

ЮНСИТРАЛ

Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

Подготовлено Комиссией
Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли



Организация Объединенных Наций
Нью-Йорк, 2001 год

ПРИМЕЧАНИЕ

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

Разрешается неограниченно цитировать или перепечатывать помещенный в настоящей публикации материал, о чем, однако, следует направить соответствующее уведомление вместе с экземпляром публикации, содержащей такую цитату или перепечатанную часть текста.

A/CN.9/SER.B/4

Издание Организации Объединенных Наций
В продаже под № R.01.V.4

Предисловие

Настоящее *Руководство для законодательных органов* было подготовлено Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). В подготовительной работе, помимо представителей государств – членов Комиссии, активное участие приняли представители многих других государств и ряда международных организаций как межправительственных, так и неправительственных.

В 1996 году Комиссия на основе записки, подготовленной Секретариатом по теме проектов “строительство–эксплуатация–передача” (СЭП)¹, рассмотрела вопрос о той работе, которая может быть проведена по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Комиссия постановила разработать руководство для законодательных органов и просила Секретариат подготовить проекты глав такого руководства². Комиссия провела рассмотрение проектов глав на своих тридцатой – тридцать третьей сессиях³. Комиссия приняла *Руководство для законодательных органов* на своей тридцать третьей сессии, проходившей в Нью-Йорке с 12 июня по 7 июля 2000 года, с учетом редакционных изменений, которые должен был внести Секретариат, и просила Секретариат обеспечить возможно более широкое распространение *Руководства*⁴.

¹ “Проекты “строительство–эксплуатация–передача””: записка Секретариата (A/CN.9/424) (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год* (далее в тексте – “*Ежегодник ЮНСИТРАЛ*”) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.98.V.7, том XXVIII), часть вторая, глава V).

² См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17)*, пункты 225–230 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ за 1996 год*, часть первая).

³ См. там же, *пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17)*, пункты 231–247 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ за 1997 год*, том XXVIII (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.6), часть первая); там же, *пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17)*, пункты 12–206 (*Ежегодник ЮНСИТРАЛ за 1998 год*, том XXIX (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.12), часть первая); и там же, *пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/54/17)*, пункты 12–307).

⁴ См. *официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/55/17)*, пункт 372.



Содержание

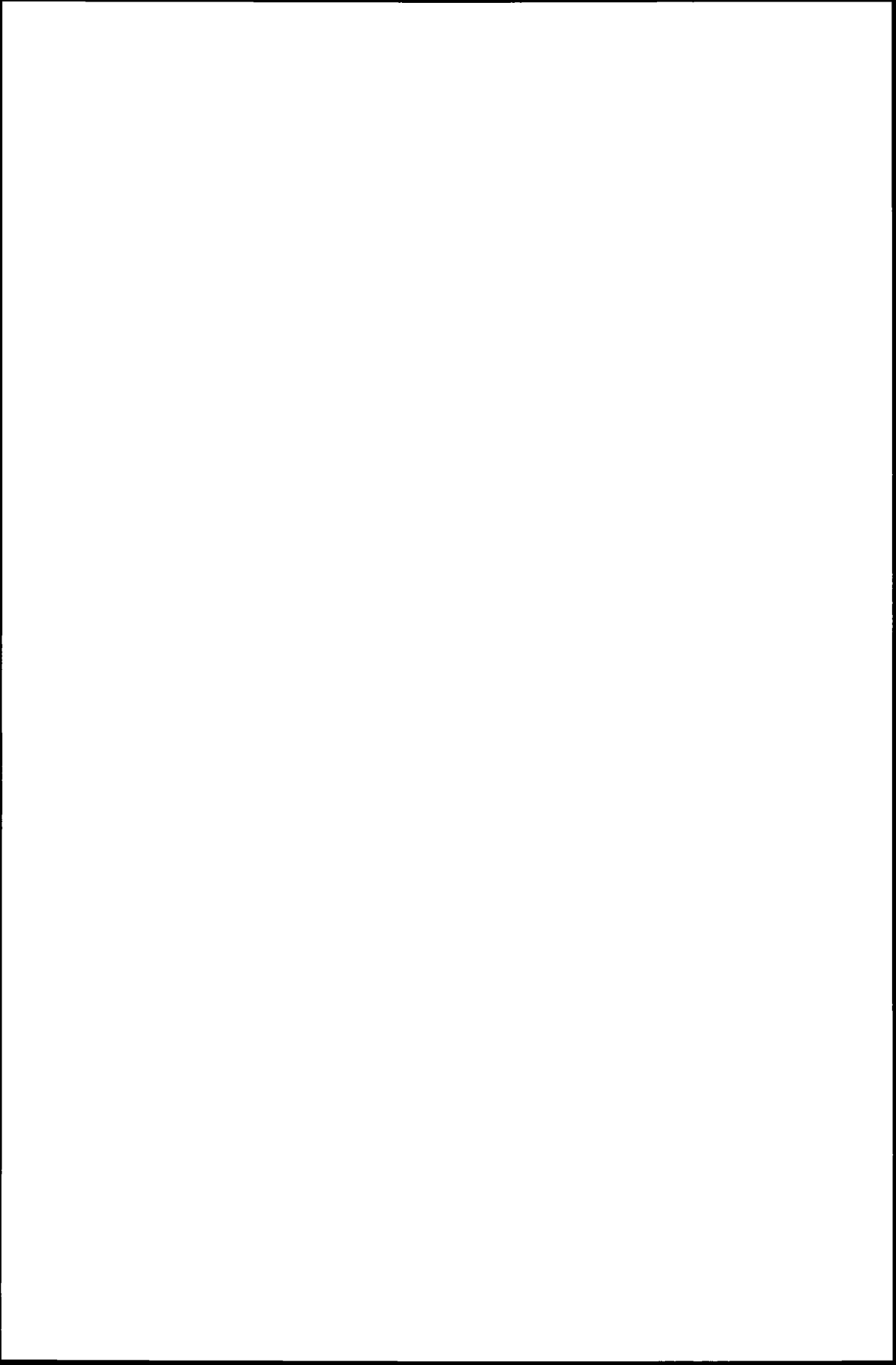
	<i>Страница</i>
<i>Предисловие</i>	<i>iii</i>
<i>Сводные рекомендации по законодательным вопросам</i>	<i>xi</i>
ВВЕДЕНИЕ И СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ	1
A. Введение	1
1. Структура и сфера охвата Руководства	3
2. Терминология, используемая в Руководстве	4
B. Справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников	7
1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры	8
2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры	11
3. Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры	16
4. Финансовые структуры и источники финансирования инфраструктуры	18
5. Основные стороны – участники реализации проектов в области инфраструктуры	22
I. ОБЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ РАМКИ	27
A. Общие замечания	27
B. Конституционные, законодательные и институциональные рамки	27
1. Общие руководящие принципы создания благоприятных конституционных и законодательных рамок	27
2. Конституционное право и проекты в области инфра- структуры, финансируемые из частных источников	29
3. Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам	30
C. Объем полномочий на выдачу концессий	31
1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности	31
2. Цель и объем концессий	32
D. Административная координация	34
1. Координация подготовительных мероприятий	34
2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений	35

	<i>Страница</i>
Е. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	36
1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений	37
2. Институциональные механизмы	38
3. Полномочия регулирующих учреждений	39
4. Организационная структура, персонал и бюджет регулирующих учреждений	40
5. Процесс и процедуры регулирования	41
6. Обжалование решений регулирующего учреждения	42
7. Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг	43
II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА	45
А. Общие замечания	45
В. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	47
1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами	48
2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков	51
С. Правительственная поддержка	55
1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки	55
2. Формы правительственной поддержки	57
D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями	66
1. Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями	67
2. Гарантии предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям	68
Е. Гарантии, предоставляемые агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию	70
III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА	73
А. Общие замечания	73
1. Процедуры отбора, рассматриваемые в <i>Руководстве</i>	73
2. Общие цели процедур отбора	74
3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников	77
4. Подготовка к процедурам отбора	81
В. Предварительный отбор участников процедур	83
1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора	83

