениям комиссии окончательный и обязательный характер. Следует отметить однако, что несмотря на согласие сторон на обязательную силу решений комиссии, согласно многим правовым системам, решение комиссии по рассмотрению споров, хотя оно и будет признаваться как имеющее обязательную силу в качестве договора, может не подлежать приведению в исполнение в упрощенном порядке, как это имеет место, например, в случае процедур по приведению в исполнение арбитражного решения, поскольку решение комиссии статуса арбитражного решения не имеет. Если стороны хотели бы оговорить процедуры работы комиссии по рассмотрению споров, то им будет необходимо урегулировать различные аспекты таких процедур в договоре о ПЧП. Было бы целесообразно оговорить в договоре о ПЧП с максимальной возможной точностью полномочия, которыми наделяется комиссия по рассмотрению споров. Что касается характера ее функций, то, в соответствии с

договором о ПЧП, комиссия по рассмотрению споров может быть уполномочена выносить заключения по фактам дела и принимать распоряжения о временных мерах. Можно оговорить те функции, которые должна выполнять комиссия по рассмотрению споров, и виды споров, которые она может рассматривать. Если сторонам разрешается возбуждать арбитражное или судебное разбирательство в течение оговоренного срока после вынесения решения, то стороны могут оговорить, что заключение по фактам дела, вынесенное комиссией по рассмотрению споров, должно рассматриваться в качестве окончательного в ходе арбитражного или судебного разбирательства. В договор о ПЧП может быть также включено обязательство сторон выполнять вынесенные комиссией по рассмотрению споров решения относительно временных мер или решения по существу оговоренных вопросов; если стороны этого не сделают, то это будет рассматриваться в качестве неисполнения договорного обязательства. Что касается срока полномочий комиссии, то в договоре о ПЧП может быть предусмотрено, что комиссия будет выполнять свои функции в течение определенного срока после истечения или прекращения договора о ПЧП, с тем чтобы имелась возможность для рассмотрения споров, которые могут возникнуть на этом этапе (например, споры в отношении состояния активов, передаваемых организации-заказчику, и компенсации, причитающейся за эти активы).

е) Комиссии по разрешению споров

25. При реализации крупных проектов в области инфраструктуры договоры о ПЧП могут предусматривать использование какого-либо конкретного механизма разрешения споров для урегулирования претензий, возникающих между сторонами. Одним из таких механизмов является комиссия по разрешению споров; в рамках этого механизма стороны урегулируют спорные вопросы, используя согласованную процедуру, предполагающую, что решение по тому или иному спорному вопросу принимается лицом, выносящим решение (иногда его называют членом комиссии по решению споров), или коллегией из трех лиц, выносящих решение. Стороны, желающие урегулировать споры с помощью комиссии по разрешению споров, обычно заключают соглашение о разрешении споров; такое соглашение, как правило, заключается между обеими сторонами первоначального договора о ПЧП и единолично лицом, выносящим решение, или коллегией из трех лиц, выносящих решение. Также в соглашении о разрешении споров обычно содержится описание процедуры принятия решения, включая обязательства сторон по соглашению о разрешении споров, условия оплаты услуг лиц, выносящих решение, и оспаривание решений, вынесенных этими лицами. Споры, возникающие из договоров о ПЧП, могут быть иногда связаны с щекотливыми вопросами публичного порядка, и некоторые третьи стороны могут иметь законную заинтересованность в результатах такого разрешения спора. Поэтому организации-заказчику и частному партнеру рекомендуется учитывать этот момент и разработать надлежащие процедуры, позволяющие таким третьим сторонам представлять свои мнения или иметь доступ к этой

процедуре⁶. Соглашение о разрешении споров может вступить в силу в согласованную дату вступления в силу или когда оно будет подписано как сторонами, так и лицом, выносящим решение (или лицами, выносящими решение, если речь идет о коллегии), в зависимости от того, что произойдет позднее.

26. Как и в случае с комиссиями по рассмотрению споров, коллегии по разрешению споров могут учреждаться на постоянной основе или же, в интересах ограничения издержек, учреждаться на разовой основе по мере необходимости. Стороны выбирают лицо, выносящее решение, или коллегия из трех лиц, выносящих решение. В случае коллегии каждая сторона предлагает кандидатуру одного лица, выносящего решение, для утверждения другой стороной, и на основе консультации с двумя лицами, выносящими решение, стороны согласовывают кандидатуру третьего лица, выносящего решение, которое становится председателем комиссии по разрешению споров. При выборе лица, выносящего решение, стороны руководствуются несколькими факторами. Как правило, к их числу относятся заверения лица, выносящего решение, касательно его опыта в той области, работу в которой должен проводить подрядчик в соответствии с договором, опыт лица, выносящего решение, в области толкования договорной документации и свободное владение им языком коммуникации, указанным в договоре о ПЧП. Назначение лица, выносящего решение, проводится в личном качестве, и оно обычно торжественно заявляет быть непредвзятым и независимым и объявляет о своей согласии, а также обязано раскрыть любые факты или обстоятельства, которые могут представляться сторонам противоречащими его непредвзятости и независимости.

27. Стороны соглашения о разрешении споров могут оспорить назначение лица, выносящего решение, по причине его недостаточной независимости безотнositельно раскрытия или нераскрытия этим лицом какой бы то ни было информации. Сторона, оспаривающая назначение, может передать вопрос о предполагаемой недостаточной независимости в компетентное учреждение, указанное в договоре о ПЧП, либо — в случае необходимости или целесообразности — передать вопрос об оспаривании независимому специалисту или специализированному органу для проведения обзора и оценки. Если по мнению такого специалиста или органа лицо, выносящее решение, больше не является независимым с точки зрения соглашения о разрешении споров, то такое лицо должно быть отстранено и вместо него компетентным учреждением безотлагательно должно быть назначено новое лицо, выносящее решение. Издержки, связанные с оспариванием назначения, стороны обычно несут совместно.

⁶Такие процедуры можно было бы разработать по образцу *mutatis mutandis* Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (см. официальный текст Правил о прозрачности в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17)*, приложение I. Правила о прозрачности также изданы в виде брошюры. Генеральная Ассамблея рекомендовала использовать Правила о прозрачности в своей резолюции 68/109 от 16 декабря 2013 года.

28. Кроме того, на лицо, выносящее решение, распространяются некоторые требования общего характера. Как правило, к их числу, помимо других требований, которые могут быть согласованы сторонами и указаны в соглашении о разрешении споров, относятся следующие: лицо, выносящее решение, не должно иметь никакой финансовой или иной заинтересованности в проекте; оно не должно было ранее привлекаться к работе в качестве консультанта или в ином качестве одной из сторон; оно должно раскрыть информацию о предшествующих профессиональных или личных связях с проектом или работодателем. В некоторых случаях стороны могут договориться об отказе от некоторых требований, например от требования о том, что лицо, выносящее решение, не должно было ранее привлекаться к работе в качестве консультанта или в ином качестве одной из сторон, если такая информация была раскрыта другой стороне в письменном виде.

29. Точно так же и сами стороны несут определенные обязательства общего характера по соглашению о разрешении споров. К числу таких обязательств может относиться обязательство сторон обращаться к лицу, выносящему решение, за помощью или консультациями в связи с договором о ПЧП исключительно в рамках обычного порядка работы комиссии по разрешению споров в соответствии с договором о ПЧП и соглашением о разрешении споров или в тех случаях, когда тот или иной вопрос с согласия обеих сторон передается на рассмотрение комиссии по разрешению споров в соответствии с договором о ПЧП. Кроме того, стороны обычно гарантируют друг другу, что лицо, выносящее решение, не будет назначено арбитром в рамках любого арбитражного разбирательства по договору о ПЧП, не будет вызвано в качестве свидетеля для дачи показаний в рамках любого арбитражного разбирательства по договору о ПЧП и не несет ответственности за любые претензии или за любое действие либо бездействие в ходе выполнения или предполагаемого выполнения функций лица, выносящего решение, за исключением тех случаев, когда было установлено, что такое действие или бездействие носило недобросовестный характер. Также стороны, как правило, освобождают лицо, выносящее решение, от всех претензий, снимая с него ответственность, и соглашаются солидарно компенсировать усилия лица, выносящего решение. Если лицу, выносящему решение, необходимо посетить какой-либо объект или провести слушание, то иницилирующая сторона также обязана предоставить надлежащее обеспечение на сумму, эквивалентную разумным расходам, которые, как предполагается, будут понесены лицом, выносящим решение.

30. В соглашении о разрешении также может быть указан размер вознаграждения лица, выносящего решение. Как правило, в соглашении о разрешении споров указывается валюта, в которой лицу, выносящему решение, выплачивается вознаграждение, размер гонорара за постоянное обслуживание, размер дневной ставки, порядок оплаты разумных расходов, включая необходимые транспортные расходы, и применимых налогов. Вопросы, связанные с гонораром за постоян-

ное обслуживание и дневной ставкой, прописываются подробно, и стороны могут зафиксировать их на определенный период. Также предполагается, что стороны будут производить оплату без промедления, а лица, выносящие решения, — предоставлять счета, содержащие достаточно подробное описание произведенной работы. Кроме того, соглашение о разрешении споров позволяет сторонам определить порядок оплаты услуг лица, выносящего решение. Если стороны не в состоянии согласовать сумму оплаты услуг лица, выносящего решение, то такое решение принимается компетентным учреждением или официальным лицом, указанным в проекте; если лицо, выносящее решение, не получает оплаты в течение определенного срока после направления надлежащим образом оформленного счета, то это лицо вправе приостановить оказание услуг без уведомления или отказаться от своего назначения, направив соответствующее уведомление.

31. Лица, выносящие решение, входящие в комиссию по разрешению споров, также должны следовать определенным процедурным правилам, указанным в соглашении о разрешении споров. Такие процедурные правила предусматривают порядок проведения комиссией по разрешению споров посещений объектов, в частности график, повестку и регулярность таких посещений; также комиссия обязана ознакомиться и быть в курсе хода реализации проекта и любых потенциальных проблем или претензий. Кроме того, правила предусматривают, какие действия ожидаются от сторон в ходе слушания или рассмотрения претензий, включая предоставление комиссии по разрешению споров одной копии всех документов, которые комиссия может затребовать, направление другой стороне копий всех сообщений в рамках сношений с комиссией по разрешению споров и, если комиссия состоит из трех человек, направление копий запрошенных документов всем этим трем лицам.

32. Процедурные правила также предусматривают порядок проведения слушаний по спорам и порядок урегулирования неясных вопросов и фактических или принципиальных ошибок, возникших по вине комиссии по разрешению споров. Например, если были совершены фактические или принципиальные ошибки и если лица, выносящие решение, входящие в комиссию по разрешению споров, в течение оговоренного срока устанавливают, что принятое решение содержит фактические или принципиальные ошибки, то комиссия по разрешению споров должна сообщить о соответствующей ошибке сторонам и выпустить дополнение к своему решению в письменном виде. В случае возникновения неясного вопроса применяется аналогичная процедура. Если по мнению одной из сторон принятое решение содержит неясные моменты, то такая сторона вправе просить комиссию по разрешению споров предоставить пояснение, и в течение оговоренного срока после получения подобной просьбы комиссия по разрешению споров должна предоставить ответ, направив его копию другой стороне. Если, по мнению комиссии по разрешению споров, решение действительно со-

держало ошибку или неясный момент, то она может исправить свое решение, выпустив дополнение к первоначальному решению.

33. В процедурных правилах предусматриваются полномочия комиссии по разрешению споров. Как правило, комиссия по разрешению споров вправе принимать процедуру расследования, отказывать в допуске на слушания или в выступлении на слушании любым лицам, за исключением представителей сторон, и проводить слушания в отсутствие любого лица, которое, по мнению комиссии по разрешению споров, получило уведомление о проведении слушания. Однако следует отметить, что такие полномочия могут быть ограничены в зависимости от договоренности сторон. По согласию сторон к числу других полномочий комиссии по разрешению споров могут относиться следующие: утверждение процедуры разрешения спора, установление юрисдикции комиссии по разрешению споров и определение охвата любого спора, передаваемого на ее рассмотрение, и др.

34. В ходе слушания для рассмотрения по существу любых доводов, выдвинутых сторонами, комиссии по разрешению споров не следует выражать свое мнение. Также после слушания комиссии по разрешению споров следует провести закрытое совещание, чтобы обсудить и подготовить свое решение, стараясь прийти к единогласному решению. Если это невозможно, то решение следует принимать большинством голосов лиц, выносящих решение, которые могут поручить лицу, выносящему решение, находящемуся в меньшинстве, подготовить письменный отчет, который обычно включается в приложение к решению комиссии. Наконец, если речь идет о коллегии из трех лиц, выносящих решение, то отсутствие одного из них не является препятствием для принятия решения двумя другими лицами, выносящими решение, кроме случаев, когда с таким порядком принятия решения не согласны стороны или если отсутствующее лицо, выносящее решение, является председателем и поручает двум другим лицам, выносящим решение, не принимать решение.

35. Стороны могут отстранить лицо, выносящее решение, с помощью различных механизмов, например направив этому лицу уведомление об увольнении в соответствии с соглашением о разрешении споров или если лицо, выносящее решение, не соблюдает это соглашение. В этих ситуациях увольнение является действительным, только если с ним согласны обе стороны. Лицо, выносящее решение, также вправе прекратить свое участие в работе комиссии по разрешению споров, если одна из сторон не выполняет соглашение о разрешении споров. Однако в случае невыполнения лицом, выносящим решение, каких-либо обязательств, предусмотренных в соглашении о разрешении споров, такое лицо, выносящее решение, не будет иметь права на получение гонорара или компенсацию затрат и может быть обязано вернуть сторонам выплаченные гонорары или компенсацию затрат в связи с процедурами или решениями, которые были признаны не имеющими юридической силы или недействительными из-за невыполнения лицом, выносящим решение, своих обязательств. В случае возникновения

споров или требований в связи с нарушением, расторжением или признанием недействительным соглашения о разрешении споров стороны могут договориться об урегулировании таких споров или требований в рамках институционального арбитража. Вопросы назначения арбитражного учреждения, арбитра или выбора регламента арбитража могут быть согласованы сторонами заблаговременно в соглашении о разрешении споров.

36. Роль комиссии по разрешению споров не ограничивается урегулированием споров, переданных ей в рамках формального механизма работы комиссии по разрешению споров. Комиссия по разрешению споров также может оказывать содействие урегулированию вопросов, переданных сторонами совместно. Стороны могут просить комиссию по разрешению споров оказать содействие и/или неформально обсудить и попытаться урегулировать любые разногласия, возникшие между сторонами в ходе исполнения договора о ПЧП. Неформальное содействие может быть оказано в ходе совещаний, посещений объектов или иным образом при условии, что на совещании присутствуют обе стороны, кроме как если это было согласовано. Однако при проведении таких неформальных совещаний стороны не обязаны выполнять рекомендации, которые были даны им на таких совещаниях, а комиссия по разрешению споров не обязана учитывать мнения, выраженные в ходе процедуры оказания неформального содействия, при проведении любой будущей процедуры урегулирования споров или принятия решений.