	<i>Страница</i>
2. Критерии предварительного отбора	84
3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов	86
4. Предварительный отбор и национальные предпочтения ..	86
5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах отбора	87
6. Процедуры предварительного отбора	88
C. Процедуры запроса предложений	89
1. Этапы процедуры	89
2. Содержание окончательного запроса предложений	91
3. Разъяснения и изменения	97
4. Критерии оценки	97
5. Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений	100
6. Заключительные переговоры и выдача подряда на проект	102
D. Выдача концессии без проведения конкурентных процедур ...	103
1. Обстоятельства, допускающие использование этого метода	105
2. Меры, направленные на повышение прозрачности при выдаче концессий без проведения конкурентных процедур	105
E. Незапрошенные предложения	108
1. Программные соображения	108
2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений	111
F. Конфиденциальность	115
G. Уведомление о выдаче подряда на проект	115
H. Отчет о процедурах отбора и принятии решений о выдаче подряда	116
I. Процедуры обжалования	119
IV. СООРУЖЕНИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ: ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РАМКИ И ПРОЕКТНОЕ СОГЛАШЕНИЕ ..	123
A. Общие положения проектного соглашения	123
1. Законодательные подходы	123
2. Право, регулирующее проектное соглашение	124
3. Заключение проектного соглашения	125
B. Организационное устройство концессионера	126
C. Строительная площадка, активы и сервитуты	129
1. Право собственности на активы проекта	129
2. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта	132
3. Сервитуты	133

	<i>Страница</i>
D. Финансовые механизмы	134
1. Финансовые обязательства концессионера	134
2. Установление тарифов и контроль над ними	135
3. Финансовые обязательства организации-заказчика	139
E. Обеспечительные интересы	141
1. Обеспечительные интересы в материальных активах	142
2. Обеспечительные интересы в нематериальных активах ..	142
3. Обеспечительные интересы в коммерческой дебиторской задолженности	144
4. Обеспечительные интересы в акциях проектной компании	145
F. Уступка концессии	145
G. Передача контрольного пакета акций проектной компании	146
H. Строительные работы	148
1. Рассмотрение и утверждение планов строительства	149
2. Изменение условий проекта	149
3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля	151
4. Гарантийный срок	151
I. Эксплуатация инфраструктуры	152
1. Эксплуатационные стандарты	152
2. Расширение услуг	153
3. Непрерывный характер предоставления услуг	154
4. Равное отношение к клиентам или пользователям	155
5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры	155
6. Требования в отношении предоставления информации ...	156
7. Права концессионера по обеспечению исполнения контракта	157
J. Общие договорные механизмы	158
1. Субподряды	158
2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон	160
3. Гарантии исполнения и страхования	161
4. Изменение условий	166
5. Препятствия, освобождающие от ответственности	170
6. Нарушение обязательств и средства правовой защиты	173
V. СРОК ДЕЙСТВИЯ, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ	177
A. Общие замечания	177
B. Срок действия проектного соглашения	177
C. Продление проектного соглашения	178
D. Прекращение	179
1. Прекращение организацией-заказчиком	181
2. Прекращение концессионером	186
3. Прекращение любой из сторон	187

	<i>Страница</i>
Е. Последствия истечения или прекращения проектного соглашения	188
1. Передача активов, относящихся к проекту	188
2. Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения	191
3. Этап завершения и меры в переходный период	196
VI. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ	201
А. Общие замечания	201
В. Споры между организацией-заказчиком и концессионером	202
1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров	203
2. Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров	204
С. Споры между учредителями проекта и между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками	217
D. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры	218
VII. ДРУГИЕ ОБЛАСТИ ПРАВА, ИМЕЮЩИЕ ОТНОШЕНИЕ К РАССМАТРИВАЕМЫМ ВОПРОСАМ	221
А. Общие замечания	221
В. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам	221
1. Поощрение и защита инвестиций	222
2. Правовое регулирование вопросов собственности	223
3. Обеспечительные интересы	223
4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности	226
5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности	228
6. Правила, касающиеся правительственных контрактов, и административное право	229
7. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам	230
8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ	231
9. Правовое регулирование вопросов налогообложения	233
10. Правила и процедуры отчетности	235
11. Охрана окружающей среды	236
12. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей ...	237
13. Правовое регулирование вопросов несостоятельности	237
14. Меры по борьбе с коррупцией	238
С. Международные соглашения	239
1. Членство в международных финансовых учреждениях ...	239
2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли ..	240
3. Международные соглашения по отдельным секторам	240
<i>Предметный указатель</i>	243



Сводные рекомендации по законодательным вопросам

Вступление

Ниже в настоящем разделе приводится свод рекомендуемых законодательных принципов под названием “Рекомендации по законодательным вопросам”. Рекомендации по законодательным вопросам преследуют цель оказать помощь в создании законодательных рамок, благоприятных для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вслед за рекомендациями по законодательным вопросам приводятся комментарии, в которых содержится аналитическое введение со ссылками на финансовые, регулятивные, правовые, политические и прочие вопросы, возникающие в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию этих рекомендаций.

Рекомендации по законодательным вопросам касаются тех аспектов, которые важно урегулировать в законодательстве, непосредственно затрагивающем проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. В них не рассматриваются другие области права, которые, как об этом говорится в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам, также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуются различные меры, выходящие за рамки создания надлежащей законодательной основы: здесь речь идет, например, о надлежащих административных структурах и видах практики, организационном потенциале, технических специальных знаниях и опыте, надлежащих людских и финансовых ресурсах и экономической стабильности.

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы:

I. Общие законодательные и институциональные рамки

Конституционные, законодательные и институциональные рамки (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 2–14)

Рекомендация 1. Конституционные, законодательные и институциональные рамки для осуществления проектов в области инфраструктуры, фи-

нансированных из частных источников, должны обеспечивать прозрачность, справедливость и долгосрочную устойчивость проектов. Нежелательные ограничения на участие частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры следует ликвидировать.

Объем полномочий на выдачу концессий (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 15–22)

Рекомендация 2. В законодательстве следует указать публичные органы принимающей страны (включая, если это уместно, общенациональные, региональные и местные органы власти), которые наделены полномочиями выдавать концессии и заключать соглашения о реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

Рекомендация 3. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, могут предусматривать выдачу концессий на строительство новых объектов или систем инфраструктуры и их эксплуатацию, или на материально-техническое обслуживание, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов и систем инфраструктуры.

Рекомендация 4. В законодательстве следует указать те секторы или виды инфраструктуры, в отношении которых могут быть выданы концессии.

Рекомендация 5. В законодательстве следует оговорить вопрос о том, может ли концессия распространяться на весь регион в пределах компетенции соответствующей организации-заказчика, или только на отдельную географическую часть такого региона, или на конкретный проект, и может ли она быть выдана с предоставлением исключительных прав или без него, как это уместно, в соответствии с нормами и принципами права, законодательными положениями, подзаконными актами и политикой, применимыми к соответствующему сектору. Организации-заказчики могут быть совместно уполномочены выдавать концессии, выходящие за пределы компетенции отдельных организаций-заказчиков.

Административная координация (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 23–29)

Рекомендация 6. Следует создать институциональные механизмы для координации деятельности публичных органов, ответственных за выдачу подтверждений, лицензий, разрешений или санкций, необходимых для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с законодательными или нормативными требованиями, касающимися строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры соответствующего типа.

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 30–53)

Рекомендация 7. Не следует наделять полномочиями на регулирование услуг в области инфраструктуры тех субъектов, которые прямо или косвенно занимаются предоставлением услуг в области инфраструктуры.

Рекомендация 8. Компетенцией по вопросам регулирования следует наделять функционально независимые органы, обладающие достаточным уровнем автономии для обеспечения того, чтобы их решения принимались без политического вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг.

Рекомендация 9. Следует обеспечить опубликование правил, устанавливающих порядок применения процедур регулирования. В решениях, принимаемых в порядке регулирования, следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон в результате их опубликования или с помощью других средств.

Рекомендация 10. В законодательстве следует установить прозрачные процедуры, с помощью которых концессионер может обжаловать в независимом и беспристрастном органе, в том числе в суде, принятые в порядке регулирования решения и следует указать основания для такого возможного обжалования.

Рекомендация 11. Если это уместно, следует предусмотреть специальные процедуры для разрешения споров между поставщиками общедоступных услуг в отношении утверждений о нарушении законодательных и нормативных требований, регулирующих соответствующий сектор.

II. Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 8–29)

Рекомендация 12. Не следует устанавливать излишних законодательных или регулятивных ограничений применительно к способности организации-заказчика согласовывать такое распределение рисков, которое отвечает потребностям проекта.

Правительственная поддержка (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 30–60)

Рекомендация 13. В законодательстве следует ясно указать те публичные органы принимающей страны, которые могут предоставлять финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и те виды поддержки, которые они уполномочены предоставлять.

III. Выбор концессионера

Общие соображения (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 1–33)

Рекомендация 14. В законодательстве следует установить порядок выбора концессионера с помощью прозрачных и эффективных конкурентных про-

цедур, приспособленных к особым потребностям проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

Предварительный отбор участников процедур (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 34–50)

Рекомендация 15. Участники процедур должны продемонстрировать, что они удовлетворяют критериям предварительного отбора, которые были сочтены организацией-заказчиком уместными применительно к соответствующему конкретному проекту, включая следующие:

а) надлежащие профессиональные и технические квалификационные данные, людские ресурсы, оборудование и другие материальные средства, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, а именно для выполнения инженерно-конструкторских, строительных и эксплуатационных работ, а также работ по материально-техническому обслуживанию;

б) достаточные возможности по управлению финансовыми аспектами проекта и потенциальные возможности для удовлетворения финансовых потребностей инженерно-конструкторского, строительного и эксплуатационного этапов проекта;

с) соответствующие управленческие и организационные возможности, репутация и опыт, включая предшествующий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры.

Рекомендация 16. Участникам процедур следует предоставить возможность создавать консорциумы для представления предложений при условии, что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, прямо или через дочерние компании, только в одном консорциуме, участвующем в процедурах.

Рекомендация 17. Организации-заказчику следует составлять краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которым впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будет предложено представить предложения.

Процедура запроса предложений (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 51–84)

Рекомендация 18. По завершении процедур предварительного отбора организации-заказчику следует предложить прошедшим предварительный отбор участникам процедур представить окончательные предложения.

Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений

Рекомендация 19. Независимо от вышеизложенного, организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений от прошедших предварительный отбор участников процедур, когда она не имеет возможности сформулировать проектные спецификации или эксплуатационные показатели и договорные условия в связи с проектом настолько подробно и точно, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения. В случае использования двухэтапной процедуры применяются следующие положения:

а) организации-заказчику следует в первую очередь обратиться к прошедшим предварительный отбор участникам процедур с призывом представить предложения, касающиеся спецификаций на продукцию проекта и других характеристик проекта, а также предполагаемых условий договора;

б) организации-заказчику следует провести встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений;

с) после изучения полученных предложений организации-заказчику следует провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальные проектные спецификации и договорные условия до рассылки окончательного запроса предложений.

Содержание окончательного запроса предложений

Рекомендация 20. В окончательный запрос предложений следует включать по меньшей мере следующую информацию:

а) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений;

б) проектные спецификации и эксплуатационные показатели, если это уместно, включая требования организации-заказчика в отношении стандартов охраны труда и безопасности, а также защиты окружающей среды;

с) предлагаемые организацией-заказчиком условия договора;

д) критерии оценки предложений, относительное значение, придаваемого каждому из этих критериев, и порядок применения критериев при оценке предложений.

Разъяснения и изменения

Рекомендация 21. Организация-заказчик может – либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур – внести изменения в окончательный запрос предложений путем издания добавления в любой разумный момент до истечения окончательного срока представления предложений.

Критерии оценки

Рекомендация 22. Критерии оценки и сопоставления технических предложений должны быть направлены на определение эффективности представленного тем или иным участником процедур предложения с точки зрения удовлетворения потребностей организации-заказчика, включая следующее:

а) техническая обоснованность;

б) оперативная осуществимость;

с) качество услуг и меры по обеспечению непрерывности их предоставления;

д) открываемые предложениями потенциальные возможности с точки зрения социально-экономического развития.

Рекомендация 23. Критерии оценки и сопоставления финансовых и коммерческих предложений могут включать, если это уместно, следующее:

- a) текущая стоимость предлагаемых видов вознаграждения, оплаты, удельных цен и иных сборов в течение срока концессии;
- b) текущая стоимость предлагаемых прямых платежей со стороны организации-заказчика, если таковые предусматриваются;
- c) 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;
- d) объем финансовой поддержки, если ожидается таковая от правительства,
- e) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;
- f) степень согласия с предлагаемыми договорными условиями.

Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений

Рекомендация 24. Организация-заказчик может устанавливать минимальные требования в отношении качественных, технических, финансовых и коммерческих аспектов, которые должны быть отражены в предложениях в соответствии с критериями, изложенными в запросе предложений. Предложения, не достигшие таких минимальных требований, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям.

Рекомендация 25. Независимо от того, проводился ли процесс предварительного отбора, организация-заказчик может сохранять за собой право потребовать от всех участников процедур вновь продемонстрировать их квалификационные данные в соответствии с критериями и процедурами, изложенными в запросе предложений или, если это уместно, в документации для предварительного отбора. В тех случаях, когда процесс предварительного отбора проводился, должны применяться те же критерии, что и при процедурах предварительного отбора.

Заключительные переговоры и выдача подряда на проект

Рекомендация 26. Организации-заказчику следует расставить все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок на основе критериев, изложенных в запросе предложений, и пригласить к участию в заключительных переговорах по проектному соглашению участника процедур, получившего наиболее высокую оценку. На заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия договора, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению.

Рекомендация 27. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению проектного соглашения, организации-заказчику следует проинформировать этого участника процедур о том, что она прекращает переговоры, а затем поочередно приглашать к переговорам других участников процедур

на основе полученных ими оценок до того момента, пока она не заключит проектного соглашения или не отклонит все оставшиеся предложения.

Выдача концессии без проведения конкурентных процедур (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 85–96)

Рекомендация 28. В законодательстве следует оговорить исключительные обстоятельства, при которых организация-заказчик может быть уполномочена выдавать концессию без использования конкурентных процедур, например, следующие:

а) случаи, когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления соответствующей услуги и проведение процедур конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным;

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

с) причины, связанные с национальной обороной или национальной безопасностью;

д) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау);

е) случаи, когда поданы незапрошенные предложения, как об этом говорится в рекомендациях 34 и 35;

ф) случаи, когда было опубликовано приглашение к участию в процедурах предварительного отбора или когда был опубликован запрос предложений, однако заявок или предложений не было представлено, или когда все предложения не удовлетворяют критериям оценки, изложенным в запросе предложений, и когда, по мнению организации-заказчика, опубликование нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект;

г) другие случаи, когда вышестоящий орган разрешает прибегнуть к такому исключению по веским причинам, связанным с публичными интересами.

Рекомендация 29. Законодательство может предусматривать требование о соблюдении следующих процедур при выдаче концессии без проведения конкурентных процедур:

а) организации-заказчику следует публиковать уведомление о своем намерении выдать концессию на осуществление предлагаемого проекта и следует проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными выполнить проект, насколько это позволяют обстоятельства;

б) оферты должны оцениваться и расставляться в порядке полученных ими оценок в соответствии с критериями оценки предложений, установленными организацией-заказчиком;

с) за исключением ситуации, упомянутой в рекомендации 28(с), организации-заказчику следует обеспечивать опубликование уведомления о

выдаче концессии с указанием особых обстоятельств и причин выдачи концессии без проведения конкурентных процедур.

Незапрошенные предложения (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 97–117)

Рекомендация 30. В порядке исключения из применения процедур отбора, описанных в рекомендациях 14–27, организации-заказчику может быть разрешено рассматривать незапрошенные предложения в соответствии со специальными процедурами, установленными в законодательстве для рассмотрения незапрошенных предложений, при условии, что такие предложения не касаются какого-либо проекта, в связи с которым организацией-заказчиком уже были начаты или объявлены процедуры отбора.

Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

Рекомендация 31. После получения и предварительного изучения незапрошенного предложения организации-заказчику следует в течение непродолжительного разумного срока проинформировать представившую его сторону о том, рассматривается ли предложенный проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам. Если будет сочтено, что проект отвечает публичным интересам, организации-заказчику следует пригласить сторону, представившую предложение, представить официальное предложение, содержащее информацию, достаточно подробную для того, чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить концепцию или технологию и определить, отвечает ли предложение условиям, установленным в законодательстве, и может ли оно быть успешно реализовано в масштабах предлагаемого проекта.

Рекомендация 32. Сторона, предложившая проект, должна сохранять правовой титул на всю представленную документацию на протяжении всей процедуры, и эта документация должна быть возвращена ей в случае, если предложение будет отклонено.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концепциями или технологией, защищенными правами собственности

Рекомендация 33. Организации-заказчику следует начать процедуры конкурентного отбора в соответствии с рекомендациями 14–27, если будет сочтено, что предполагаемая проектная отдача может быть достигнута без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор незапрошенного предложения обладает исключительными правами, или если предлагаемая концепция или технология в действительности не являются уникальными или новыми. Автор незапрошенного предложения должен быть приглашен к участию в таких процедурах, и ему могут быть предоставлены льготы за представление предложения.

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

Рекомендация 34. Если, как представляется, предполагаемая проектная задача не может быть достигнута без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор незапрошенного предложения обладает исключительными правами, организации-заказчику следует попытаться получить сопоставительные элементы в связи с незапрошенным предложением. Для этой цели организации-заказчику следует опубликовать описание основных элементов, касающихся продукции предлагаемого проекта, с приглашением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока.

Рекомендация 35. Организация-заказчик может провести переговоры с автором незапрошенного предложения, если никаких альтернативных предложений не было получено, при условии согласия вышестоящего органа. Если альтернативные предложения были представлены, организации-заказчику следует пригласить все представившие их стороны к переговорам в соответствии с положениями рекомендации 29(а)–(с).

Конфиденциальность (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 118)

Рекомендация 36. Переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон переговоров не должна раскрывать какому бы то ни было другому лицу любую техническую, ценовую или иную коммерческую информацию, связанную с переговорами, без согласия на то другой стороны.

Уведомление о выдаче подряда на проект (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 119)

Рекомендация 37. Организации-заказчику следует обеспечить публикацию уведомления о выдаче подряда на проект. В уведомлении должен указываться концессионер и должно приводиться резюме основных условий проектного соглашения.

Отчет о процедурах отбора и принятии решения о выдаче подряда (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 120–126)

Рекомендация 38. Организации-заказчику следует вести надлежащую отчетность, в которую включается ключевая информация, касающаяся процедур отбора и принятия решения о выдаче подряда. В законодательстве следует установить требования об обеспечении публичного доступа к такой отчетности.

Процедуры обжалования (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 127–131)

Рекомендация 39. Участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли – или которые могут понести – убытки или ущерб в результате на-

рушения какой-либо обязанности, возложенной в соответствии с законодательством на организацию-заказчика, могут обжаловать действия организации-заказчика в соответствии с законодательством принимающей страны.

IV. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение

Общие положения проектного соглашения (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 1–11)

Рекомендация 40. В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях 41–68 ниже.

Рекомендация 41. Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны.

Организационное устройство концессионера (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 12–18)

Рекомендация 42. В распоряжение организации-заказчика следует предоставить возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.

Рекомендация 43. В проектное соглашение должны оговариваться минимальный капитал проектной компании и процедуры для получения согласия организации-заказчика с уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами проектной компании, а также с внесением существенных изменений в эти документы.

Строительная площадка, активы и сервитуты (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 19–32)

Рекомендация 44. В проектное соглашение должны оговариваться, если это уместно, вопросы о том, какие активы будут находиться в публичной собственности и какие активы будут находиться в частной собственности концессионера. В проектное соглашение следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; какие активы организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и какие активы концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения.

Рекомендация 45. Организации-заказчику следует оказывать концессионеру помощь в приобретении таких связанных со строительной площадкой прав, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально-технического обслуживания объекта. Законодательство может уполномочивать концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности

третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это требуется для целей возведения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта.

Финансовые механизмы (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 33–51)

Рекомендация 46. В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемых им услуг. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.

Рекомендация 47. В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в законодательстве следует установить механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов.

Рекомендация 48. Организации-заказчику следует предоставить полномочия, если это уместно, соглашаться на прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться пользователями, или в дополнение к ним или принимать на себя обязательства по закупке фиксированных количеств товаров или услуг.

Обеспечительные интересы (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 52–61)

Рекомендация 49. Концессионер должен нести ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объектов инфраструктуры, и, в этих целях, он должен обладать правом обеспечивать любое финансирование, требующееся для проекта, с помощью создания обеспечительных интересов в любой его собственности, залога акций проектной компании, залога поступлений и дебиторской задолженности из концессии или любого другого уместного обеспечения без ущерба для действия любых норм права, которые могут запрещать создание обеспечительных интересов в публичной собственности.

Уступка концессии (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 62 и 63)

Рекомендация 50. Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна. В проектном соглашении должны устанавливаться условия, при которых организация-заказчик может дать согласие на уступку концессии, включая такие условия, как принятие на себя новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и представление доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления услуги.

Передача контрольного пакета акций проектной компании (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 64–68)

Рекомендация 51. Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании-концессионера, если не предусмотрено иное.

Строительные работы (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 69–79)

Рекомендация 52. В проектном соглашении должны предусматриваться процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком строительных планов и спецификаций, право организации-заказчика следить за ходом строительства или модернизации объекта инфраструктуры, условия, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, и процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта, его оборудования и аппаратуры.

Эксплуатация инфраструктуры (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 80–97)

Рекомендация 53. В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

- a) приспособление услуги для удовлетворения фактического спроса на нее;
- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставление услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;
- d) недискриминационный доступ, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

Рекомендация 54. В проектном соглашении должно быть указано следующее:

- a) степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях;
- b) процедуры для контроля за деятельностью концессионера и принятия таких мер, которые, по мнению организации-заказчика или регулирующего учреждения, будут являться разумными и уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями.

Рекомендация 55. Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Общие договорные механизмы (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 98–150)

Рекомендация 56. Организация-заказчик может зарезервировать за собой право рассматривать и утверждать основные контракты, заключаемые концессионером, в частности, контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера или связанными с ней. Как правило, в утверждении организацией-заказчиком должно отказываться только в тех случаях, когда в контрактах содержатся положения, противоречащие проектному соглашению или явно противоречащие публичным интересам или императивным нормам публично-правового характера.

Рекомендация 57. Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность свободно выбрать применимое право для регулирования своих договорных отношений, за исключением случаев, когда такой выбор будет нарушать публичный порядок принимающей страны.

Рекомендация 58. В проекте соглашения должно устанавливаться следующее:

a) форма, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;

b) страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера;

c) компенсация, на которую может иметь право концессионер в случае законодательных изменений или других изменений в экономических и финансовых условиях, которые существенно затрудняют исполнение обязательств по сравнению с тем, как это первоначально предусматривалось. Кроме того, в проектном соглашении должны устанавливаться механизмы пересмотра условий проектного соглашения в случае любых таких изменений;

d) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в проектном соглашении, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы их разумного контроля;

e) средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.

Рекомендация 59. В проектном соглашении должны быть указаны обстоятельства, при которых организация-заказчик может временно брать на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и

бесперебойного оказания услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств.

Рекомендация 60. Организация-заказчик должна быть уполномочена заключать соглашения с кредиторами, предусматривающие назначение с согласия организации-заказчика нового концессионера для выполнения действующего проектного соглашения в случае серьезного нарушения концессионером своих обязательств по предоставлению требуемых услуг и в случае наступления других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения проектного соглашения.

V. Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения

Срок действия и продление проектного соглашения (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 2–8)

Рекомендация 61. Продолжительность концессии должна быть оговорена в проектном соглашении.

Рекомендация 62. Срок действия концессии не должен продлеваться, кроме как в оговоренных в законе обстоятельствах, например, в следующих:

- а) задержка в завершении или приостановление эксплуатации в результате наступления событий вне сферы разумного контроля любой из сторон;
- б) приостановление проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов;
- в) предоставление концессионеру возможности возместить дополнительные издержки, которые возникли в результате удовлетворения требований организации-заказчика, первоначально не предусмотренных в проектном соглашении, и которые концессионер не смог бы возместить в течение нормального срока действия проектного соглашения.

Прекращение проектного соглашения (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 9–35)

Прекращение организацией-заказчиком

Рекомендация 63. Организация-заказчик должна иметь право прекратить проектное соглашение:

- а) в случае, когда она не может более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов выполнить свои обязательства, будь то по причине несостоятельности, серьезного нарушения обязательств или по иной причине;
- б) в силу публичных интересов при условии выплаты компенсации концессионеру.