37. Договоры о ПЧП, предполагающие использование комиссий по разрешению споров в качестве предпочтительного способа урегулирования споров, как правило, предусматривают, что решение комиссии по разрешению споров является окончательным и обязательным для выполнения. Некоторые договоры о ПЧП содержат положения, согласно которым любая сторона в течение установленного срока вправе направить уведомление о несогласии или аналогичное уведомление. По истечении установленного периода решение комиссии по разрешению споров становится окончательным и обязательным для выполнения. В случае направления такого уведомления о несогласии стороны обязаны попытаться урегулировать спор мирно; если урегулировать спор мирно невозможно, они могут начать арбитражное разбирательство в целях его урегулирования. Однако арбитражное разбирательство может быть начато в последний день установленного срока подачи сторонами уведомления о несогласии, даже если попыток мирного урегулирования спора предпринято не было.

f) Арбитраж

38. Арбитраж все более широко используется для урегулирования споров, возникающих в связи с ПЧП. В некоторых правовых системах согласно законодательству для разрешения споров, возникающих из публичных контрактов, в том числе договоров о ПЧП, арбитраж используется в обязательном порядке. Арбитраж, как правило, используется для урегулирования как споров, возникающих в ходе стро-

ительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, так и споров, связанных с истечением или прекращением договора о ПЧП. Арбитражу отдают предпочтение — и во многих случаях требуют организации подобных процедур — частные инвесторы и кредиторы, поскольку стороны могут придать арбитражным процедурам менее формальный, по сравнению с судебным разбирательством, характер и поскольку такие процедуры лучше отвечают потребностям сторон и особенностям споров, которые могут возникнуть в рамках договора о ПЧП. Стороны могут избрать арбитрами лиц, которые обладают специальными знаниями по конкретным видам проектов. Они могут избрать место проведения арбитражных процедур. Они также могут избрать язык или языки для использования в ходе арбитражного разбирательства. Арбитражные процедуры, как считается, менее опасны с точки зрения нанесения ущерба деловым отношениям между сторонами, чем судебное разбирательство. Кроме того, приведение в исполнение арбитражных решений в других странах, чем страна их вынесения, облегчено благодаря широкому кругу участников Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года. В прошлом в качестве дополнительной причины в пользу выбора арбитража для урегулирования торговых споров нередко приводилась возможность сохранения конфиденциальности арбитражных процедур в отличие от судебного разбирательства, которое по своей природе в целом носит публичный характер.

39. Что касается, в частности, проектов в области инфраструктуры с участием иностранных инвесторов, то можно отметить, что рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями, участвующими в проектном консорциуме, могут быть обеспечены путем присоединения к Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств⁷. В соответствии с этой Конвенцией, к которой в настоящее время присоединились 154 государства, был учрежден Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). МЦУИС является самостоятельной международной организацией, поддерживающей тесные связи со Всемирным банком. МЦУИС предоставляет возможности для медиации и арбитража в случае споров между странами-участниками и инвесторами, являющимися физическими или юридическими лицами других участвующих в Конвенции государств. Обращение к медиации и арбитражу в МЦУИС является добровольным. Однако после того, как стороны какого-либо договора или спора согласились передать свой спор в соответствии с Конвенцией на арбитраж в МЦУИС, ни одна из них не может в одностороннем порядке отозвать свое согласие. Согласно Конвенции требуется, чтобы все члены МЦУИС, независимо от того, являются ли они сторонами в споре или нет, признавали и приводили в исполнение арбитражные решения МЦУИС. Согласие сторон на арбитраж МЦУИС может быть дано как

⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, No. 8359.

в отношении существующего спора, так и в отношении определенной категории будущих споров. В то же время необходимости в выражении согласия сторон в отношении какого-либо конкретного проекта не имеется; принимающая сторона в своем законодательстве о содействии инвестированию может предложить распространить на споры, возникающие в связи с определенными категориями инвестиций, компетенцию МЦУИС, и инвестор может в письменной форме дать свое согласие на это предложение. В инвестиционном арбитраже часто используется также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Однако в последние годы набирает силу тенденция к обеспечению прозрачности процедур урегулирования споров между инвесторами и государствами, чему способствуют Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Правила о прозрачности⁸), принятые в 2013 году, и Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Нью-Йорк, 2014 год) (Маврикийская конвенция о прозрачности⁹).

40. В двусторонних инвестиционных договорах (ДИД) могут также предусматриваться рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями по охватываемым ДИД вопросам. Согласно таким договорам принимающее государство обычно предоставляет инвесторам, являющимся физическими или юридическими лицами другого подписавшего договор государства, различные заверения и гарантии (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6) и выражает свое согласие на арбитраж, например, путем передачи спора на урегулирование в МЦУИС или в какой-либо третейский суд, применяющий Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ¹⁰.

i) Суверенный иммунитет

41. Законодатель, возможно, пожелает рассмотреть свои законодательные положения, касающиеся вопроса о суверенном иммунитете, и, если это будет со-

⁸ См. сноску 6 в этой главе.

⁹ Принята Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 69/116 от 10 декабря 2014 года. Вступила в силу 18 октября 2017 года, United Nations No. 54749 (статус и официальный текст Маврикийской конвенции о прозрачности см. <https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/conventions/transparency>).

¹⁰ Официальный текст Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17)*, приложение I (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XLI, 2010 год, часть первая, глава I, раздел A, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.13.V.8)). Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года также издан в виде брошюры (United Nations, New York, 2011). Регламент дополнен типовой арбитражной оговоркой, которая гласит: «Любой спор, разногласие или требование, возникающие из или касающиеся настоящего договора, либо его нарушения, прекращения его действия или его недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ». Применение Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 65/22 от 6 декабря 2010 года.

чено целесообразным, разъяснить, в каких областях организации-заказчики могут или не могут ссылаться на эту концепцию. В тех случаях, когда арбитраж допускается и когда стороны договора о ПЧП пришли к согласию о его применении, выполнение арбитражного соглашения может быть сорвано или затруднено, если организация-заказчик имеет возможность сослаться на суверенный иммунитет либо в качестве препятствия для возбуждения арбитражного разбирательства, либо в качестве возражения против признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Иногда законодательство по этому вопросу не является достаточно ясным, что может вызвать обеспокоенность заинтересованных сторон (например, частного партнера, учредителей проекта и кредиторов) по поводу того, что арбитражное соглашение окажется неэффективным. Для того чтобы рассеять такие возможные сомнения, целесообразно провести обзор законодательства по этому вопросу и обозначить пределы, в рамках которых организация-заказчик может ссылаться на суверенный иммунитет.

42. Кроме того, организация-заказчик, против которой было вынесено арбитражное решение, может сослаться на иммунитет от исполнительных действий в отношении публичной собственности. Существуют различные подходы к вопросу о суверенном иммунитете от исполнительных действий. Например, согласно законам некоторых стран иммунитет не распространяется на правительственные учреждения, которые занимаются коммерческой деятельностью. Согласно другим национальным законам требуется наличие связи между собственностью, на которую должно быть обращено исполнение, и соответствующим иском в том отношении, например, что ссылки на иммунитет в отношении средств, выделенных для экономической или коммерческой деятельности, регулируемой нормами частного права, на которых основывается иск, не допускаются, или в том отношении, что не допускаются ссылки на иммунитет, когда речь идет об активах, выделенных государством на ведение своей коммерческой деятельности. В некоторых странах считается, что бремя доказывания того, что активы, на которые должно быть обращено взыскание, не используются в коммерческих целях, возлагается на правительство.

43. В некоторые контракты с участием субъектов, которые могли бы сослаться на суверенный иммунитет, включались оговорки, предусматривающие отказ правительства от своего права ссылаться на суверенный иммунитет. Такое согласие или такой отказ могут закрепляться в договоре о ПЧП или в международном соглашении; они могут ограничиваться признанием того, что определенная собственность используется или предназначается для использования в коммерческих целях. Подобные письменные оговорки могут быть необходимы в тех случаях, когда не ясно, представляют ли собой заключение арбитражного соглашения правительственным учреждением и его участие в арбитражных процедурах подразумеваемый отказ от суверенного иммунитета от исполнительных действий.

ii) *Эффективность арбитражного соглашения и возможность приведения арбитражного решения в исполнение*

44. Эффективность арбитражного соглашения зависит от законодательного режима в месте, где находится третейский суд. Если законодательный режим арбитража в этой стране считается неудовлетворительным, поскольку, например, установлено, что он накладывает неразумные ограничения на автономию сторон, одна из сторон может пожелать договориться о каком-либо месте арбитража за пределами принимающей страны. Поэтому принимающей стране важно обеспечить, чтобы ее внутренний законодательный режим арбитража разрешал принципиальные процессуальные вопросы таким образом, который отвечал бы потребностям международного арбитража. Такой режим устанавливается, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (Типовой закон об арбитраже¹¹). Если арбитражное разбирательство происходит за пределами принимающей страны или если арбитражное решение, вынесенное в принимающей стране, потребуется привести в исполнение за границей, то эффективность арбитражного соглашения будет также зависеть от законодательства, регулирующего вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений. В Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (см. пункт 13) регулируются в том числе такие вопросы, как признание арбитражного соглашения и основания, по которым суд может отказать в признании решения или в его приведении в исполнение. Конвенция, по общему мнению, обеспечивает приемлемый и сбалансированный режим признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Тот факт, что принимающая страна является участником Конвенции, будет, по всей вероятности, рассматриваться в качестве важнейшего элемента оценки юридической определенности обязательств и надежности арбитража в качестве метода урегулирования споров со сторонами из этого государства в арбитражном порядке. Кроме того, участие в Конвенции облегчит приведение в исполнение за границей арбитражного решения, вынесенного в принимающей стране.

¹¹ Официальный текст Типового закона об арбитраже в том виде, в котором он был первоначально принят в 1985 году, воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17)*, приложение I (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XVI, 1985 год, часть третья, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.4)). Официальный текст пересмотренных статей Типового закона об арбитраже с изменениями, принятыми в 2006 году, воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17)*, приложение I. Консолидированный текст Типового закона об арбитраже также издан в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.08.V.4). Генеральная Ассамблея в своей резолюции 40/72 от 11 декабря 1985 года рекомендовала всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража. Генеральная Ассамблея повторила эту рекомендацию в своей резолюции 61/33 от 4 декабря 2006 года.

г) Судебное разбирательство

45. Как это указывалось ранее, существуют правовые системы, в которых урегулирование споров, возникающих из соглашений, связанных с предоставлением общедоступных услуг, является вопросом, отнесенным к исключительной компетенции национальных судов общей юрисдикции или административных судов. В некоторых странах правительственные учреждения не имеют права соглашаться на арбитраж, кроме как в специально оговоренных обстоятельствах (см. пункты 7–9), в то время как в других правовых системах стороны свободны в выборе между судебными и арбитражными процедурами.

46. В тех случаях, когда стороны имеют возможность выбирать между судебными и арбитражными процедурами, у организации-заказчика могут иметься причины для того, чтобы оставить любые споры на урегулирование в судах принимающей страны. Эти суды знакомы с национальным правом, которое часто содержит законодательные положения, специально предназначенные для регулирования договоров о ПЧП. Кроме того, организация-заказчик или другие правительственные учреждения, которые участвуют в споре, могут отдать предпочтение местным судам по причине языка судопроизводства и осведомленности о судебных процедурах. Хотя не во всех странах судьи могут иметь подготовку и опыт в области урегулирования тех видов технических споров, которые возникают в связи с проектами ПЧП, в некоторых странах созданы специальные суды для рассмотрения сложных коммерческих или публичных контрактов, и правовые нормы гражданской или административной процедуры этих стран могут предоставлять судьям право получать в случае необходимости заключение экспертов. Может также учитываться и то, что в той мере, в которой договоры о ПЧП затрагивают вопросы публичного порядка и защиты публичных интересов, государственные суды находятся в лучшем положении, чтобы должным образом обеспечить выполнение соответствующих положений.

47. Вместе с тем такой подход организации-заказчика может не найти поддержки у потенциальных инвесторов, финансистов и других частных сторон. Эти стороны могут отдать предпочтение арбитражу перед судебными процедурами, поскольку арбитраж, который в большей степени, чем судопроизводство, зависит от согласия сторон, позволяет сторонам организовать производство с учетом своих потребностей. Кроме того, с учетом высокотехнического характера и большой сложности вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, стороны могут быть заинтересованы в том, чтобы их споры урегулировали арбитры, выбранные на основе их особых знаний и опыта. Частные инвесторы, особенно иностранные, могут также неохотно идти на то, чтобы подчинить свои споры юрисдикции национальных судов, функционирующих на основании неизвестных им правил. Согласно опыту ряда стран предоставление сторонам возможности выбора механизма урегулирования споров помогает привлечению иностранных инвестиций на цели развития инфраструктуры.

48. При изучении вопроса о том, следует ли предусмотреть урегулирование любых споров в рамках судебных разбирательств или же следует заключить арбитражное соглашение, когда такая возможность допускается применимым правом, в число факторов, обычно учитываемых сторонами, входит, например, их уверенность в том, что суды, компетентные разрешать спор, будут действовать беспристрастно и что спор будет разрешен без ненадлежащих задержек. Эффективность национальной судебной системы и наличие форм судебной защиты, отвечающих потребностям споров, которые могут возникнуть из договора о ПЧП, являются дополнительными факторами, которые следует принимать во внимание. Сторонам также необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какой орган по урегулированию споров сможет наилучшим образом урегулировать технические вопросы в той области, в которой могут возникнуть споры в связи с договором о ПЧП.

С. Споры между учредителями проекта и между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками

49. Во внутреннем законодательстве обычно признается, что стороны коммерческих сделок, и в особенности международных коммерческих сделок, имеют право договариваться о том, в каком органе будут приниматься обязывающие их решения по любому спору, который может возникнуть в их отношениях. Что касается международных сделок, то предпочтительным методом стал арбитраж, независимо от того, проводится ли при этом процедура медиации как до арбитража, так и в сочетании с ним. Контракты, заключаемые между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками в связи с проектами в области инфраструктуры, обычно считаются коммерческими соглашениями. Соответственно стороны таких контрактов обычно имеют право свободно избирать предпочтительный метод урегулирования, в том числе во многих случаях арбитраж. В то же время кредиторы, хотя в большинстве случаев они и выступают за арбитраж применительно к урегулированию споров из договора о ПЧП (и, во все большей степени, применительно к спорам между кредиторами), часто отдают предпочтение судебным процедурам для урегулирования споров между ними и частным партнером, возникающих из соглашений о кредитовании. В тех случаях, когда предпочтение отдается арбитражу, стороны, как правило, хотели бы иметь возможность выбирать место арбитража и принимать решение о том, следует ли проводить арбитражное разбирательство по тому или иному делу при арбитражном учреждении. Принимающим странам, которые хотели бы создать благоприятный правовой климат для ПЧП, можно рекомендовать провести обзор своего законодательства в отношении таких коммерческих контрактов, с тем чтобы устранить любую неопределенность применительно к свободе сторон согласовывать механизмы урегулирования споров по своему выбору.

D. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

50. В зависимости от вида проекта частный партнер может предоставлять товары или услуги различным физическим и юридическим лицам, таким, например, как находящиеся в правительственной собственности коммунальные компании, закупающие у частного партнера электроэнергию или воду с целью их перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие как авиационные и судоходные линии, заключающие договор об использовании аэропорта или морского порта; или же отдельные лица, оплачивающие использование платных автодорог. Соображения и принципиальные подходы применительно к урегулированию споров, возникающих из этих юридических отношений, могут изменяться в зависимости от сторон таких отношений, условий, на которых предоставляется услуга, и применимого режима регулирования.