Прекращение концессионером

Рекомендация 64. Концессионер должен иметь право прекратить проектное соглашение в случае оговоренных в законе исключительных обстоятельств, например, следующих:

а) в случае серьезного нарушения организацией-заказчиком или другим публичным органом своих обязательств по проектному соглашению;

б) в случае, когда исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате распоряжений организации-заказчика о внесении изменений или других ее действий или вследствие непредвиденных изменений в условиях или действий других публичных органов и когда стороны не смогли договориться о соответствующем пересмотре проектного соглашения.

Прекращение любой из сторон

Рекомендация 65. Каждая сторона должна иметь право прекратить проектное соглашение в случае, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу возникновения обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон. Стороны должны также иметь право прекратить проектное соглашение по обоюдному согласию.

Последствия истечения или прекращения проектного соглашения (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 36–62)

Передача активов организации-заказчику или новому концессионеру

Рекомендация 66. В проектном соглашении должны быть установлены критерии для определения, если это уместно, размеров компенсации, которая может причитаться концессионеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому концессионеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении проектного соглашения.

Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения

Рекомендация 67. В проектном соглашении следует оговорить способы исчисления компенсации, причитающейся любой из сторон в случае прекращения проектного соглашения, предусмотрев, когда это уместно, компенсацию справедливой стоимости работ, выполненных по проектному соглашению, и убытков, включая утраченную прибыль.

Этап завершения и меры в переходный период

Рекомендация 68. В проектном соглашении следует установить, если это уместно, права и обязательства сторон в отношении следующего:

а) передача технологии, необходимой для эксплуатации объекта;

б) подготовка персонала организации-заказчика или концессионера-преемника для эксплуатации и технического обслуживания объекта;

с) предоставление концессионером услуг по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию и поставка запасных частей, если это требуется, в течение разумного срока после передачи объекта организации-заказчику или концессионеру-преемнику.

VI. Урегулирование споров

Споры между организацией-заказчиком и концессионером (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункты 3–41)

Рекомендация 69. Организация-заказчик должна иметь право свободно договариваться о таких механизмах урегулирования споров, которые, по мнению сторон, наилучшим образом отвечают потребностям проекта.

Споры между учредителями проекта и между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункт 42)

Рекомендация 70. Концессионер и учредители проекта должны иметь право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования коммерческих споров между учредителями проекта или споров между концессионером и его кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими деловыми партнерами.

Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункты 43–45)

Рекомендация 71. Для концессионера может быть установлено требование предусмотреть упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, представленных его клиентами или пользователями объекта инфраструктуры.

Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников*

А. Введение

1. По ходу истории 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 паровой тяги и электротрамваи были созданы еще в XIX веке, и во многих странах они предоставлялись частными компаниями, которые получили лицензию или концессию от правительства. В этот период осуществлялось большое количество финансируемых из частных источников 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. В то же время на протяжении большей части XX века в мире, напротив, наблюдалась тенденция к повышению роли публичного сектора в обеспечении инфраструктуры и предоставлении других услуг. Довольно часто операторы инфраструктуры национализировались, а конкуренция снижалась в результате слияний и поглощений. 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.

3. Наблюдаемая в настоящее время обратная тенденция к расширению участия частного сектора и развитию конкуренции в секторах инфраструктуры по-

* Цель раздела В настоящей главы состоит в том, чтобы привести общую справочную информацию по вопросам, которые рассматриваются с точки зрения законодательной перспективы в последующих главах *Руководства*. Что касается дополнительной информации, то читателю особенно рекомендуется ознакомиться, в частности, со следующими публикациями других международных организаций: *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects* – подготовлено Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (издание ЮНИДО, в продаже под № UNIDO.95.6.E); *World Development Report 1994: Infrastructure for Development* (New York, Oxford University Press, 1994) и *World Development Report 1996: From Plan to Market* (New York, Oxford University Press, 1996) – издания Всемирного банка; или *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996) – издание Международной финансовой корпорации.

явилась в начале 80-х годов и была обусловлена рядом как общих, так и специфических для отдельных стран факторов. К числу общих факторов 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; а также 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 правил, регулирующих конкуренцию в соответствующих секторах.

4. Назначение настоящего *Руководства* состоит в оказании содействия созданию правового режима, благоприятного для частных инвестиций в публичную инфраструктуру. Содержащиеся в *Руководстве* рекомендации направлены на обеспечение сбалансированности между стремлением к облегчению и поощрению частного участия в проектах в области инфраструктуры, с одной стороны, и различными публичными интересами, являющимися предметом обеспокоенности принимающей страны, – с другой. 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. К числу вопросов, представляющих публичный интерес, относятся такие проблемы, как непрерывный характер предоставления общедоступных услуг; неуклонное соблюдение стандартов принимающей страны 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; и гибкость, необходимая для приспособления к изменяющимся условиям, включая расширение предоставления услуг для удовлетворения дополнительного спроса. 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 в случае нарушений со стороны третьих лиц; гарантии уважения частной собственности принимающей страной, а также гарантии того, что меры, затрагивающие частную собственность, 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

5. *Руководство* содержит свод рекомендуемых законодательных принципов, объединенных под названием “Рекомендации по законодательным вопросам”. Цель рекомендаций по законодательным вопросам состоит в том, чтобы оказать содействие созданию законодательных рамок, благоприятных для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Рекомендации по законодательным вопросам сопровождаются комментариями, в которых приводится аналитическое введение со ссылками на финансовые, регулятивные, правовые, политические и прочие вопросы, возникающие в рассматриваемой предметной области. Пользователям рекомендуется читать рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых приводится справочная информация, способствующая лучшему пониманию этих рекомендаций.

6. В рекомендациях по законодательным вопросам рассматриваются аспекты, которые важно урегулировать в законодательстве, конкретно посвященном проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Они не касаются других областей правового регулирования, которые, как это рассматривается в комментариях к рекомендациям по законодательным вопросам, также оказывают воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Кроме того, для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно требуются разнообразные меры, выходящие за рамки создания соответствующих законодательных рамок, например, меры в связи с созданием надлежащих административных структур и видов практики, организационным потенциалом, техническим опытом, надлежащими людскими и финансовыми ресурсами и экономической стабильностью. Хотя некоторые из этих аспектов упоминаются в комментариях, в рекомендациях по законодательным вопросам они не рассматриваются.

7. *Руководство* предназначено для использования в качестве справочного документа национальными властями и законодательными органами при подготовке новых законов или оценке пригодности существующих законов и постановлений. С этой целью *Руководство* помогает определить те области правового регулирования, которые, как правило, имеют наиболее тесную связь с частными капиталовложениями в проекты в области публичной инфраструктуры, и в нем рассматривается содержание таких законов, которые будут способствовать привлечению частного капитала, как национального, так и иностранного. *Руководство* не преследует цели представления рекомендаций относительно составления соглашений об исполнении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В то же время договорные вопросы затрагиваются в *Руководстве* (например, в главах IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение” и V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”) в той мере, в которой они связаны с аспектами, которые целесообразно урегулировать в законодательном порядке.

8. Особое внимание в *Руководстве* уделяется проектам в области инфраструктуры, которые предусматривают обязательство со стороны отобранных инвесторов провести работы по сооружению, ремонту или расширению соответствующей

шего объекта в обмен на право взимать плату – либо с населения, либо с какого-либо публичного органа – за использование этого объекта инфраструктуры или обеспечиваемые им услуги. 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, в *Руководстве* не рассматриваются. Кроме того, в *Руководстве* не рассматриваются 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*

9. В нижеследующих пунктах разъясняются значение и использование определенных терминов, которые часто встречаются в *Руководстве*. Что касается терминов, которые ниже не рассматриваются, например, технических терминов, используемых в финансовой и коммерческой документации, то читателю рекомендуется ознакомиться с другими источниками информации по этому вопросу, такими, как *Guidelines for Infrastructure Development through Build–Operate–Transfer (BOT) Projects* (Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа “строительство–эксплуатация–передача” (СЭП)), подготовленными Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО)¹.

а) “Публичная инфраструктура” и “общедоступные услуги”

10. Термин “публичная инфраструктура”, как он применяется в *Руководстве*, означает материальные объекты, которые используются для предоставления услуг, являющихся жизненно важными для населения. 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).

11. 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 находятся в собственности правительства; в других странах они находятся в частной собственности, однако их функционирование подлежит регулиро-

¹ UNIDO publication, Sales No. UNIDO.95.6.E, далее в тексте – Руководящие принципы СЭП ЮНИДО.

ванию 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 стране выбора находиться в публичном или частном ведении. Часто – но не во всех случаях – объекты энергетики и телекоммуникационные объекты относятся к предприятиям публичного сектора. В настоящем *Руководстве* не высказывается никаких рекомендаций по вопросу о том, где в той или иной стране следует провести такое разграничение.

12. 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, который, как правило, называется “административным правом” (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 24–27). 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) “Концессия”, “проектное соглашение” и связанные с этими понятиями термины

13. Во многих странах общедоступные услуги являются объектом правительственной монополии или же иным образом специально регламентируются. В подобных случаях предоставление какой-либо общедоступной услуги иным субъектом, чем какой-либо публичный орган обычно требует разрешения со стороны соответствующего правительственного органа. В национальных законах используются различные термины для указания на такие разрешения, а в некоторых правовых системах для обозначения конкретных видов разрешений могут использоваться разнообразные формулировки. Наиболее широко используются такие термины, как “концессия”, “франшиза”, “лицензия” или “аренда”. В некоторых правовых системах, особенно в системах гражданского права, некоторые виды проектов в области инфраструктуры обозначаются такими четко определенными правовыми концепциями, как “концессия на публичные работы” или “концессия на общедоступные услуги”. Используемое в *Руководстве* слово “концессия” не следует толковать исходя из технического значения, которое может придаваться ему в какой-либо конкретной правовой системе или внутригосударственном законодательстве.

14. Термин “проектное соглашение” используется в *Руководстве* для обозначения соглашения, которое заключается между публичным органом и выбранным предприятием или предприятиями для осуществления соответствующего проекта и в котором излагаются условия строительства или модернизации, эксплуатации и обслуживания инфраструктуры. Другие термины, которые могут применяться в некоторых правовых системах для указания на такое соглашение, например “концессионное соглашение” или “договор концессии”, в настоящем *Руководстве* не используются.

15. Слово “концессионер” используется в *Руководстве* для указания в целом на предприятия, которые осуществляют проекты в области инфраструктуры на условиях концессии, выданной публичным органом принимающей страны. Иногда в *Руководстве* для конкретного указания на самостоятельное юридическое лицо, которое создано для целей выполнения конкретного проекта, используется термин “проектная компания”.

с) Ссылки на национальные власти

16. 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 отрасли исполнительной власти правительства или на субъекты, связанные с такой отраслью. Термины “законодательный орган” и “законодатель” используются непосредственно для указания на органы, осуществляющие законодательные функции в принимающей стране.

17. Слова “организация-заказчик” используются во всем тексте *Руководства* для указания на публичный орган принимающей страны, которые несет общую ответственность за осуществление проекта и от имени которого выдается концессия на проект. Такой орган может быть общегосударственным, региональным или местным (см. пункты 69 и 70 ниже).

18. Термин “регулирующее учреждение” используется в *Руководстве* для указания на публичный орган, которому предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие эксплуатацию инфраструктуры, и обеспечивать их выполнение. Регулирующее учреждение может быть создано на основании законодательного акта с конкретной целью регулирования того или иного сектора инфраструктуры.

*d) “Строительство–эксплуатация–передача”
и аналогичные термины*

19. Различные виды проектов, которые в настоящем *Руководстве* называются проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, иногда подразделяются на ряд категорий в зависимости от характера участия частного сектора или от собственности на соответствующий объект инфраструктуры, как это указывается ниже:

а) “*Строительство–эксплуатация–передача*” (СЭП). Проект в области инфраструктуры называется проектом СЭП в тех случаях, когда организация-заказчик производит отбор концессионера для финансирования и сооружения объекта или системы инфраструктуры и предоставляет этому субъекту право эксплуатировать его на коммерческой основе в течение определенного срока, по окончании которого объект передается организации-заказчику;

б) “*Строительство–передача–эксплуатация*” (СПЭ). Эта формулировка иногда используется с тем, чтобы подчеркнуть, что объект инфраструктуры переходит в собственность организации-заказчика сразу же после сооружения, а концессионеру предоставляется право эксплуатировать этот объект в течение определенного срока;

с) “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, концессионер арендует материальные активы, на которых располагается объект, на срок действия соглашения;

д) “Строительство–собственность–эксплуатация–передача” (ССЭП). Речь идет о таких проектах, в рамках которых концессионер привлекается к финансированию, 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 концессионера, который не несет обязательства по обратной передаче его организации-заказчику.

20. Помимо акронимов, используемых для указания на особый режим собственности, могут использоваться другие акронимы, позволяющие особо подчеркнуть одно или несколько обязательств концессионера. 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 сектору, 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 концессионера в отношении проектирования объекта и финансирования его строительства.

В. Справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

21. В большинстве стран, в которых в последнее время сооружались новые объекты инфраструктуры с помощью частных инвестиций, проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, являются важным инструментом удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. К числу важнейших элементов национальной политики относятся уровень конкуренции, который предполагается установить в каждом секторе инфраструктуры, структурная организация соответствующего сектора и механизмы, используемые для обеспечения надлежащего функционирования инфраструктурных рынков. Национальная политика, направленная на стимулирование частных инвестиций в инфраструктуру, часто сопровождается мерами, нацеленными на обеспечение конкуренции между поставщиками общедоступ-

ных услуг или на предотвращение злоупотребления монопольными условиями в тех случаях, когда внедрение конкуренции невозможно.

22. При разработке программ по стимулированию инвестиций частного сектора в развитие и эксплуатацию публичной инфраструктуры 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: а) определить, по-прежнему ли сохраняют эти секторы характеристики естественной монополии, и б) оценить возможность и желательность внедрения конкуренции в некоторые секторы инфраструктуры.

1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры

23. 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 прочие 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

24. 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 характеризуется 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.* Это те виды экономической деятельности, которые позволяют единственному поставщику снабжать целый рынок по более низким ценам, чем в случае, если бы действовали два 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;

с) *Монополии де-факто*. Эти монополии не обязательно могут являться 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.

25. 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, являющиеся результатом 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 создаваться 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).

26. 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, водопользование или энергоснабжение, сниженные транспортные тарифы для некоторых категорий пассажиров (например, школьников и пенсионеров), а также некоторые 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.

27. В числе других причин, оправдывающих сохранение юридических монополий в отсутствие условий, характерных для естественных монополий, упоминалось о необходимости повышения привлекательности соответствующего сектора для частных инвесторов. Частные операторы могут настаивать на получении

нии исключительных прав на предоставление какой-либо услуги с тем, чтобы сократить коммерческий риск 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 частных инвестиций, возможно, целесообразно рассмотреть вопрос об ограничении конкуренции, хотя и только на временной основе (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 20–22).

b) Возможности для конкуренции в различных секторах

28. До последнего времени монопольные условия господствовали в большинстве секторов инфраструктуры, либо поскольку соответствующий сектор являлся естественной монополией, либо поскольку установленные в порядке регулирования барьеры или другие факторы (например, вертикально интегрированная структура поставщиков общедоступных услуг) препятствовали эффективной конкуренции. Однако быстрые темпы технологического прогресса расширили потенциальные возможности для конкуренции в секторах инфраструктуры, как это кратко рассматривается ниже:

a) *Сектор телекоммуникаций.* Новая беспроводная технология не только создает возможности для мобильных услуг связи, но и вступает во все более острую конкуренцию со стационарными (проводными) услугами. Сети, использующие технологию оптических волокон, сети кабельного телевидения, передача данных по линиям электроснабжения, глобальные спутниковые системы, возросшие мощности электронно-вычислительных устройств, более совершенные методы сжатия данных, сближение методов связи, вещания и обработки данных – все эти факторы все более активно способствуют разрушению традиционных монополий и способов предоставления услуг. В результате этих и иных изменений сектор телекоммуникационных услуг становится все более конкурентным и страны все более широко открывают его для свободного доступа участников, ограничивая доступ лишь к таким услугам, которые требуют использования дефицитных публичных ресурсов, например радиочастот;

b) *Энергетический сектор.* В энергетическом секторе применение газовых турбин с комбинированным циклом и других технологий, позволяющих эффективно производить электроэнергию в меньших масштабах, а также стандартизация в секторе производства энергетического оборудования заставили ряд стран изменить монополистическую и вертикально интегрированную структуру внутренних рынков электроэнергии. Рост мощности электронно-вычислительного оборудования и более совершенное программное обеспечение для обработки данных облегчают распределение электроэнергии по энергетическим сетям, а также организацию энергетических пулов и использование других механизмов в области обеспечения доступа к сетям и торговле электроэнергией;

c) *Сектор транспорта.* Изменения структуры в секторе транспорта также во многих случаях являются результатом технологического прогресса: внедрение контейнерных перевозок и других нововведений, таких, как спутниковая связь, позволяющая следить за грузами по всему земному шару, оказали огромное воздействие на морские перевозки, на управление портами и на железнодорожный и автомобильный транспорт, а также одновременно содействовали развитию смешанных перевозок.