51. В дополнение к конкретным требованиям, закрепленным в соответствующем законодательстве, когда конечными пользователями услуг, предоставляемых частным партнером, являются физические лица, могут также применяться особые правовые положения о защите прав потребителей (о законах о защите прав потребителей см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 50 и 51). Соответственно в некоторых странах законодательство требует от поставщиков общедоступных услуг создания специальных упрощенных и эффективных механизмов для рассмотрения претензий клиентов. Такое специальное регулирование, как правило, ограничивается определенными секторами экономики и применяется к приобретению клиентами товаров или услуг. Законодательные требования о создании таких механизмов урегулирования споров могут применяться в целом к претензиям, заявляемым любыми клиентами частного партнера, или могут ограничиваться теми клиентами, которые являются физическими лицами, выступающими в некоммерческом качестве. Обязательство частного партнера может ограничиваться созданием механизма для получения и рассмотрения жалоб от отдельных клиентов. Такие механизмы могут включать специальные подразделения или отделы в рамках проектной компании для получения и оперативного рассмотрения претензий, например, путем предоставления в распоряжение клиентов электронных стандартных бланков для изложения претензий или выделения специальных бесплатных телефонных номеров, по которым могут быть сообщены жалобы. Если соответствующий вопрос не разрешен удовлетворительным образом, то клиент может иметь право подать жалобу в регулирующее учреждение, если таковое имеется, которое в некоторых странах может обладать полномочиями на вынесение обязательного решения по такому вопросу. Обращение клиентов к подобным механизмам часто носит факультативный характер и, как правило, не исключает обращение лиц, которым были причинены убытки, к судам.

52. Если клиентами являются коммунальные компании (например, компания по электроснабжению) или коммерческие предприятия (например, крупная фабрика, закупающая электроэнергию непосредственно у независимого производителя), которые свободно выбирают услуги, предоставляемые частным партнером, и согласовывают условия своих контрактов в ходе переговоров, то стороны, как правило, будут разрешать любые споры с помощью методов, обычно применяемых в коммерческих контрактах, включая арбитраж. Соответственно необходимости в рассмотрении вопросов об урегулировании таких споров в законодательстве, касающемся ПЧП, может и не существовать. В то же время в тех случаях, когда клиентами частного партнера являются предприятия, находящиеся в правительственной собственности, их способность согласовывать методы урегулирования споров может быть ограничена нормами административного права, которым подчиняются вопросы об урегулировании споров с участием правительственных учреждений. Странам, которые хотели бы допустить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров между частным партнером и его клиентами-предприятиями, находящимися в правительственной собственности, важно ликвидировать возможные юридические барьеры и ясно оговорить полномочия этих предприятий на согласование методов урегулирования споров (см. пункты 7–9).

VII. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

A. Общие замечания

1. Важными элементами общей правовой базы, касающейся ПЧП, являются уровень развития соответствующего законодательства принимающей страны, стабильность ее правовой системы и наличие надлежащих средств правовой защиты, доступных для частных сторон. С помощью проведения обзора и, если это уместно, усовершенствования своего законодательства в тех областях, которые имеют непосредственное отношение к ПЧП, принимающая страна может внести существенный вклад в обеспечение благоприятного климата для частных инвестиций в публичную инфраструктуру и соответствующие услуги. Повышение юридической определенности и благоприятная правовая база позволят кредиторам и инвесторам лучше оценить имеющиеся в стране риски. Это окажет положительное воздействие на затраты по мобилизации частного капитала и уменьшит необходимость правительственной поддержки или гарантий (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 56–86).

2. При надлежащей подготовке и планировании ПЧП могут положительно влиять на экономическое и социальное развитие страны и играть важную роль в ее стратегии в области инфраструктуры (об общих основополагающих принципах национальных стратегий в области ПЧП см. в главе I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 2–20). ПЧП могут также позволить государствам достичь многих целей в области устойчивого развития (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункт 3). Вместе с тем значительные масштабы проектов ПЧП и существенное финансирование, которое требуется для их осуществления, могут оказывать большое воздействие на экономическую, социальную и экологическую основу принимающей страны. Такое воздействие выражается во внесении изменений в законодательство, которые та или иная страна, возможно, пожелает тщательно рассмотреть. В этой связи в разделе В рассматривается ряд отдельных аспектов законодательства принимающей страны, которые, хотя и не обязательно, имеют прямое отношение к ПЧП, могут оказать воздействие на их реализацию (см. пункты 3–60). В разделе С описывается возможное влияние некоторых крупных

международных соглашений на реализацию ПЧП в принимающей стране (см. пункты 61–65).

В. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

3. Помимо вопросов, относящихся к законодательству, непосредственно затрагивающему ПЧП, правовая база, благоприятствующая таким проектам, может также потребовать включения положений из других областей законодательного регулирования. Наличие законодательных положений, поощряющих и защищающих частные инвестиции в экономическую деятельность в целом, будет стимулировать и частные инвестиции в инфраструктуру и услуги. В нижеследующих пунктах затрагиваются лишь немногочисленные отдельные аспекты других областей права, которые могут оказать воздействие на реализацию проектов в области инфраструктуры. Наличие надлежащих норм права в таких других областях может облегчить ряд операций, необходимых для выполнения проектов в области инфраструктуры, и способствовать сокращению предполагаемого правового риска инвестиций в принимающей стране.

1. Поощрение и защита инвестиций

4. Один из вопросов, вызывающих особую обеспокоенность учредителей проекта и кредиторов, связан со степенью защиты, предоставляемой инвестициям в принимающей стране. Иностранным инвесторам в принимающей стране потребуются заверения в том, что они будут защищены от национализации или реквизиции без обращения в суд и выплаты надлежащей компенсации в соответствии с нормами, действующими в принимающей стране, и стандартами международного права. Учредители проектов будут также обеспокоены тем, смогут ли они, в частности, направить в страну без каких-либо необоснованных ограничений квалифицированный персонал, который требуется для работы по проекту, импортировать необходимые товары и оборудование, получать по мере потребности доступ к иностранной валюте и переводить за границу или репатриировать свои доходы или суммы, необходимые для погашения кредитов, которые компания взяла для реализации проекта ПЧП. Помимо специальных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 71–76), важную роль применительно к ПЧП может играть законодательство по поощрению и защите инвестиций. Странам, в которых уже имеется надлежащее законодательство по защите инвестиций, может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о принятии положений, прямо распространяющих предусмотренную в таком законодательстве защиту на проекты ПЧП. Страны, которые желают разработать последовательную и эффективную политику, нацеленную на поощрение и защи-

ту инвестиций, могут использовать в качестве стимулирующей основы ключевые принципы инвестиционной политики, содержащиеся в руководстве «Основы инвестиционной политики», которое было принято Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД)¹.

5. Все большее число стран заключают двусторонние инвестиционные соглашения, направленные на поощрение и защиту инвестиционных потоков между договаривающимися сторонами. Соглашения о защите инвестиций обычно содержат положения, касающиеся принятия иностранных инвестиций и их режима; перевода капитала между договаривающимися сторонами (например, выплаты дивидендов за границей или репатриации инвестиций); доступности иностранной валюты для перевода или репатриации доходов от инвестиций; защиты от экспроприации или национализации; и урегулирования инвестиционных споров за пределами принимающей страны (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 38–40). Существование такого соглашения между принимающей страной и страной происхождения инвестиций или странами спонсоров проекта может сыграть важную роль в принятии ими решения об инвестировании в принимающей стране. Кроме того, в зависимости от содержащихся в таком соглашении условий оно может сократить необходимость в заверениях или гарантиях со стороны правительства применительно к отдельным проектам в области инфраструктуры. Руководство ЮНКТАД «Основы инвестиционной политики» (см. пункт 4) также соответствует такому подходу: в нем содержатся рекомендации относительно разработки и реализации стратегии с учетом существования на многостороннем уровне крайне сложной и фрагментированной сети международных договоров.

6. Кроме того, в ряде стран нормы, направленные на содействие инвестиционным потокам и их защиту (в том числе в таких областях, как иммиграционное законодательство, контроль за импортом и валютные правила), содержатся в законодательстве, которое может и не основываться на двусторонних или многосторонних договорах.

2. Законодательство, касающееся вопросов собственности

7. Желательно, чтобы в законодательстве принимающей страны, касающемся вопросов собственности, были отражены приемлемые международные стандарты, содержались надлежащие положения, касающиеся собственности на земельные участки и здания, а также на движимое и нематериальное имущество, и должным образом гарантировалась возможность частного партнера приобретать, продавать и передавать собственность, а также лицензировать ее использование. Конститу-

¹UNCTAD Investment Policy Framework for sustainable development (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3)) and its Principles for investment policy making. Размещено по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd>.

ционные положения, обеспечивающие соблюдение прав собственности, сыграли важную роль в привлечении и стимулировании частных инвестиций во многих странах.

8. Если земельный участок, на котором сооружается объект, передается в собственность частного партнера, то важно, чтобы право собственности на этот земельный участок или право на его использование могло быть четко и безоговорочно установлено с помощью надлежащих процедур регистрации и публичного оповещения. Частному партнеру и кредиторам потребуются ясные доказательства того, что право собственности на земельный участок или право на его использование не будет оспариваться. В силу этого они с нежеланием будут идти на выделение средств на проект, если законы принимающей страны не обеспечивают надлежащих инструментов для утверждения права собственности на земельный участок или права на его долгосрочное использование.

9. В некоторых странах права, предоставляемые частному партнеру, если таковые имеются, могут ограничиваться законодательством, применимым к публичной собственности, что особенно актуально в том случае, когда проект ПЧП осуществляется на земельном участке, находящемся в собственности государства или любого публичного органа. На практике законодательство, касающееся государственной собственности, как правило, не позволяет частному партнеру использовать земельный участок для посторонних целей, таких как передача части земельного участка в субаренду третьим сторонам для получения дополнительного дохода. При наличии такого специального режима договор о ПЧП предоставит частному партнеру право на использование земельного участка в течение срока действия договора при условии соблюдения частным партнером юридической уступки земельного участка для его конкретного публичного использования, как это оговорено в договоре о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 24).

10. Кроме того, необходимо обеспечить эффективные механизмы для защиты в принудительном порядке права собственности и имущественных прав, предоставленных частному партнеру, от нарушения со стороны третьих лиц. Такая защита должна также распространяться на сервитуты и права прохода, которые могут потребоваться частному партнеру для предоставления соответствующих услуг на постоянной основе (например в том, что касается установки столбов и укладки кабеля на участках, находящихся в частной собственности, для обеспечения энергоснабжения) (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 32–34).

3. Обеспечительные интересы

11. Как это указывалось ранее (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 60–69), в случае проектов ПЧП обеспечи-

тельные механизмы могут быть сложными и состоять из различных форм обеспечения, в том числе фиксированного обеспечения в материальных активах частного партнера (например, ипотека или залог активов), залога акций частного партнера и уступки нематериальных активов (дебиторской задолженности) проекта. Хотя кредитные соглашения обычно регулируются правом, выбранным сторонами, виды обеспечения, при которых на активы, расположенные в принимающей стране, может быть обращено взыскание, и имеющие средства правовой защиты будут определяться законодательством принимающей страны.

12. Различия в видах обеспечения или ограничения применительно к средствам правовой защиты, предусматриваемым законодательством принимающей страны, могут вызвать беспокойство потенциальных ссудодателей. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство предусматривало надлежащую правовую защиту обеспеченных кредиторов и не препятствовало способности сторон договариваться о надлежащих обеспечительных механизмах. Поскольку для разных правовых систем характерны большие различия в законодательстве, относящемся к обеспечительным интересам, технические подробности необходимого правового регулирования в *Руководстве* не рассматриваются, а в нижеследующих пунктах лишь в общем виде описываются элементы современного режима обеспеченных сделок.

13. В одних правовых системах обеспечительные интересы могут создаваться практически в любых активах, включая интеллектуальную собственность, а в других — обеспечительные интересы могут создаваться лишь в ограниченной категории активов, таких как земельные участки и здания. В ряде стран обеспечительные интересы могут распространяться на еще не существующие активы (будущие активы), и в качестве обеспечения могут выступать все активы компании при сохранении за ней возможности дальнейшего использования этих активов в ходе обычной коммерческой деятельности. В одних правовых системах предусмотрены обеспечительные интересы без права владения и, таким образом, активы могут быть приняты в качестве обеспечения без вступления в фактическое владение ими, а в других системах, применительно к тем активам, на которые распространяется система регистрации правового титула, обеспечение может быть принято лишь путем вступления в физическое или конструктивное владение. Ряд систем предусматривает возможность взыскания обеспечения без участия суда, при этом в других системах такое взыскание допускается лишь на основе судебного решения. В одних странах предусмотрены средства правовой защиты, которые включают не только продажу активов, но и возможность для обеспеченного кредитора оперировать этими активами либо посредством вступления во владение, либо путем назначения управляющего, а в других странах продажа через суд может выступать в качестве основного механизма реализации обеспечительного права. В некоторых системах определенные виды обеспечения имеют преимущественную силу по сравнению с требованиями привилегированных кредиторов, при этом в других системах требования привилегирован-

ных кредиторов имеют преимущественную силу по сравнению с любыми видами обеспечения. В одних странах создание обеспечительного права не сопряжено с большими расходами, так как платежи и сборы установлены на минимальном уровне, тогда как в других странах это может быть связано со значительными издержками. В одних странах стоимость обеспечения может быть неограниченной, в других она не может быть чрезмерной по сравнению с величиной причитающегося долга. В некоторых правовых системах на обеспеченного кредитора налагаются определенные обязательства, связанные с взысканием обеспечения, например обязательство продать активы по справедливой рыночной цене.

14. В базу юридической защиты могут быть включены положения, устанавливающие, что фиксированное обеспечение (например, ипотека) является подлежащим регистрации интересом и что после регистрации такого обеспечения в регистре правовых титулов или ином публичном регистре любой приобретатель имущества, с которым связано такое обеспечение, приобретает такое имущество, обремененное этим обеспечением. Это может быть сопряжено с трудностями, поскольку во многих странах специальных регистров правовых титулов не существует. Кроме того, должна предусматриваться возможность принудительного взыскания обеспечения с третьих сторон, в связи с чем может потребоваться, чтобы обеспечение по своему характеру рассматривалось как относящееся к имущественным правам, а не просто к числу обязательств и чтобы оно давало лицу, получившему обеспечение, право продать принятые в качестве обеспечения активы в рамках процедур реализации обеспечительного права.

15. Другой важный аспект связан с наделением сторон возможностями для проявления гибкости в определении активов, предоставляемых в обеспечение. В некоторых правовых системах стороны наделяются широкой свободой усмотрения в отношении определения тех активов, которые могут быть предоставлены в качестве обеспечения. В ряде правовых систем допускается создание обеспечительного права, охватывающего все активы предприятия, и таким образом имеется возможность продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что может позволить сохранить предприятие, испытывающее финансовые трудности, и одновременно увеличить сумму возмещения, причитающегося обеспеченному кредитору. В то же время в других правовых системах допускается создание только такого обеспечительного права, которое связано с конкретными активами, а обеспечение, охватывающее активы должника в целом, не признается. Кроме того, могут существовать ограничения на способность должника осуществлять коммерческие операции с товарами, предоставленными в качестве обеспечения. Наличие подобных ограничений и запретов затрудняет — и даже иногда делает невозможным — для должника предоставление в качестве обеспечения активов, описанных по родовым признакам, или активов, используемых в ходе обычных коммерческих операций.