29. Подобные технологические изменения заставили законодателей в ряде стран распространить конкуренцию на секторы инфраструктуры путем принятия законодательства, отменяющего монополии и другие барьеры для выхода на рынок, изменяющего структурную организацию секторов инфраструктуры и устанавливающего такие рамки регулирования, которые содействуют эффективной конкуренции. Масштабы таких возможных преобразований зависят от конкретного сектора, величины рынка и других факторов.

2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры

30. Во многих странах привлечение частного сектора к развитию инфраструктуры последовало за внедрением мер по структурной перестройке секторов инфраструктуры. Законодательные преобразования обычно начинаются с отмены правил, запрещающих участие частных компаний в деятельности в области инфраструктуры, и с ликвидацией 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 законным образом заинтересованы в развитии определенных секторов местной промышленности и могут, таким образом, принять решение не открывать некоторые секторы инфраструктуры для конкуренции.

31. 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, которое, 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 “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 30–53). В то же время обеспечение эффективной конкуренции в ряде секторов лишь за счет ликвидации закрепленных в законодательстве барьеров без принятия законодательных мер по структурной перестройке соответствующего сектора может оказаться невозможным. В ряде стран 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

32. Опыт ряда стран показал, что существование вертикально или горизонтально интегрированных компаний, действующих в области инфраструктуры, может воспрепятствовать эффективной конкуренции. Интегрированные компании могут попытаться распространить свои монополистические права, которыми они обладают на одном рынке или сегменте рынка, на другие рынки или сегменты с тем, чтобы получать монопольную ренту также и в этих секторах. В силу этого

некоторые страны сочли необходимым отделить монопольный элемент (например, линии передач во многих сетях энергоснабжения) от конкурентных элементов в соответствующих секторах инфраструктуры. В общем и целом услуги в области инфраструктуры могут предоставляться на конкурентной основе, в то время как базовая физическая инфраструктура часто обладает монопольными характеристиками.

33. Отделение конкурентных видов деятельности от монополистических может в свою очередь потребовать расчленения вертикально или горизонтально интегрированных предприятий. Вертикальное расчленение происходит в тот момент, когда централизованные виды деятельности отделяются от деятельности на более низком уровне, например, когда в энергетическом секторе разделяется деятельность по производству, передаче, распределению и поставке электроэнергии. Цель обычно заключается в том, чтобы отделить ключевые сетевые компоненты и основные механизмы от конкурентных сегментов коммерческой деятельности. Горизонтальное расчленение происходит в случаях, когда один вид деятельности или несколько параллельных видов деятельности поставщика общедоступных услуг – монополиста распределяются среди нескольких компаний, которые могут либо непосредственно конкурировать между собой на рынке (как это все более часто имеет место в случае производства электроэнергии), либо сохранять монополию на менее крупной территории (как это может иметь место в случае распределения электроэнергии). Горизонтальное расчленение может охватывать как какой-либо отдельный расчленяемый вид деятельности или сегмент (как в приведенных примерах, касающихся энергетического сектора), так и новые виды деятельности, отдельно организуемые взамен старых на одном или нескольких рынках (как, например, в случае отделения услуг по сотовой связи от проводной телефонной связи).

34. В то же время необходимо тщательно взвесить ожидаемые затраты и результаты таких изменений. Затраты могут включать издержки, связанные собственно с изменением (например, затраты на проведение реформы 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 и регулированием. С другой стороны, результаты могут включать новые инвестиции, более совершенные или новые услуги, более широкий выбор и более низкие экономические затраты.

б) Недавний опыт в основных секторах инфраструктуры

и) Телекоммуникации

35. Примеры расчленения в секторе телекоммуникаций являются не очень многочисленными. В ряде стран услуги по междугородной и международной связи были отделены от местных услуг: в первом случае вводилась конкуренция, а во втором – в значительной степени сохранялись монопольные условия. В некоторых таких странах в настоящее время наблюдается обратная тенденция, поскольку местным телефонным компаниям разрешается предоставлять услуги по меж-

дугородной связи, а компаниям, обеспечивающим междугородную связь, разрешается предоставлять местные услуги, причем все это в условиях конкуренции. Обязательные нормы, гарантирующие открытый доступ, часто встречаются в секторе телекоммуникаций в тех странах, в которых исторический поставщик общедоступных услуг, как правило, предоставляет услуги в конкуренции с другими поставщиками, контролируя при этом важнейшие участки сети.

ii) Электроэнергия

36. Недавно принятые в различных странах новые законы, касающиеся электроэнергетики, предусматривают расчленение энергетического сектора за счет разделения производства, передачи и распределения электроэнергии. В некоторых случаях с тем, 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 брокерами, с одной стороны, и пользователями – с другой. В некоторых из этих стран конкуренция ограничивается только крупными пользователями или вводится поэтапно.

37. Страны, принявшие решения 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 являлись по своему характеру 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 было необходимо изменить другие аспекты законодательства и политики в области энергетики, в том числе правила, регулирующие рынки нефти, газа, угля и других источников энергии.

iii) Водоснабжение и канализация

38. В секторе водоснабжения и канализации наиболее часто встречающейся реформой рыночной структуры является горизонтальное расчленение. В некоторых странах создано несколько предприятий водоснабжения в тех случаях, когда существовало одно единственное такое предприятие. Это наиболее харак-

терно для стран, в которых отдельные сети не взаимосвязаны или практически не взаимосвязаны, но не только для них. Практика показала, что горизонтальное расчленение облегчает сопоставление показателей деятельности различных поставщиков услуг.

39. В некоторых странах частным инвесторам было предложено обеспечить водоснабжение для предприятий общественного пользования 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 на основании контракта с предприятием общественного пользования и они не приводят к фундаментальному изменению монопольного характера рыночной структуры: предприятия обычно не вступают в конкуренцию друг с другом и, как правило, им не разрешается снабжать потребителей в обход предприятий общественного пользования. Некоторые страны внедрили конкуренцию в секторы 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.

iv) Транспорт

40. В связи с принятыми в различных странах мерами по структурной перестройке проводилось разграничение между транспортной инфраструктурой и транспортными услугами. Первый сектор может часто 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, поскольку железнодорожные, автомобильные, автобусные, воздушные и водные перевозки могут вступать в конкуренцию за пассажиров и груз.

41. Что касается железных дорог, то некоторые страны избрали вариант разделения вопросов собственности на инфраструктуру и ее эксплуатации (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 в законодательном порядке защищены права третьих сторон на доступ к инфраструктуре, которые иногда называются “правами на железнодорожную сеть”. В этих случаях транспортные компании, будь то иная железнодорожная линия или компания, занимающаяся предоставлением транспортных услуг, имеют право на доступ к железнодорожным путям на определенных условиях, причем компания, контролирующая определенный путь, обязана предоставить такой доступ.

42. Во многих странах до последнего времени управление портами осуществлялось как монополиями публичного сектора. При открытии этого сектора для

участия частных компаний на рассмотрении законодателей находились различные модели. Согласно системе владения территорией порта портовые власти несут ответственность за инфраструктуру, а также общую координацию портовых операций, но в то же время 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 секторах буксировки, стивидорских работ и складирования), возможно, легче обеспечить и поддерживать при системе владения территорией.

43. Может также потребоваться внесение изменений в законодательство, регулирующее функционирование аэропортов, с тем чтобы позволить осуществление частных инвестиций или обеспечить конкуренцию 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 введена 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, стоянки автомобилей и т.д. В некоторых 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

44. 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 технологии 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.