16. Учитывая долгосрочный характер проектов ПЧП, стороны, возможно, пожелают определить в конкретном или общем порядке те активы, которые предоставляются в качестве обеспечения. Кроме того, они могут пожелать, чтобы такое обеспечение охватывало нынешние или будущие активы и активы, которые могут измениться в течение срока действия обеспечения. Поэтому, возможно, целесообразно провести обзор действующих положений, регулирующих обеспечительные интересы, с тем чтобы включить нормы, позволяющие сторонам согласовывать механизмы обеспечения, отвечающие их потребностям.

17. Различные международные межправительственные органы, включая ЮНСИТРАЛ, подготовили правовые документы, которые могут использоваться в качестве моделей при разработке или модернизации законодательства по обеспечительным интересам. В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках² предусматривает прозрачные, всеобъемлющие и современные законодательные рамки в области финансирования под обеспечение, которые могут отвечать интересам занимающихся ПЧП операторов, как это уже указывалось выше (см. пункты 11–15). Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле³ — это также полезный правовой инструмент, предназначенный для устранения препятствий для трансграничных сделок, которые очень важны для финансирования проектов ПЧП. К числу других международных правовых документов, касающихся международных обеспечительных интересов, относится Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования⁴ и последующие протоколы в области авиационного оборудования⁵, железнодорожного подвижного состава⁶, космических средств⁷ и горнодобывающего, сельскохозяйственного и строительного оборудования⁸, которые были разработаны под эгидой Международного института унификации частного права (УНИДРУА); эти документы предусматривают предоставление надежных и легко реализуемых прав (в частности фиксируемых в международном электронном регистре) на движимые активы, которые могут быть частью сделок в связи с ПЧП.

² Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2016 год), размещен по адресу https://uncitral.un.org/ru/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions.

³ Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью-Йорк, 2001 год), размещена по адресу <https://uncitral.un.org/ru/texts/securityinterests/conventions/receivables>.

⁴ Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования) (Кейптаун, 2001 год).

⁵ Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 год).

⁶ Протокол по вопросам, касающимся железнодорожного подвижного состава, к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Люксембург, 2007 год).

⁷ Протокол по вопросам, касающимся космических средств, к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Берлин, 2012 год).

⁸ Протокол по вопросам, касающимся горнодобывающего, сельскохозяйственного и строительного оборудования, к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Претория, 2019 год).

4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности

18. ПЧП часто связаны с использованием новых или передовых технологий, защищенных патентами или аналогичными правами интеллектуальной собственности. Они также могут предусматривать разработку и представление оригинальных или новаторских решений, содержащих информацию, которая находится в собственности лица, представившего проектное предложение, и которая защищается авторскими правами. Таким образом, частным инвесторам — как национальным, так и иностранным, — ввозящим в принимающую страну новую или передовую технологию или разрабатывающим оригинальные решения, потребуется гарантия в том, что их права интеллектуальной собственности будут защищены и что они смогут обеспечить принудительную защиту таких прав от нарушений, что может потребовать принятия уголовно-правовых положений, направленных на борьбу с нарушениями прав интеллектуальной собственности. Такая защита должна быть гарантирована на всех этапах проекта ПЧП, начиная с процедуры принятия решения о заключении договора, когда участники торгов представляют заказчику конфиденциальную информацию в тендерной документации (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 132), и далее на этапах строительства и эксплуатации, когда частный партнер может использовать собственные ноу-хау или технологии и когда ему потребуются гарантии защиты своих прав интеллектуальной собственности.

19. Правовые рамки для защиты интеллектуальной собственности могут быть созданы за счет присоединения к международным соглашениям, касающимся защиты и регистрации прав интеллектуальной собственности. Защиту этих прав целесообразно укрепить в соответствии с такими документами, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года⁹. Конвенция распространяется на промышленную собственность в самом широком смысле, включая изобретения, знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, географические указания и устранение недобросовестной конкуренции. Конвенция предусматривает, что в отношении защиты промышленной собственности каждое государство-участник должно предоставлять национальный режим. Она также предусматривает право приоритета применительно к патентам, знакам и промышленным образцам и устанавливает ряд общих норм, которыми все государства-участники должны руководствоваться в отношении патентов, знаков, промышленных образцов, фирменных наименований, указаний источника, недобросовестной конкуренции и национальных административных органов. Правовой базой для международной защиты патентов служит также Договор о патентной кооперации 1970 года, который позволяет

⁹ С учетом пересмотра в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Лиссабоне 31 октября 1958 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года, а также с учетом поправок, утвержденных 2 октября 1979 года.

ходатайствовать о патентной защите одновременно во многих странах путем подачи международной патентной заявки. В некоторых странах международные стандарты дополняются законодательством, направленным на предоставление юридической защиты технологическим новшествам, например законодательством о защите прав интеллектуальной собственности в области компьютерного программного обеспечения и конфигурации компьютерного аппаратного обеспечения. Кроме того, задачей Договора о патентном праве¹⁰ является унификация формальных процедур, связанных с национальными и региональными патентными заявками и патентами.

20. Другими важными документами в области международной защиты прав промышленной собственности являются Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 года¹¹, Протокол, касающийся Мадридского соглашения 1989 года и Общая инструкция к Мадридскому соглашению и Протоколу к нему 1998 года. Мадридское соглашение предусматривает международную регистрацию знаков (как товарных знаков, так и знаков обслуживания) в Международном бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). Международная регистрация знаков в соответствии с Мадридским соглашением действительна во многих странах, а потенциально и во всех государствах-участниках (за исключением страны происхождения). Кроме того, Договор о законах по товарным знакам 1994 года упрощает и унифицирует процедуры подачи заявок на регистрацию торговых знаков, внесения изменений после регистрации и возобновления действия.

21. Применительно к промышленным образцам Гагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года¹² предусматривает международное депонирование промышленных образцов в Международном бюро ВОИС. Международное депонирование имеет одинаковую силу в каждом из государств-участников, указанном заявителем, как если бы заявитель выполнил все требуемые внутренним законодательством формальности и как если бы все необходимые для этого административные действия были совершены соответствующим органом этой страны.

22. Наиболее всеобъемлющим многосторонним соглашением по вопросам интеллектуальной собственности является в настоящее время Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение по ТРИПС, которое было заключено под эгидой Всемирной торговой организации (ВТО) и вступило в силу 1 января 1995 года. Оно охватывает следующие области ин-

¹⁰ Договор о патентном праве (ДПП) (Женева, 1 июня 2000 года).

¹¹ С учетом пересмотра в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Ницце 15 июня 1957 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года.

¹² С Монакским дополнительным актом 1961 года, Стокгольмским дополнительным актом 1967 года с поправками, внесенными 28 сентября 1979 года, и Инструкцией к Гагскому соглашению о международном депонировании промышленных образцов 1998 года.

теллектуальной собственности: авторские и смежные права (т.е. права исполнителей, производителей звуковых записей и организаций вещания); торговые знаки, включая знаки обслуживания; географические указания, включая наименования мест происхождения; промышленные образцы; патенты, включая защиту новых разновидностей растений; топологию интегральных микросхем; и нераскрываемую информацию, включая коммерческую тайну и испытательные данные. В отношении каждой из основных областей интеллектуальной собственности, охватываемых Соглашением ТРИПС, в Соглашении устанавливаются минимальные стандарты защиты, которые должны быть обеспечены каждой договаривающейся стороной, причем в первую очередь требуется соблюдение основных обязательств, в том числе по Парижской конвенции в ее последней редакции. Большинство основных положений Парижской конвенции включены в Соглашение ТРИПС путем отсылки и стали таким образом обязательствами по этому последнему Соглашению. Соглашение ТРИПС также вводит значительное число дополнительных обязательств по вопросам, которые не рассматривались или, как представляется, не регулировались надлежащим образом в ранее принятых конвенциях по вопросам интеллектуальной собственности. В дополнение к этому в Соглашении закрепляются некоторые общие принципы, применимые к процедурам принудительной защиты прав интеллектуальной собственности. Кроме того, Соглашение ТРИПС содержит положения по гражданским и административным процедурам и средствам правовой защиты, временным мерам, специальным требованиям, связанным с мерами пограничного контроля, и уголовным процедурам. В этих положениях с определенными подробностями оговариваются процедуры и средства правовой защиты, которые должны быть предусмотрены в целях обеспечения возможности эффективной принудительной защиты прав интеллектуальной собственности их держателями.

5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности

23. Если правительство принимает на себя ответственность за предоставление необходимого для реализации проекта земельного участка, то он может быть либо выкуплен у его владельцев, либо, если это необходимо, приобретен в принудительном порядке с выплатой надлежащего возмещения в соответствии с процедурой, которая иногда называется принудительным приобретением или экспроприацией (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 29–31). Во многих странах существует законодательство, регулирующее процедуры принудительного приобретения, и это законодательство, вероятно, будет применяться к принудительному приобретению собственности, необходимой для реализации проектов ПЧП.

24. Принудительное приобретение может быть произведено в судебном или административном порядке или может потребовать принятия специального законодательного акта. В большинстве случаев эти процедуры предусматривают как административный, так и судебный этап и могут быть длительными и сложными. В связи с этим правительство принимающей страны, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проведении обзора действующих положений о принудительном приобретении в публичных интересах, с тем чтобы обеспечить их адекватность для потребностей крупных проектов в области инфраструктуры, которые относятся к национальным или внутренним приоритетам и считаются выгодными как для населения, так и для экономики. Такой обзор должен определить, в частности, предусматривают ли применимые правила оперативные и экономичные процедуры, должным образом защищающие права собственников. Особенно важно, чтобы у правительства имелась возможность без излишних задержек принять собственность в свое владение — в разрешенных законом рамках и с учетом оценки социального воздействия и воздействия на окружающую среду, которая должна быть проведена на начальном этапе проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 17–20), с тем чтобы избежать повышения проектных затрат.

6. Публичные контракты¹³

25. Во многих правовых системах предоставление общедоступных услуг может регулироваться сводом правовых норм, известным как административное право и регулирующим широкий диапазон правительственных функций. Такие системы действуют в соответствии с принципом, согласно которому правительство может осуществлять свои полномочия и функции посредством либо административного акта, либо административного договора. При этом существует общее понимание того, что в качестве альтернативы правительство может заключать частный договор, на который распространяется правовое регулирование, относящееся к коммерческим договорам. Различия между этими двумя видами договоров могут быть значительными.

26. В соответствии с концепцией административного договора свобода и автономия, которыми пользуются стороны частного договора, имеют подчиненное значение по отношению к публичным интересам. В некоторых правовых системах правительство имеет право изменять сферу действия и условия административных договоров или даже прекращать их в публичных интересах, причем обычно предусматривается компенсация убытков, понесенных частным партне-

¹³ Читатели, возможно, пожелают учесть, что в большинстве стран независимо от их правовых традиций договоры о ПЧП заключаются в результате особой процедуры торгов, иногда перекликающейся с процедурой, предусмотренной законодательством о закупках. Подробнее о законодательстве о закупках и стандартах ЮНСИТРАЛ в этой области, включая Типовой закон о публичных закупках (2011 год), см. в главе III «Решение заключить договор».

ром (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 29, 30 и 54). Дополнительные права могут включать широкие права на контроль и инспекцию, а также право налагать на частного партнера санкции за неисполнение. Это часто уравнивается требованием о том, что в договор могут вноситься другие изменения, которые окажутся необходимыми для восстановления первоначального финансового равновесия между сторонами и сохранения общей привлекательности договора для частного партнера (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 135–144). В некоторых правовых системах урегулирование споров, вытекающих из правительственных контрактов, отнесено к исключительной компетенции специальных судебных органов, занимающихся рассмотрением только административных дел, причем в ряде стран эти органы не являются составной частью судебной системы, а формируют отдельную судебную систему (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 45–48).

27. В других правовых системах обычно считается, что правопорядок лучше всего обеспечивается в том случае, если деятельность правительства регулируется обычным частным правом. В целом существует признание того факта, что административные органы не могут на основании договора ограничить осуществление своих суверенных функций. Органы управления не могут создавать препятствий для будущего проявления исполнительной власти при осуществлении тех правительственных функций, которые затрагивают публичные интересы. Согласно доктрине суверенных актов, которой придерживаются некоторые системы общего права, правительство как сторона договора освобождается от исполнения своих договоров, если оно как суверенный субъект издает в публичных интересах законы, правила или постановления, которые не позволяют ему исполнить договоры. Таким образом, закон может разрешать публичному органу вмешательство в закрепленные договором права. Обычно такие действия имеют ограниченный характер, с тем чтобы изменения не могли приобрести таких масштабов, к которым другая сторона не могла бы добросовестно приспособиться. В подобных случаях частная сторона обычно получает право на определенную компенсацию или справедливую корректировку. С учетом такой возможности в некоторых странах в правительственные контракты включают стандартную оговорку об изменениях, которая позволяет правительству изменять условия контракта в одностороннем порядке или которая предусматривает возможность изменений в результате принятия суверенного акта.

28. Наделение особыми прерогативами правительственных учреждений в таких правовых системах объясняется наличием публичных интересов. Вместе с тем признается, что особые правительственные прерогативы, в частности право на одностороннее изменение условий контракта, могут, в случае ненадлежащего использования такого права, нанести ущерб законным правам правительственных подрядчиков. По этой причине для защиты прав правительственных подрядчиков от произвольных или ненадлежащих действий со стороны публичных

органов в странах с установившейся практикой ПЧП разработан целый ряд контрольных механизмов и средств правовой защиты, таких как возможность обращения в беспристрастные органы урегулирования споров и схемы полной компенсации за неправомерные действия правительства. Если подобной защиты не предоставляется, то потенциальные инвесторы могут отказаться от инвестирования средств в страну, правовая система которой наделяет правительственные учреждения особыми прерогативами, поскольку это сопряжено с непредсказуемым риском. По этой причине ряд стран пересмотрели свое законодательство, касающееся правительственных контрактов, с тем чтобы обеспечить определенную защиту, необходимую для стимулирования частных инвестиций, и отменить те положения, которые вызывают обеспокоенность в отношении долгосрочной стабильности договорных отношений, требуемых для реализации проектов в области инфраструктуры. Дополнительную ясность и удобство можно обеспечить путем предоставления участникам торгов всей необходимой информации, касающейся правительственного контракта и административного права, на этапе торгов для обеспечения понимания участниками торгов особых прерогатив, которые могут использовать правительственные учреждения (см. главу III «Решение заключить договор», пункты 14 и 76).

7. Частные договоры

29. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам, играет важную роль в связи с контрактами, заключаемыми частным партнером с субподрядчиками, поставщиками и другими частными сторонами. Внутреннее законодательство по вопросу о частных договорах должно содержать надлежащие решения, удовлетворяющие потребности договаривающихся сторон, в том числе в том, что касается возможности проявления гибкости при составлении контрактов, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Помимо закрепления некоторых ключевых элементов, должным образом регулирующих вопросы договоров, таких как общее признание автономии сторон, судебная защита договорных обязательств и адекватные средства правовой защиты в случае нарушения договора, законодательство принимающей страны может способствовать созданию благоприятных условий для реализации проектов ПЧП за счет содействия использованию тех договорных механизмов, которые, по всей вероятности, будут применяться в рамках таких проектов. Такое же важное значение имеет надлежащий свод норм международного частного права, учитывая вероятность того, что контракты, заключаемые частным партнером, будут содержать определенные международные элементы.

30. В тех случаях, когда планируется сооружение новой инфраструктуры, частному партнеру может потребоваться осуществить импорт крупных партий материалов и оборудования. Более высокая юридическая определенность применительно к таким сделкам может быть обеспечена в том случае, если

законодательство принимающей страны будет содержать положения, специально приспособленные к международным договорам купли-продажи. Особенно хорошая правовая база может быть обеспечена за счет присоединения к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров¹⁴ (Вена, 1980 год) или другим международным документам, регулирующим отдельные виды договоров, таким как Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге¹⁵ (Оттава, 1988 год), разработанная УНИДРУА.

8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

31. В большинстве проектов, связанных с разработкой нового проекта ПЧП, учредители проекта будут создавать проектную компанию в качестве отдельного юридического лица в принимающей стране (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 13–20). Следует признать, что в разных странах проектные компании могут создаваться в различных формах и совсем не обязательно в форме корпорации. Вместе с тем, поскольку в большинстве случаев выбирается как раз форма корпорации, для принимающей страны особенно важно иметь надлежащие законодательные положения, регулирующие деятельность акционерных обществ и содержащие современные нормы по таким ключевым вопросам, как процедуры образования юридического лица, управление компанией, выпуск акций и их продажа или передача, бухгалтерская и финансовая отчетность и защита акционеров, не обладающих контрольным пакетом. Кроме того, упрощению заключения сделок по проектному финансированию может способствовать признание за инвесторами возможности учреждать отдельные предприятия в качестве специальных целевых механизмов, предназначенных для привлечения финансовых средств и их распределения (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 67).

32. Хотя могут использоваться различные формы корпораций, общий момент заключается в том, что владельцы (или акционеры) предприятия частного партнера потребуют ограничить свою ответственность стоимостью своих акций в капитале компании. Если предполагается, что проектная компания предложит свои акции в открытую продажу, то ограниченная ответственность будет необходима, поскольку потенциальные инвесторы будут, как правило, приобретать такие акции в целях инвестирования и не будут активно участвовать в деятельности проектной компании. Поэтому важно, чтобы законы принимающей страны предусматривали надлежащее ограничение ответственности акционеров. Кроме того, наличие адекватных положений, регулирующих выпуск коммерче-

¹⁴ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров*, Вена, 10 марта — 11 апреля 1980 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.82.V.5), часть I.

¹⁵ *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing*, Ottawa, 9–28 May 1988, vol. I.

скими компаниями облигаций, долговых или иных ценных бумаг, позволит частному партнеру привлечь средства инвесторов на рынке ценных бумаг, что облегчит финансирование некоторых проектов.

33. В законодательстве следует оговорить обязанности директоров и управляющих проектной компании, включая базовые нормы, регулирующие порядок привлечения к уголовной ответственности. Можно также предусмотреть положения о защите третьих сторон от любого нарушения корпоративной ответственности. Современные законодательные нормы, регулирующие деятельность акционерных обществ, часто содержат конкретные положения, регламентирующие поведение руководителей и направленные на то, чтобы предотвратить коллизии интересов. Положения такого вида требуют, чтобы руководители действовали добросовестно в наилучших интересах компании и не использовали свое положение в ущерб компании в своих собственных финансовых интересах или в интересах любого иного лица. Положения, преследующие цель предотвратить коллизии интересов при управлении акционерными обществами, могут быть особенно полезны в связи с проектами в области инфраструктуры в тех случаях, когда частный партнер на определенном этапе реализации проекта, возможно, пожелает привлечь своих собственных акционеров к выполнению работ или предоставлению услуг в связи с таким проектом (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 109 и 110).

34. Важно надлежащим образом урегулировать в законодательстве процесс принятия решений как на собраниях акционеров, так и на заседаниях органов управления компанией (например, совета директоров или наблюдательного совета). Защита прав акционеров и в особенности миноритарных акционеров от злоупотреблений со стороны акционеров, осуществляющих руководство или обладающих контрольным пакетом акций, является важным элементом современного законодательства, регулирующего деятельность акционерных обществ. Ключевое значение имеют также механизмы урегулирования споров между акционерами. Целесообразно признать право акционеров регулировать ряд дополнительных вопросов, касающихся управления компанией-частным партнером, через соглашения, заключаемые между самими акционерами, или через договоры об управлении, заключаемые с директорами компании — частного партнера.

9. Правовое регулирование вопросов налогообложения и вопросы трансграничного налогообложения

35. Помимо возможных налоговых стимулов, которые в целом могут действовать в принимающей стране или которые могут быть специально предоставлены ПЧП в целом или в связи с указанными проектами (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 77–80), важную роль в принятии инвестиционных решений частными компаниями играет общий режим налогообложения в принимающей стране. Кроме оценки воздействия налогообложения на затра-

ты по проекту и ожидаемую норму прибыли, частные инвесторы учитывают такие вопросы, как общая прозрачность внутренней системы налогообложения, степень свободы усмотрения, которой наделены налоговые органы, ясность руководящих принципов и инструкций, подготовленных для налогоплательщиков, и объективность критериев, используемых для расчета причитающихся сумм налога. Это может оказаться трудным делом в частности в тех странах, в которых полномочия по установлению или увеличению налоговых ставок или по обеспечению исполнения налогового законодательства децентрализованы.

36. Проекты ПЧП, которые, как правило, финансируются за счет заемных средств, получаемых от коммерческих банков и международных банков развития, или за счет собственных средств спонсоров, требуют, чтобы поток наличности был предсказуемым. По этой причине все потенциальные налоговые последствия должны легко поддаваться оценке в течение всего срока реализации проекта. Непредвиденные изменения в налогообложении, уменьшающие поток наличности, могут иметь серьезные последствия для проекта. В некоторых странах правительство уполномочено заключать с инвесторами соглашения, содержащие гарантии того, что поток наличности по проекту не пострадает в результате неожиданных изменений в налогообложении. Такие договоренности иногда называют соглашениями о стабильном налоговом режиме. Вместе с тем правительство, по конституционным или политическим соображениям, может не иметь возможности предоставить такого рода гарантии, и в этом случае стороны могут договориться о механизмах компенсации или пересмотра условий контракта для решения проблем, связанных с увеличением издержек в результате налоговых изменений (см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 131–134).

37. Международный аспект ПЧП, когда очень часто ПЧП создаются при участии иностранных инвесторов, влечет за собой важные последствия с точки зрения налогообложения, в зависимости от налоговой системы принимающей страны и страны происхождения. Большинство национальных налоговых режимов подпадают под одну из трех общих категорий. Один из подходов заключается в глобальном налоговом зачете, при котором весь доход, полученный в любой точке мира, облагается налогом в стране инвестора, а двойное налогообложение устраняется за счет использования системы зачета иностранного налога; величина налогов в стране инвестора уменьшается на сумму уже выплаченных иностранных налогов. Если страна инвестора руководствуется этим подходом, то сумма налоговых обязательств инвестора не может быть меньше той суммы, которую он должен был бы выплатить в его стране. В соответствии со вторым подходом к налогообложению иностранный доход, с которого уже был выплачен иностранный налог, освобождается от налогообложения в стране инвестора. В-третьих, согласно территориальному подходу, иностранный доход инвестора полностью освобождается от налогов его страны. Инвесторы, находящиеся в своих странах, где используются две последние системы налогообло-

жения, получают выгоду от налоговых каникул и более низких налоговых ставок в принимающей стране, хотя подобные налоговые льготы вряд ли заинтересуют инвестора, расположенного в налоговой гавани.

38. Стороны, участвующие в проекте, могут испытывать беспокойство в связи с различными аспектами потенциальных налоговых обязательств. Инвесторов обычно интересуют размеры налогов на прибыль, полученную в принимающей стране, налоги на платежи подрядчикам, поставщикам, инвесторам и кредиторам и налоговый режим на любой прирост (или убыль) капитализированной стоимости активов в случае прекращения деятельности частного партнера. Инвесторы могут прийти к выводу, что платежи, используемые для уменьшения налогов в соответствии с режимом страны инвестора (например, выплата процентов на заемные средства, исследовательские расходы, расходы по участию в торгах и убытки, связанные с валютным курсом), могут не признаваться в принимающей стране или наоборот. Аналогичным образом в принимающей стране проектная компания как объект налогообложения может рассматриваться в качестве предприятия другого типа, чем в стране инвестора. В рамках проектов, предусматривающих передачу активов в публичную собственность, это может воспрепятствовать применению скидок на сокращение стоимости активов в соответствии с законами страны инвестора.

39. Одна из особых проблем проектов ПЧП, связанных с иностранными инвестициями, заключается в возможности того, что иностранные компании, участвующие в проектном консорциуме, могут подвергнуться двойному налогообложению, т.е. налогообложению прибыли, роялти и процентов как в своей собственной стране, так и в принимающей стране. Дополнительные проблемы могут также создавать график налоговых платежей и требования оплатить налог с суммы дивидендов, распределяемых среди держателей акций. Ряд стран заключили двусторонние соглашения, нередко основанные на Типовой конвенции ОЭСР о налогообложении доходов и капитала¹⁶, в целях устранения или по крайней мере уменьшения негативных последствий двойного налогообложения, и наличие таких соглашений между принимающей страной и странами спонсоров проекта нередко играет важную роль в учете соображений, связанных с вопросами налогообложения.

40. В конечном итоге необходимо принимать во внимание общее воздействие всех налогов в целом. Например, могут существовать налоги, взимаемые налоговыми органами различных уровней; помимо налогов, взимаемых национальным правительством, частный партнер может также выплачивать муниципальные или региональные налоги. Помимо подоходного налога могут взиматься

¹⁶ Читателям рекомендуется ознакомиться с Типовой конвенцией о налогообложении доходов и капитала Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), которая регулярно обновляется этой организацией с учетом новых событий в области налогового права и практики, касающейся вопросов двойного налогообложения (<http://www.oecd.org/tax/treaties/>).

определенные сборы, которые нередко начисляются и должны выплачиваться до получения частным партнером каких-либо доходов. К их числу относятся налоги на продажи, иногда называемые налогами с оборота, налоги на добавленную стоимость, налоги на собственность, гербовые сборы и импортные пошлины. В ряде случаев в рамках программ стимулирования инвестиций могут быть приняты специальные положения, предоставляющие полное или частичное освобождение и от этих видов платежей.

10. Таможенное оформление и сборы

41. Правительства часто предоставляют частным партнерам налоговые и таможенные льготы для поддержки проектов ПЧП (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 77–80). Такие льготы, как правило, снижают уровень налогов и импортных пошлин, которыми будет облагаться частный партнер. Помимо политического решения о предоставлении (или непредоставлении) таких льгот, правительству рекомендуется обеспечить, чтобы таможенное законодательство разрешало импорт товаров, необходимых для строительства и эксплуатации проекта. Важно также обеспечить, чтобы таможенные органы располагали необходимыми ресурсами для проведения проверок и таможенной очистки товаров без излишних задержек. Соответствующие механизмы предусмотрены, например, в Соглашении об упрощении процедур торговли, принятом Всемирной торговой организацией в 2013 году¹⁷, которое направлено на ускорение перемещения, выпуска и таможенной очистки товаров, включая транзитные товары, а также устанавливает меры по эффективному сотрудничеству между таможенными и другими соответствующими органами в вопросах упрощения процедур торговли и соблюдения таможенных требований.

11. Правила и процедуры отчетности

42. В главе II настоящего *Руководства* изложены доступные публичным органам бюджетные возможности, которые могут использоваться для фиксации издержек в связи с оказанием ПЧП правительственной поддержки (см. главу II, «Планирование и подготовка проектов», пункт 60). В контексте ПЧП не менее важна оценка финансового положения частного партнера. Законодательство ряда стран требует от компаний соблюдать международно признанные стандартные процедуры отчетности и использовать услуги профессиональных бухгалтеров или бухгалтеров-аудиторов. Это, в частности, объясняется тем, что принятие стандартных процедур отчетности используется в качестве меры, направленной на достижение единообразия в стоимостной оценке коммерческих

¹⁷ Решение министров о Соглашении об упрощении процедур торговли WT/MIN(13)36 от 7 декабря 2013 года. Вступило в силу 22 февраля 2017 года. Полный текст размещен на веб-сайте ВТО: <https://www.wto.org/index.htm>.

предприятий. Применительно к выбору частного партнера использование стандартных процедур отчетности может также облегчить решение задачи оценки финансового положения участников процедур для установления их соответствия критериям предварительного отбора, установленным организацией-заказчиком (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 39). Кроме того, стандартные процедуры отчетности чрезвычайно важны для аудиторских проверок доходов компаний, которые, возможно, потребуются проводить регулирующему органу для применения тарифных структур и контроля за исполнением со стороны частного партнера (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 43–50).

43. В некоторых странах были также приняты специальные правила отчетности для операторов инфраструктуры, с тем чтобы учесть особую схему поступлений по проектам в области инфраструктуры. Проекты, связанные с сооружением объектов инфраструктуры, в частности строительством автодорог и других транспортных объектов, обычно характеризуются относительно коротким периодом осуществления инвестиций, когда производятся большие финансовые затраты и не имеется никаких поступлений, и последующим более длительным периодом, в течение которого поступления возрастают, финансовые затраты сокращаются, а эксплуатационные затраты остаются, при обычных обстоятельствах, стабильными. Соответственно если будут применены традиционные правила отчетности, то особая финансовая структура таких проектов должна будет быть отражена в счетах проектной компании как период непрерывных отрицательных результатов, за которым будет следовать долгий период получения чистой прибыли. Это не только вызовет негативные последствия, например, для кредитного рейтинга проектной компании в течение этапа строительства, но может также привести к непропорциональной задолженности по налогообложению в течение эксплуатационного этапа проекта. С тем чтобы избежать таких искажений, некоторые страны приняли специальные правила отчетности для компаний, осуществляющих проекты в области инфраструктуры, с тем чтобы учесть тот факт, что финансовые результаты проектов ПЧП могут стать положительными только на среднесрочной основе. В силу этих специальных правил создателям инфраструктуры обычно разрешается отнести часть финансовых затрат, понесенных в ходе убыточного этапа, на последующие финансовые годы в соответствии с финансовыми графиками, предусмотренными в проектом соглашении. Однако специальные правила отчетности обычно не наносят ущерба применению других норм регулирования, которые могут запрещать распределение дивидендов в течение финансовых лет, завершающихся с отрицательным салдо.

12. Бюджетные ассигнования и правила бухгалтерского учета

44. Необходимыми условиями успешности проектов ПЧП являются надлежащее планирование и подготовка. На этапах планирования и подготовки следует тщательно проанализировать потенциальное фискальное воздействие проекта и

его бюджетные последствия для организации-заказчика или правительства, если это уместно (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 15 и 16). Правительственная поддержка и другие непредвиденные обязательства, которые могут возникнуть в связи с проектом в течение всего срока действия договора о ПЧП, должны соответствовать бюджетным правилам. В частности, организации-заказчику будет необходимо обеспечить выделение достаточных бюджетных ассигнований, которые предназначены для платежей, причитающихся частному партнеру, и которые распределяются таким образом, чтобы платежи производились в сроки, согласованные между сторонами.

45. Действительно, в большинстве стран бюджетные ассигнования представляют собой ежегодный процесс, который не предусматривает автоматически непредвиденные обязательства, которые могут возникнуть в соответствии с договором о ПЧП. Кроме того, для выделения ассигнований часто требуется разрешение законодательного органа или любого другого органа, отвечающего за управление публичными средствами. Организации-заказчику или правительству может оказаться трудно запросить разрешение на выделение ассигнований в сроки, оговоренные в договоре. На практике могут быть созданы различные механизмы обеспечения своевременного погашения обязательств. Например, создание фонда погашения непредвиденных обязательств может позволить производить платежи частному партнеру без необходимости запроса специального разрешения. Вместе с тем такой фонд должен будет функционировать в соответствии со строгими правилами и быть достаточно прозрачным для обоснования производимых платежей.

46. ПЧП все чаще используется для восполнения недостатка публичного финансирования и погашения обязательств, связанных с проектами ПЧП, в рамках сводного баланса правительства. Такая практика может иметь пагубные последствия для бюджета организаций-заказчиков и других публичных органов, например в тех случаях, когда непредвиденные обязательства становятся обязательствами выплатить компенсацию или произвести другие платежи частному партнеру (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 58–60). Для предотвращения случаев такого рискованного использования ПЧП рекомендуется регистрировать и доводить до сведения общественности все обязательства, принятые на себя организацией-заказчиком, как прямые, так и непредвиденные. Кроме того, правительство, возможно, пожелает предоставить центральному органу, координирующему ПЧП на национальном уровне, полномочия по сбору всей финансовой информации, касающейся текущих проектов ПЧП, и оценить совокупную сумму обязательств (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 46 и 47).

13. Охрана окружающей среды и ПЧП

47. Охрана окружающей среды включает широкий круг вопросов от утилизации отходов и вредных веществ до переселения людей, перемещаемых в результате

осуществления крупных проектов землепользования. Публичные органы все шире используют ПЧП для сооружения объектов, необходимых для достижения их целей в области охраны окружающей среды и устойчивого развития (например, водоочистных и утилизационных систем и сооружений и чистых энергетических установок). В рамках такой работы необходимо сбалансированным образом учитывать обеспокоенность социального и экологического характера, которую вызывают подобные крупные проекты (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 17–20). Уже многие годы широко признается, что охрана окружающей среды является важнейшим условием устойчивого развития, что закреплено в целях Организации Объединенных Наций в области устойчивого развития (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункты 3–4). Вероятно, что природоохранное законодательство будет оказывать прямое воздействие на реализацию проектов ПЧП на самых различных уровнях. По этой причине законодательные положения, связанные с управлением экологическими рисками, нередко требуют получения предварительного разрешения на осуществление некоторых видов коммерческой деятельности, и это требование может быть особенно жестким в отношении определенных видов инфраструктуры (например, обращение с отходами, сбор отходов, передача электроэнергии, дорожное строительство и железные дороги). Природоохранное законодательство имеет целью ограничить негативное воздействие проектов на окружающую среду и местных жителей, чаще всего оказывающееся причиной споров и задержек в реализации проекта. Законодательство может устанавливать различные требования, например о подготовке исследования по оценке социального воздействия проекта и воздействия на окружающую среду, на основе которого должны быть приняты меры по сокращению риска или разработан план переселения, предусматривающий выплату компенсаций и оказание поддержки переселяемым жителям или жителям, чей источник средств к существованию пострадал от проекта.

48. В силу этого целесообразно включить в законодательство меры, которые обеспечивают прозрачность обязательств, обусловленных законодательными нормами об охране окружающей среды. Важно обеспечить по возможности самую высокую степень ясности положений, касающихся критериев, которые могут быть применены природоохранительными властями; документарных и иных требований, которые должны быть соблюдены заявителями; условий, при которых должны выдаваться лицензии; и обстоятельств, которые обосновывают отказ в лицензии или ее изъятие. Особенно важное значение имеют положения, которые в надлежащих случаях гарантируют быстрый доступ заявителя к процедурам обжалования и средствам судебной защиты. Кроме того, было бы, возможно, целесообразно до вынесения окончательного решения о заключении договора установить, по мере возможности, соблюдены ли условия для получения необходимых экологических лицензий. В некоторых странах специальные публичные органы или общественные группы, проявляющие активный интерес к соответствующим вопросам, могут обладать правом обращаться за возбуждением юридических процедур, направленных на предотвращение экологического

ущерба, в том числе правом ходатайствовать об изъятии лицензии, которая, по их мнению, была выдана в нарушение применимых экологических стандартов. В ряде этих стран доказала свою целесообразность практика привлечения представителей общественности к участию в процедурах, ведущих к выдаче экологических лицензий (см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 19 и 20). В законодательстве могут быть также установлены подлежащие применению штрафные санкции и указаны стороны, которые могут нести ответственность за нанесение ущерба окружающей среде.

49. Присоединение к договорам об охране окружающей среды может способствовать укреплению международного режима защиты экологии. В последние десятилетия был разработан целый ряд международных документов, направленных на установление общих международных стандартов в этой области. К ним относятся: Повестка дня на XXI век¹⁸ и Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию¹⁹, принятые на Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию в 1992 году; Всемирная хартия природы (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи, приложение); Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года; Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 года²⁰; и Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 года²¹. Точно так же разработка механизма финансирования деятельности в области климата сразу после вступления в силу Парижского соглашения в 2016 году²² считается способом достижения целей, установленных каждой страной в области смягчения последствий глобального потепления. В этой связи большинство финансовых учреждений, занимающихся финансированием деятельности в области климата, будут применять нормы эффективности Международной финансовой корпорации²³ или Принципы Экватора²⁴ для выявления и регулирования социальных и

¹⁸ Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.I.8 и исправления), том I: Резолюции, принятые Конференцией, резолюция 1, приложение II.

¹⁹ Там же, приложение I.

²⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, No. I-34028.

²¹ Ibid., vol. 1936, No. I-33207.

²² Парижское соглашение, 12 декабря 2015 года (No. 54113). Парижское соглашение было принято на двадцать первой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, которая состоялась в Париже 30 ноября — 13 декабря 2015 года. Оно опубликовано на веб-сайте Договорной секции Организации Объединенных Наций: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr.

²³ О нормах Международной финансовой корпорации см. в главе IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт 91.

²⁴ Принципы Экватора, июнь 2013 года. Принципы Экватора являются системой управления рисками, принятой финансовыми учреждениями для определения, оценки и регулирования экологических и социальных рисков в рамках проектов. Они применяются ко всем отраслям промышленности и четырем финансовым продуктам: 1) консультационные услуги по проектному финансированию; 2) проектное финансирование; 3) корпоративные кредиты, связанные с проектами; и 4) промежуточное кредитование. Более подробная информация размещена по адресу: <https://equator-principles.com/about/>.

экологических последствий проектов, вопрос о финансировании которых они рассматривают. Несоблюдение страной-получателем норм может привести к направлению просьбы о подготовке плана корректирующих мер и в конечном итоге к прекращению финансирования со стороны финансового учреждения.

14. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей

50. Растущее внимание к публичным интересам, наблюдаемое в рамках ПЧП, несет определенные последствия с точки зрения важности оценки законодательства о защите потребителей в принимающей стране (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункт 6). В ряде стран приняты специальные нормы о защите потребителей. Эти нормы имеют большие различия в разных странах как по структуре, так и по существу. Вместе с тем законодательство в области защиты потребителей часто включает такие положения, как льготные сроки для предъявления требований или принудительного исполнения договорных прав; специальные нормы толкования договоров, условия которых обычно не согласуются с потребителем (которые иногда называются договорами присоединения); продление гарантийных сроков в пользу потребителей; особые права на прекращение договора; доступ к упрощенным процедурам урегулирования споров (см. также главу VI «Урегулирование споров», пункты 50–52); или другие защитные меры. Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для защиты интересов потребителей (РПЗП ООН)²⁵, впервые утвержденные в 1985 году под эгидой Экономического и Социального Совета Организации Объединенных Наций и затем пересмотренные в рамках процесса консультаций под руководством ЮНКТАД, могут быть полезным источником для стран, которые стремятся к совершенствованию своих правовых норм в области защиты потребителей. В частности, к разработке проектов ПЧП имеют отношение руководящий принцип 76 об энергоснабжении и руководящий принцип 77 о коммунальных услугах.

51. С точки зрения частного партнера важное значение имеет вопрос о том, может ли законодательство принимающей страны о защите потребителей ограничивать или затруднять его способность обеспечить в принудительном порядке исполнение, например, его права получать платежи за оказанные услуги, корректировать цены или прекращать оказание услуг клиентам, которые не исполняют существенные условия своих договоров или которые нарушают существенные условия предоставления услуг. Это особенно актуально в контексте ПЧП концессионного типа, когда частный партнер, помимо получения платежа от публичного органа, взимает сборы с конечного пользователя (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 15).

²⁵ Соответствующая резолюция размещена на следующей странице: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ares70d186_en.pdf и на специальной странице ЮНКТАД: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx>.

15. Правовое регулирование вопросов несостоятельности

52. Несостоятельность оператора инфраструктуры или поставщика общедоступных услуг создает целый ряд проблем, которые заставили некоторые страны принять специальные нормы для регулирования подобных ситуаций, в том числе нормы, позволяющие организации-заказчику принимать меры, которые требуются для обеспечения продолжения реализации проекта (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты 158–161). Обеспечение непрерывности предоставления услуг может быть достигнуто за счет разработки правовых рамок, которые позволяют спасать предприятия, столкнувшиеся с финансовыми трудностями, например через реорганизацию или аналогичные процедуры. Если процедуры банкротства становятся неизбежными, то особый интерес для обеспеченных кредиторов будут представлять положения, касающиеся обеспеченных требований, в особенности правила о том, могут ли обеспеченные кредиторы взыскать обеспечение, несмотря на открытие производства по делу о банкротстве, предусматриваются ли выплаты обеспеченным кредиторам в приоритетном порядке за счет средств, полученных от обеспечения, и какой порядок очередности устанавливается для требований обеспеченных кредиторов. Как было отмечено выше, значительная доля задолженности частного партнера выступает в форме первостепенных ссуд, погашения которых кредиторы требуют в приоритетном порядке по сравнению с погашением субординированной задолженности частного партнера (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 60). Возможности кредиторов по принудительному исполнению таких соглашений о субординации будут зависеть от наличия в стране правил и законодательных положений, регулирующих установление очередности требований кредиторов в рамках дел о несостоятельности. Правовое признание автономии сторон в установлении договорной субординации различных типов ссуд может облегчить финансирование проектов в области инфраструктуры.

53. В законодательном порядке целесообразно урегулировать следующие вопросы: очередность требований кредиторов; отношения между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами; правовые механизмы реорганизации несостоятельного должника; специальные нормы, направленные на обеспечение непрерывности предоставления общедоступных услуг в случае несостоятельности частного партнера; и положения о расторжении сделок, совершенных должником непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности²⁶ и пояснитель-

²⁶ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004 год), Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть третья: Режим предпринимательских групп при несостоятельности (2010 год) и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть четвертая: Обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности (2013 год) (размещены по адресу <https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency>).

ные тексты к нему²⁷ являются полезными инструментами для модернизации режима несостоятельности, действующего в той или иной стране.

54. В случае крупных проектов в области инфраструктуры несостоятельность проектной компании затронет, по всей вероятности, кредиторов из нескольких стран или активы, расположенные в нескольких государствах. В силу этого было бы желательно, чтобы в принимающей стране действовали положения, направленные на облегчение судебного сотрудничества, доступа к судам для иностранных управляющих в делах о несостоятельности и признания иностранного производства. Хорошей моделью, которая может быть использована странами, стремящимися принять в этих целях соответствующее законодательство, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по принятию и толкованию²⁸, а также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности, и руководство по его принятию²⁹.

16. Меры по противодействию коррупции

55. Созданию благоприятного инвестиционного и делового климата могут также способствовать меры по борьбе с коррупцией при реализации правительственных контрактов. Особое значение для принимающей страны имеет проведение действенных и конкретных мероприятий по борьбе со взяточничеством и связанной с ним незаконной практикой и, в частности, эффективное обеспечение соблюдения действующего законодательства, запрещающего подкуп.

56. Важным шагом в этом направлении может стать принятие законов, учитывающих международные соглашения и стандарты, касающиеся обеспечения объективности при ведении публичной коммерческой деятельности. В этой связи

²⁷ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2009 год) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год), а также Руководство по применению и толкованию (2013 год) (оба документа размещены по адресу https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency/explanatorytexts/practice_guide_cross-border_insolvency).

²⁸ Официальный текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), приложение I (Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том XXVIII, 1997 год, часть третья, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.96.V.6)*. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по принятию и толкованию также изданы в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.14.V.2). Использование Типового закона рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 52/158 от 15 декабря 1997 года.

²⁹ Официальный текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности, и руководства по его принятию (2018 год) воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/73/17), приложение III*. Использование Типового закона рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 73/200 от 20 декабря 2018 года.

единственным юридически обязательным правовым инструментом по борьбе с коррупцией является Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (см. главу I «Общая нормативно-правовая и институциональная база», пункт 4), в соответствии с которой страны обязаны установить уголовную и иную ответственность за широкий спектр коррупционных деяний, в частности за подкуп, если такие деяния еще не признаны преступлениями в соответствии с внутренним законодательством. В число других важных документов входит Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок 1997 года, которая была разработана под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития³⁰.

57. Кроме того, важно, чтобы нормы, регулирующие деятельность организаций-заказчиков и осуществление контроля за исполнением публичных контрактов, обеспечивали необходимую степень прозрачности и объективности, в частности допускающую публикацию возможностей заключения контрактов и заключенных контрактов, а также отчетов об оценке их исполнения. В перечень информации, подлежащей раскрытию, можно также включить правила регулирования лицензирования и выдачи разрешений. В случае отсутствия таких норм следует разработать и принять надлежащие законодательные и регулирующие положения. В этой связи следует принять во внимание такие дополнительные элементы, как простота и последовательность в сочетании с отменой излишних требований, которые затягивают административные процедуры или делают их обременительными.

17. Трудовое законодательство и нормы

58. Работники и служащие находятся в самом центре процесса проектирования, строительства и эксплуатации инфраструктуры и, разумеется, имеют первостепенное значение для успеха ПЧП. Международные аспекты ПЧП не означают, что местное законодательство и нормы, применимые к трудовым правам, могут игнорироваться. Они, в свою очередь, должны отвечать основным международным стандартам не только потому, что большинство стран взяли на себя международные обязательства, участвуя в работе таких организаций, как Международная организация труда (МОТ), которая является специализированным учреждением Организации Объединенных Наций в области социальной справедливости и условий труда. Иностранные инвесторы будут также заинтересованы в соблюдении международных стандартов, поскольку они могут быть объектом судебных исков в своих юрисдикциях происхождения, если будет установлено, что они инвестируют в предприятия, которые нарушают международно признанные трудовые стандарты. Еще одной распространенной проблемой

³⁰ <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

в концессионных ПЧП являются жалобы на то, что условия труда проектных работников менее благоприятны при найме на работу частным партнером по сравнению с работниками, которые ранее были наняты публичным органом. Защиту прав работников можно обеспечить посредством включения в договор о ПЧП положений о справедливой заработной плате и справедливых условиях труда. В таких положениях можно определить минимальные условия труда и другие обязательные стандарты, которые частный партнер должен включать в свои трудовые договоры с работниками. Конвенция МОТ № 94, касающаяся трудовых статей в договорах, заключаемых государственными органами, которая вступила в силу 20 сентября 1952 года, направлена на недопущение сокращения компаниями, участвующими в торгах на заключение публичных контрактов, расходов на рабочую силу и предоставления работникам менее благоприятных условий труда. Она требует от правительств, ратифицировавших эту Конвенцию, включать в государственные контракты, в том числе по линии ПЧП, положения о справедливой заработной плате.

18. Привлечение заинтересованных сторон к ПЧП

59. Консультации с общинами, затрагиваемыми проектом ПЧП, помогают обеспечить устойчивость проекта, стимулируя обсуждение путей ограничения отрицательного социального и экологического воздействия проекта, связанного с принудительным переселением местных жителей, изменением или уничтожением окружающей среды или любыми другими мерами, необходимыми для осуществления проекта (см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 20). Такие консультации могут также улучшить планы работ, например путем определения наилучших способов облегчения доступа для инвалидов, либо повысить доступность услуги. Общины, проживающие на территории или вдоль всей территории, где планируется осуществление проекта, являются основными заинтересованными сторонами, с которыми необходимо консультироваться. Это особенно касается коренных народов, как это было признано в нескольких международных документах (например, в Конвенции Международной организации труда о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни³¹). Процесс консультаций может проводиться различными способами в зависимости от существующих в стране правовых рамок, но зачастую он включает проведение исследований воздействия, распространение информации о таких исследованиях и другой соответствующей информации о проекте, организацию диалога с затронутыми общинами и получение их предварительного согласия, в зависимости от обстоятельств.

³¹ Статья 17 Конвенции № 169 МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, налагает на государства обязательство проводить предварительные консультации с коренным населением при принятии инфраструктурных решений, затрагивающих их земли, и в некоторых конкретных случаях запрашивать их предварительное, осознанное и свободное согласие.

60. Существуют полезные отраслевые нормы, защищающие участие общественности в подготовке и реализации проектов³². Тем не менее желательно также, чтобы национальные законодатели и лица, принимающие решения, рассмотрели возможность принятия правил, касающихся процесса консультаций, если таковых еще нет, для облегчения организации процесса консультаций и надзора за ним (например, через омбудсмена или наблюдательные советы). Эффективный процесс консультаций должен основываться на прочно утвердившихся принципах. Например, взаимодействие с затронутыми общинами должно начинаться как можно раньше при разработке проекта, основываться на тщательном раскрытии информации, быть свободным от внешнего влияния и должно быть задокументировано. Оно также должно быть адаптировано к потребностям затрагиваемых общин и самого проекта, например, посредством использования языка, на котором говорят члены затронутой общины.

С. Международные соглашения

61. Помимо внутреннего законодательства принимающей страны на реализацию ПЧП могут оказывать воздействие международные соглашения, заключенные принимающей страной. В дополнение к другим международным соглашениям, уже упоминавшимся в других частях *Руководства*, ниже кратко рассматриваются последствия некоторых международных соглашений.

1. Членство в международных финансовых учреждениях

62. Членство в многосторонних финансовых учреждениях, таких как Всемирный банк, Международная ассоциация развития, Международная финансовая корпорация, Многостороннее агентство по гарантированию инвестиций и региональные банки развития, необходимо с точки зрения формирования благоприятных условий для ПЧП. Во-первых, членство принимающей страны в таких учреждениях, как правило, является необходимым условием предоставления ими финансирования и гарантий на цели проектов в принимающей стране. Во-вторых, правила финансирования и использования гарантийных инструментов, установленные этими учреждениями, обычно содержат целый ряд условий, имеющих прямое отношение к условиям проектного соглашения и кредитных соглашений, заключаемых частным партнером (например, оговорка о негативном обязательстве в отношении публичных активов и положение о контргарантиях в пользу многостороннего финансового учреждения). Наконец, многосторонние финансовые учреждения обычно преследуют ряд программных целей, достижение которых они стремятся обеспечить в связи с поддерживаемыми ими проектами (например, соблюдение международно признанных экологических стан-

³² Принципы Экватора, Принцип 5, касающийся «участия заинтересованных сторон».

дартов; долгосрочная устойчивость проекта, распространяющаяся за пределы срока первоначальной концессии; прозрачность и объективность при отборе частного партнера и распределении предоставленных кредитов).

2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли

63. Для содействия развитию свободной торговли на глобальном уровне был заключен ряд многосторонних соглашений. Наиболее важные из этих соглашений были заключены под эгидой Генерального соглашения о тарифах и торговле, а впоследствии — ВТО. Эти соглашения могут содержать общие положения о содействии развитию торговли и облегчении торговли товарами (например, оговорка о наиболее благоприятствуемой нации или запрещение использования количественных ограничений и других дискриминационных торговых барьеров) и о содействии применению справедливых видов торговой практики (например, запрещение демпинга и ограничения на использование субсидий). Некоторые специальные соглашения направлены на ликвидацию барьеров, препятствующих предоставлению услуг иностранцами в договаривающихся государствах, или на содействие прозрачности и устранение дискриминации поставщиков при публичных закупках. Эти соглашения могут иметь отношение к национальному законодательству по ПЧП, когда в таком законодательстве предусматриваются ограничения на участие иностранных компаний в проектах в области инфраструктуры или устанавливаются преференции для национальных предприятий или для закупок предметов снабжения на местном рынке.

3. Международные соглашения по отдельным секторам

64. В контексте переговоров по основным видам телекоммуникаций, результаты которых были оформлены как часть Генерального соглашения по торговле услугами (ГСТУ), ряд государств — членов ВТО, представляющих большую часть мирового рынка телекоммуникационных услуг, приняли на себя конкретные обязательства по содействию развитию торговли телекоммуникационными услугами. Следует отметить, что общие правила ГСТУ об услугах, включая специальные требования, касающиеся режима наиболее благоприятствуемой нации, прозрачности, регулирования, монополий и коммерческой практики, имеют обязательную силу для всех государств — членов ВТО (даже для тех, которые не приняли на себя специальных обязательств в области телекоммуникаций). На основании соглашения ВТО о телекоммуникациях к общему соглашению ГСТУ добавлены специальные обязательства по этому сектору и отдельным странам. Обычно обязательства охватывают открытие для конкуренции и иностранных инвестиций различных сегментов рынка, включая речевую телефонную связь, передачу данных и развитие услуг. Таким образом, законодатели государств, нынешних или возможных членов ВТО, должны будут обеспечить,

чтобы национальное законодательство в области телекоммуникаций соответствовало соглашению ГСТУ и их конкретным обязательствам, принятым в секторе связи.

65. Другим важным специальным секторальным международным соглашением является заключенный в Лиссабоне 17 декабря 1994 года и вступивший в силу 16 апреля 1998 года Договор к Энергетической хартии, цель разработки которого состояла в содействии развитию долгосрочного сотрудничества в области энергетики. В Договоре предусматриваются различные коммерческие меры, такие как развитие открытых и конкурентных рынков для энергетических материалов и продуктов, облегчение транзита, а также доступ к энергетическим технологиям и их передача. Кроме того, Договор направлен на то, чтобы избежать искажений и барьеров на рынке, препятствующих экономической активности в энергетическом секторе, а также способствовать открытию рынков капитала в целях стимулирования потоков капитала для финансирования торговли материалами и продуктами. В этот Договор также включены следующие положения о поощрении и защите инвестиций: равные условия для инвесторов, перевод денежных средств в связи с инвестициями, компенсация убытков в результате войн, гражданских беспорядков или иных аналогичных событий и компенсация за экспроприацию.

Предметный указатель

В настоящем предметном указателе римские цифры означают номера глав, а арабские — номера пунктов. Например, «III, 67» означает главу III «Решение заключить договор», пункт 67. Условное обозначение «__» заменяет основной термин; оно используется для того, чтобы избежать повторения аналогичных формулировок в дополнительных терминологических статьях.

Агентства по кредитованию экспорта и содействию инвестированию

__ в качестве заинтересованных сторон Введение, II, 76

общая роль в финансировании проектов в области

инфраструктуры Введение, 68

страховое покрытие и гарантии, предоставляемые __ Введение, II, 99–101

Административная координация

__ подготовительных мер II, 49–52

выдача лицензий и разрешений II, 53–55

общая информация II, 46–55

подразделение по ПЧП II, 46–47

Активы (см. Строительная площадка и активы)

Акционерный капитал (см. также Правительственная поддержка)

__, необходимый для учреждения проектной компании IV, 16–17

общая роль __ в финансировании проектов ПЧП Введение, 59

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (см. ЮНСИТРАЛ)

Арбитражные решения (см. также Урегулирование споров)

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных __ VI,
13, 38

Водоснабжение и канализация

расчленение сектора __ Введение, 39–40

Воздействие на благосостояние и социальное воздействие

оценка __ II, 17–18

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) VII, 21

Всемирная торговая организация (ВТО) VII, 22

Генеральное соглашение по торговле услугами (ГСТУ) VII, 64

Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности VII, 22

Соглашение __ о телекоммуникациях VII, 56–64

соглашения, заключенные под эгидой __ VII, 63

Всемирный банк (см. также *Международные финансовые учреждения*) Введение, 1 (сноска 1), 66–67, 76; I, 39; II, 87–98; III, 1, 17; VI, 39; VII, 62

Вспомогательные источники поступлений (см. *Правительственная поддержка*)

Гарантии исполнения

виды, функции и характер __ IV, 118–119

преимущества и недостатки различных видов __ IV, 120–126

срок действия __ IV, 127

Договоры о ПЧП

заключение __ IV, 9–12

области применения __ I, 32

определение __ Введение, 14

повторные процедуры заключения __ V, 8

право, регулирующее __ IV, 5–8

прекращение __ (см. *Прекращение*)

продление __ V, 7–10

содержание __ и законодательство IV, 1–4

срок действия __ V, 2–6

уступка прав по __ IV, 70–71

учреждения, уполномоченные заключать __ I, 30–32

Долгосрочная устойчивость

__ как руководящий принцип ПЧП I, 17–18

Заключение договора (см. *Заключение договора без проведения конкурентных процедур*, *Незапрошенные предложения*, *Предварительный отбор участников процедур*, *Процедуры заключения договора*)

Заключение договора без проведения конкурентных процедур

меры, направленные на повышение прозрачности при __ III, 102–109

обстоятельства, допускающие __ III, 101

программные соображения III, 99–100

Законодательные органы

определение __ Введение, 20

Законодательство (см. также *Нормативно-правовая и институциональная база*)

общее ___ и специальное ___ по отдельным секторам I, 14–28
последующие изменения в ___ IV, 131–134

Залог (см. *Обеспечительные интересы*)

Запасные части

поставки ___ после истечения или прекращения проектного соглашения V, 64–66

Запрос предложений (см. *Заключение договора без проведения конкурентных процедур, Незапрошенные предложения, Предварительный отбор участников процедур, Процедуры отбора*)

Защита потребителей

законодательство принимающей страны о ___ VII, 50–51

Институциональные инвесторы

общая роль ___ в финансировании проектов в области
инфраструктуры Введение, 62

Инфраструктура

история развития услуг в области ___ Введение, 1–3
определение публичной ___ Введение, 11–13
переходные меры в секторах ___ Введение, 45–47
политика в области ___ Введение, 27–32
расчленение секторов ___ Введение, 35–36
структурная перестройка секторов ___ Введение, 33–44

Ипотека (см. *Обеспечительные интересы*)

Исключительные права (см. также *Конкуренция*)

___ и сфера действия договора о ПЧП I, 19–20

Исламские финансовые учреждения

общая роль ___ в финансировании проектов в области
инфраструктуры Введение, 65

Компенсация

и меры контроля над тарифами IV, 49–50
и продление договора о ПЧП V, 9
___ за дополнительные работы IV, 83
___ за приостановление или задержку IV, 85

Компенсация (продолж.)

___ за увеличение затрат IV, 49–50, 130–144
___, причитающаяся при прекращении (см. *Прекращение*)

Конкуренция

возможности для ___ в различных секторах Введение, 32
защита от ___ (как одна из форм правительственной поддержки) II, 81–83
___ как руководящий принцип ПЧП I, 19–20
оценка воздействия на ___ II, 21–22
политика в области ___ и монополии Введение, 28–31

Конституционное право (см. Нормативно-правовая и институциональная база)

Концессия

определение и связанные термины Введение, 18–19

Коррупция

Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции
(резолюция 58/4 Генеральной Ассамблеи) VII, 56
Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц
при осуществлении международных коммерческих сделок VII, 56
___ в качестве основания для прекращения V, 19
___ и заключение договора III, 12
меры против ___ в принимающей стране II, 13–15; VII, 55–57

Кредитные гарантии (см. Правительственная поддержка)

Кредиторы

___ в качестве заинтересованных сторон Введение, 74–75
права ___ на вмешательство (см. *Нарушение обязательств и средства правовой защиты*)

Международные финансовые учреждения

гарантии, предоставляемые ___ II, 87–98
___ в качестве заинтересованных сторон Введение, 76
общая роль ___ в финансировании проектов в области инфраструктуры
Введение, 66–67
правила о закупках, разработанные ___ III, 17
членство принимающей страны в ___ VII, 62

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров

роль ___ VI, 39

Модернизация–собственность–эксплуатация (МСЭ)

определение Введение, 24

Модернизация–эксплуатация–передача (МЭП)

определение Введение, 24

Монополия

___ и политика в области конкуренции Введение, 28–31

Надлежащее управление, добросовестность и подотчетность

как руководящие принципы ПЧП I, 13–15

Налоговое законодательство

___ принимающей страны VII, 35–40

Налоговые и таможенные льготы

___ как одна из форм правительственной поддержки II, 77–80

Нарушение обязательств и средства правовой защиты

общие соображения IV, 156–157

определение «серьезного нарушения обязательств» V, 20

права кредиторов на вмешательство IV, 162–165; V, 14, 20

права организации-заказчика на вмешательство IV, 158–161

уведомление с требованием устранить последствия нарушения V, 20

Незапрошенные предложения (см. также Заключение договора без проведения конкурентных процедур, Предварительный отбор участников процедур, Процедуры отбора)

программные соображения III, 111–119

процедуры рассмотрения ___ III, 120–131, 138

*Неисполнение обязательств (см. Нарушение обязательств и средства правовой защиты)**Несостоятельность*

законодательство принимающей страны о ___ VII, 52–54

___ частного партнера V, 27–28

Нормативно-правовая и институциональная база

конституционное право и ПЧП I, 21–23

надлежащее управление, добросовестность и подотчетность I, 13–15

___ и долгосрочная устойчивость проектов I, 17–18

___ и проекты ПЧП I, 3–4

прозрачность ___ I, 7–9

справедливость, стабильность и предсказуемость ___ I, 10–12

структурная организация законодательства I, 24–28

Обеспечительные интересы

- законодательство принимающей страны об __ VII, 11–17
- __ в акциях проектной компании IV, 69
- __ в коммерческой дебиторской задолженности IV, 66–68
- __ в материальных активах IV, 62–63
- __ в нематериальных активах IV, 64–65
- общая информация IV, 60–61
- Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках VII, 17

Облегчение и содействие развитию торговли

- общие международные соглашения об __ VII, 63

Общедоступные услуги

- определение __ Введение, 13

Объективность

- обеспечение __ процесса заключения договора и доверия к нему III, 10–13

Объекты ПЧП

- публичная собственность и эксплуатация публичным предприятием
Введение, 49–50
- публичная собственность и эксплуатация частным предприятием
Введение, 51–52
- частная собственность и эксплуатация частным предприятием
Введение, 53–55

Организация-заказчик

- контроль за строительными работами со стороны __ IV, 77–78
- определение __ Введение, 21
- __ в качестве стороны проекта Введение, 71–72
- утверждение и изменение проектных планов по требованию __ IV, 80–84
- финансовые обязательства __ IV, 47–51

Организация Объединенных Наций

- Конвенция __ о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) VII, 30
- Конвенция __ о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (Нью-Йорк, 2018 год) VI, 13 (сноска 3)
- Конвенция __ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Нью-Йорк, 2014 год) VI, 39 (сноска 9)
- Конвенция __ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью-Йорк, 2001 год) VII, 17 (сноска 3)

Ответственность

___ частного партнера перед пользователями и третьими сторонами IV, 114–116

Охрана окружающей среды

Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года VII, 49

Всемирная хартия природы (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи, приложение) VII, 49

исследование воздействия проекта на окружающую среду на этапе планирования II, 19–20; VII, 47–49

Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 года VII, 49

Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 года VII, 49

Конференция Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию 1992 года VII, 49

Парижское соглашение VII, 49

Повестка дня на XXI век VII, 49

природоохранное законодательство принимающей страны VII, 47–49

Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию VII, 49

Стандарты эффективности Международной финансовой корпорации VII, 49

Передача технологии

___ по истечении или прекращении проектного соглашения V, 56–60

Переоборудование–собственность–эксплуатация (ПСЭ)

определение ___ Введение, 24

Переоборудование–эксплуатация–передача (ПЭП)

определение ___ Введение, 24

Платежи

___ организации-заказчика IV, 51–59

Полномочия

___ на заключение договоров о ПЧП II, 46–52

___ на регулирование ПЧП в области инфраструктуры и услуг
(см. *Регулирующее учреждение*)

Поощрение и защита инвестиций

(см. также *Международный центр по урегулированию инвестиционных споров*)

законодательство принимающей страны о ___ VII, 4–6

Права на вмешательство (см. Нарушение обязательств и средства правовой защиты)

Правила и процедуры отчетности

___ принимающей страны VII, 42–43

Правительственная поддержка

бюджетные меры для ___ II, 60; VII, 46

определение ___ II, 58–59

политические соображения II, 58–60

формы ___:

вспомогательные источники поступлений II, 84–86

налоговые и таможенные льготы II, 77–80

публичные кредиты и кредитные гарантии II, 63–65

субсидии II, 68–70

суверенные гарантии II, 71–76

участие в акционерном капитале II, 66–67

Правительство

определение ___ Введение, 20

Правовое регулирование вопросов собственности

в принимающей стране VII, 7–10

Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

в принимающей стране VII, 31–34

Предварительный отбор участников процедур

критерии ___ III, 38–41

___ и внутренние преференции III, 44–45

приглашение к ___ III, 36–37

процедуры ___ III, 46–47

участие консорциумов в процедурах ___ III, 42–43

Прекращение

изменение условий V, 36

компенсация, причитающаяся по ___ V, 46–48

несостоятельность частного партнера V, 27–28

обоюдное согласие V, 38

общие соображения V, 11–15

передача связанных с проектом активов по ___ V, 40

новому частному партнеру V, 42–43

организации-заказчику V, 41

состояние активов на момент передачи V, 44–45

___ в силу публичных интересов V, 29–30

- ___ любой из сторон V, 37–38
- ___ организацией-заказчиком V, 16–30
- ___ частным партнером V, 31–36
- препятствия исполнению V, 37
- серьезное нарушение обязательств организацией-заказчиком V, 32–35
- серьезное нарушение обязательств частным партнером V, 32–35
- этап завершения и меры в переходный период после ___ V, 50–69

Препятствия, освобождающие от ответственности

- определение ___ IV, 146–148
- последствия возникновения ___ IV, 149–154

Принудительное приобретение

- законодательство принимающей страны по вопросу о ___ VII, 23–24
- ___ земельного участка, необходимого для строительной площадки IV, 29–31

Проектирование–строительство–финансирование–эксплуатация (ПСФЭ)

- определение Введение, 24

Проектная компания (см. также Частный партнер)

- залог акций ___ IV, 69
- общая роль ___ в качестве стороны проекта Введение, 73
- определение ___ Введение, 16
- передача контрольного пакета акций ___ IV, 64–68, 72–76
- сфера деятельности ___ IV, 19
- устав и принимаемые на его основе нормативные документы ___ IV, 20

Проектное финансирование

- комбинация публичных и частных источников финансирования Введение, 69
- коммерческие ссуды Введение, 60
- концепция ___ Введение, 56–57
- ___ и оценка риска (в целом) II, 13–14
- субординированный долг Введение, 61
- финансирование за счет использования рынка капитала Введение, 63–64

Проекты ПЧП

- источники финансирования ___ Введение, 58–69
- основные стороны ___ Введение, 70–79

Прозрачность

- ___ как руководящий принцип ПЧП I, 7–9
- ___ законов и процедур III, 14–16

Промышленная и интеллектуальная собственность

- Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года VII, 21
- Договор о патентной кооперации 1970 года VII, 19
- Договор о патентном праве 2000 года VII, 19
- Договор о законах по товарным знакам 1994 года VII, 20
- законодательство принимающей страны о ____ VII, 18–22
- Мадридское соглашение о международной регистрации знаков VII, 20
- Общая инструкция VII, 20
- Протокол VII, 20
- Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года VII, 19
- Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности VII, 22

Процедуры заключения договора (см. также Заключение договора без проведения конкурентных процедур, Незапрошенные предложения, Предварительный отбор участников процедур)

- диалог с участниками процедур III, 92–94
- договорные условия III, 75–79
- документация III, 32–33
- запрос предложений с проведением диалога III, 59–64
- квалификационные данные участников процедур (см. также *Предварительный отбор участников процедур*) III, 69
- комитет, принимающий решение заключить договор III, 28–29
- конфиденциальность переговоров при ____ III, 132
- критерии оценки III, 22–23, 82–87
- круг потенциальных участников процедур III, 19
- обжалование ____ III, 142–143
- объективность ____ III, 10–13
- одноэтапные и двухэтапные ____ III, 53–58
- определение требований к проекту III, 20–21
- отчет о ____ III, 134–141
- переговоры с участниками процедур III, 24–25
- подготовка к ____ II, 49–52; III, 26–33
- представление и вскрытие предложений III, 88–91
- прозрачность законов и процедур III, 14–16
- ____, рассматриваемые в *Руководстве* III, 3–4
- разъяснения и изменения запроса предложений III, 80–81
- спецификации и эксплуатационные показатели III, 70–74
- тендерное обеспечение III, 68
- техничко-экономические обоснования III, 30–31, 67
- уведомление о решении заключить договор III, 109

частичное возмещение расходов на участие в ____ III, 46–47
экономия и эффективность при ____ III, 6–9

Публичные интересы

как руководящие принципы для ПЧП I, 5–6

Публичная инфраструктура

определение ____ Введение, 11

Публичные контракты

как принцип законодательства принимающей страны в области ПЧП VII,
24–25

Публичные кредиты (см. Правительственная поддержка)

Публичные органы

определение ____ Введение, 20

ПЧП

определение ____ Введение, 14

руководящие принципы создания нормативно-правовой базы для ____ I, 2–20

Региональные банки развития (см. Международные финансовые учреждения)

Регулирующее учреждение

институциональные механизмы I, 43–45

независимость и автономия ____ I, 44–45

обжалование решений ____ I, 56–57

определение ____ Введение, 22

организационная структура, персонал и бюджет ____ I, 50–52

полномочия ____ I, 46–49

процесс и процедуры регулирования I, 53–55

секторальная компетенция и мандат ____ I, 40–42

урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг I, 58–60

Ремонт

____, необходимый после истечения или прекращения проектного
соглашения V, 67

Риски

гарантии от конкретных ____ II, 71–76, 87–98

законодательное распределение ____ II, 37

коммерческие ____ II, 33–34

Риски (продолж.)

- политические __ II, 29
- распределение и уменьшение __, связанных с проектами II, 37–45
- __, связанные с проектами, и распределение __ II, 23–26
- __ на стадии строительства и эксплуатации II, 30–32
- __, обусловленные событиями вне сферы контроля сторон II, 43
- __, связанные с обменным курсом, и другие финансовые __ II, 35–36

Риски, связанные с проектами (см. Риски)

Руководство для законодательных органов

- проекты, охватываемые __ Введение, 4
- терминология, используемая в __ Введение, 10–24
- цель __ Введение, 4, 6

Сервитуты

- __, необходимые для осуществления проекта IV, 32–34

Соглашения о постоянном приобретении товаров и услуг (см. также

Правительственная поддержка (суверенные гарантии))

- __, заключаемые организацией-заказчиком или другим публичным органом IV, 58–59

Соотношение затрат и получаемой выгоды

- оценка __ II, 6–14

Справедливость, стабильность и предсказуемость

- как руководящие принципы ПЧП I, 10–12

Страхование

- роль страховщиков в качестве заинтересованных сторон Введение, 77
- __, требующееся на этапе эксплуатации объекта инфраструктуры IV, 128–129

Строительная площадка и активы

- амортизация и остаточная стоимость __ V, 3, 43, 48 (b)
- ипотека или залог __ IV, 62–63
- передача __ (см. Прекращение)
- приобретение земельного участка IV, 29–31
- собственность на __ IV, 22–26

Строительство

- гарантийный период для строительных работ IV, 87
- изменения, вносимые по требованию организации-заказчика и т.д. IV, 81–84
- контроль за__ IV, 85–86
- рассмотрение и утверждение строительных планов IV, 80

Строительство–аренда–эксплуатация–передача (САЭП)

- определение Введение, 23 (с)

Строительство–лизинг–эксплуатация–передача (СЛЭП)

- определение Введение, 23 (с)

Строительство–передача–эксплуатация (СПЭ)

- определение Введение, 23 (b)

Строительство–собственность–эксплуатация (ССЭ)

- определение Введение, 23 (e)

Строительство–собственность–эксплуатация–передача (ССЭП)

- определение Введение, 23 (d)

Строительство–эксплуатация–передача (СЭП)

- определение Введение, 23 (a)
- передача активов в рамках проектов__ V, 40

Субподряды

- выбор субподрядчиков IV, 109–110
- право, регулирующее __ IV, 111–113

Субсидии

- __ как одна из форм правительственной поддержки II, 68–70

*Суверенные гарантии (см. Правительственная поддержка)**Тарифы*

- корректировки __ в результате изменения условий IV, 130, 140–144
- методы контроля над __ IV, 43–48
- правомочие частного партнера взимать __ IV, 41–42
- программные соображения относительно контроля над __ IV, 49–50
- установление __ и контроль над ними IV, 39

Техническая помощь

- __ после истечения или прекращения проектного соглашения V, 61–63

Торги (см. Заключение договора без проведения конкурентных процедур, Предварительный отбор участников процедур, Процедуры заключения договора, Незапрошенные предложения)

Транспорт

расчленение сектора __ Введение, 41–44

УНИДРУА

Конвенция __ о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 год)
VII, 30

Конвенция __ о международных гарантиях в отношении подвижного
оборудования VII, 17 (сноска 4)

Урегулирование споров

арбитраж VI, 28–44

важность эффективных механизмов __ VI, 1

комиссии по рассмотрению споров VI, 19–24

коммерческие споры VI, 2 (b), 42

переговоры с участием помощника VI, 13

приведение в исполнение арбитражных решений VI, 38–39

раннее оповещение VI, 11

рассмотрение технических споров независимыми экспертами VI, 16–18

свобода договариваться о методах __ VI, 6–9

согласительные процедуры и медиация VI, 12–15

споры между поставщиками общедоступных услуг I, 58–60

споры между частным партнером и организацией-заказчиком VI, 2 (a),
3–48

споры с участием клиентов и пользователей объекта инфраструктуры
VI, 2 (c), 50–52

суверенный иммунитет и арбитраж VI, 41–43

судебное разбирательство VI, 45–48

цели __ VI, 5–6

Учредители проекта

общая роль __ в качестве сторон проекта Введение, 73

Фискальное воздействие

оценка __ II, 15–16

Форс-мажор (см. Препятствия, освобождающие от ответственности)

Цели в области устойчивого развития

__ в нормативно-правовой базе ПЧП I, 3

__ и охрана окружающей среды VII, 47

*Цены (см. Тарифы)**Частные договоры*

законодательство принимающей страны о ____ VII, 29–30

Частный партнер (см. также Проектная компания)

определение ____ Введение, 16

организационное устройство ____ IV, 13–20

Экономические условия

последующие изменения ____ IV, 135–139

Экономия и эффективность

____ как общая цель процедур заключения договора III, 16

____ как руководящий принцип ПЧП I, 16

Эксперты и консультанты

общая роль ____ в осуществлении проекта Введение, 78–79

роль ____ в процедурах отбора III, 29

Эксплуатация инфраструктуры

Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц
при осуществлении международных коммерческих сделок VII, 56

непрерывный характер предоставления услуг IV, 95–96

подключение и доступ к сетям инфраструктуры IV, 99–102

принудительное обеспечение соблюдения правил пользования IV, 105–106

равное отношение к клиентам или пользователям IV, 97–98

расширение услуг IV, 93–94

требования в отношении предоставления информации IV, 103–104

эксплуатационные стандарты IV, 91–92

Электроэнергия

Договор к Энергетической хартии VII, 65

расчленение сектора ____ Введение, 37–38

ЮНИДО

Руководящие принципы ____ по развитию инфраструктуры посредством
проектов строительство–эксплуатация–передача (СЭП) Введение, 10;
III, 1

ЮНСИТРАЛ

Арбитражный регламент ____ VI, 39

Правила ____ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств
между инвесторами и государствами на основе международных
договоров VI, 25 (сноска 6)

ЮНСИТРАЛ (продолж.)

Согласительный регламент __ VI, 15

Типовой закон __ о международном торговом арбитраже VI, 44

Типовой закон __ о публичных закупках III, 2, 25, 38 (сноска 6), 39
(сноска 7), 44, 51, 59 (сноска 10), 65 (сноска 11), 81, 104, 121, 124, 127

Типовой закон __ о трансграничной несостоятельности VII, 54

Типовой закон __ об обеспеченных сделках VII, 17