45. Некоторые страны пришли к мнению 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 монополии 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.

46. Другой переходной мерой, которая применялась по крайней мере в некоторых странах, где поставщики общедоступных услуг представляли собой предприятия, находившиеся в правительственной собственности, является структурная перестройка или приватизация соответствующего поставщика услуг. В боль-

шинстве стран, в которых была проведена приватизация поставщиков общедоступных услуг, являвшихся предприятиями, находившимися в правительственной собственности, либерализация в целом 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 – поставщики общедоступных услуг.

3. Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры

47. Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может 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 должна определяться правительством с учетом национальных потребностей в области развития инфраструктуры и на основе оценки наиболее эффективных путей создания и эксплуатации конкретных видов инфраструктуры. В том или ином конкретном секторе могут использоваться несколько различных вариантов.

а) Публичная собственность и эксплуатация публичным предприятием

48. В тех случаях, когда поставлена цель сохранения публичной собственности и контроля, обеспечение финансирования за счет прямых частных инвестиций, а также обеспечение эксплуатации инфраструктуры в соответствии с коммерческими принципами могут быть достигнуты путем создания контролируемого правительством предприятия в качестве отдельного юридического лица, которое будет выступать собственником проекта и осуществлять его эксплуатацию. Управление таким предприятием 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.

49. 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 “контрактом 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.

b) Публичная собственность и эксплуатация частным предприятием

50. Альтернативный подход может состоять в передаче частным предприятиям всех функций по эксплуатации объектов публичной инфраструктуры. Одним из возможных путей является предоставление частному предприятию, обычно на определенный срок, права пользоваться соответствующим 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 “концессией на публичные работы” или “концессией на общедоступные услуги”.

51. Другой формой участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры 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 “лизингом” или “сдачей в аренду”.

c) Частная собственность и эксплуатация частным предприятием

52. Согласно третьему подходу, частное предприятие не только занимается эксплуатацией объекта, но также владеет соответствующими активами. В этом случае также могут существовать существенные различия в режимах, применимых к таким проектам в соответствии с внутригосударственным законодательством, например, по вопросу о том, сохраняет ли организация-заказчик за собой право вернуть правовой титул на объект или же взять на себя ответственность за его эксплуатацию (см. также главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 23–29).

53. В том случае, если объект эксплуатируется на основании правительственной лицензии, частное владение физическими активами (например, телекомму-

никационной 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.

4. Финансовые структуры и источники финансирования инфраструктуры

а) Концепция проектного финансирования

54. Крупномасштабные проекты, связанные с сооружением новых объектов инфраструктуры, часто осуществляются новыми компаниями, специально созданными для этой цели учредителями проекта. Такая новая компания, которую часто называют “проектной компанией”, 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 “проектным финансированием”. В рамках операций проектного финансирования кредит будет предоставляться в той мере, в которой кредиторы согласятся рассматривать в качестве источника средств для погашения займов, сделанных проектной компанией, в первую очередь поток наличности и поступления по проекту. Других гарантий либо не существует, либо они покрывают лишь конкретные 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.

55. 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 используя другие средства обеспечения кредита, обеспечиваемые акционерами проектной компании, правительством, покупателями или другими заинтересованными третьими сторонами. Такой механизм обычно именуется “ограниченным оборотным” финансированием.

б) Источники финансирования проектов в области инфраструктуры

56. Все более важную роль в развитии инфраструктуры играют методы, альтернативные 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, или же финансирование путем эмиссии акций. Тем не менее существующие источники финансирования не ограничиваются упомянутыми выше. Публичные и частные инвестиции довольно часто совмещаются в рамках механизмов, которые иногда именуется “публично-частными товариществами”.

i) Акционерный капитал

57. Первый вид капитала для проектов в области инфраструктуры предоставляется в форме инвестиций в акционерный капитал. Акционерный капитал прежде всего образуется за счет средств учредителей проекта или других индивидуальных инвесторов, заинтересованных в приобретении акций компании-концессионера. В то же время на долю такого акционерного 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 кредиторам и правительством, поскольку это позволяет снизить долю платежей по погашению задолженности в общем потоке наличных средств концессионера и служит дополнительной гарантией заинтересованности таких компаний в осуществлении проекта.

ii) Коммерческие ссуды

58. Основным источником средств для финансирования проектов в области инфраструктуры обычно являются заемные средства. Такие средства можно получить на финансовом рынке, главным образом в форме ссуд, предоставляемых проектной компанией 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 преобладающих на финансовом рынке условий, банки предпочитают мобилизовывать и предоставлять среднесрочные или долгосрочные ссуды по фиксированным ставкам, с тем чтобы не подвергать себя и концессионера в течение продолжительного периода времени риску колебания процентных ставок, а также сократить необходимость в операциях хеджирования. Коммерческие ссуды обычно предоставляются кредиторам при том условии, что их погашение будет производиться в пер-

воочередном порядке по отношению к оплате любых других обязательств заемщика. Поэтому коммерческие ссуды обычно именуется “несубординированными” или “первостепенными” ссудами.

iii) “Субординированный” долг

59. Третьим видом средств, который обычно используется в таких проектах, являются “субординированные” ссуды, которые иногда именуется “мезанинным” 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 задолженности, 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 компании-концессионера по преференциальным ценам.

iv) Институциональные инвесторы

60. 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 проектов в области инфраструктуры. Основной причиной, побуждающей такие учреждения идти на риск, связанный с предоставлением капитала для проектов в области инфраструктуры, являются перспективы получения вознаграждения, а также заинтересованность в диверсификации инвестиций.

v) Финансирование за счет использования рынка капитала

61. По мере накопления опыта в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, расширяется использование рынков капитала. Средства могут быть мобилизованы путем размещения привилегированных акций, облигаций или 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 проспек-

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

62. 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

63. 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 платежей процентов или жесткие ограничения на право взимать проценты и, следовательно, использование других форм вознаграждения за предоставленные в заем 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

64. Важную роль в качестве источников ссуд, гарантий и акционерного капитала для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут также играть международные финансовые учреждения. Всемирный банк, Международная финансовая корпорация, а также региональные банки развития принимали участие в финансировании целого ряда проектов.

65. 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 беря 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 “мезанин-

ный” 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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 61–71).

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

66. 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 быть сопряжено с целым рядом преимуществ, включая более низкие процентные ставки по сравнению со ставками, применяемыми коммерческими банками, и более долгосрочные ссуды, которые в некоторых случаях предоставляются по фиксированной процентной ставке (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 72–74).

ix) Комбинация публичных и частных источников финансирования

67. В дополнение к ссудам и гарантиям, предоставленным коммерческими банками и национальными или многосторонними публичными финансовыми учреждениями, в некоторых случаях для финансирования новых проектов 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 компании-концессионера, что позволяет снизить объем акционерного капитала и заемных средств, которые необходимо мобилизовывать из частных источников (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 40 и 41).

5. Основные стороны – участники реализации проектов в области инфраструктуры

68. Состав участников проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может в значительной степени различаться в зависимости от конкретного сектора инфраструктуры, условий участия частного сектора и механизмов, используемых для финансирования проекта. В нижеследующих пунктах определяются основные стороны, участвующие в реализации типичного проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников и предусматривающего сооружение нового объекта инфраструктуры в рамках механизма “проектного финансирования”.

а) Организация-заказчик и другие публичные органы

69. В реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, часто принимают участие различные публичные органы принимающей страны, действующие на общенациональном, региональном и местном уровнях. Организация-заказчик является основным органом, отвечающим за проект в рамках правительства. Кроме того, для реализации 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

70. Организация-заказчик или другой публичный орган, как правило, определяет проект в соответствии со своей политикой в области развития инфраструктуры в соответствующем секторе, а также определяет такой характер участия частного сектора, который будет способствовать наиболее эффективной эксплуатации объекта инфраструктуры. После этого организация-заказчик осуществляет процедуры, в результате которых производится выбор концессионера. Кроме того, в течение всего срока осуществления проекта правительству, возможно, необходимо будет оказывать различную поддержку законодательного, административного, регламентационного и в некоторых случаях финансового характера, с тем чтобы обеспечить успешное сооружение и надлежащую эксплуатацию объекта. Наконец, в рамках некоторых проектов правительство может стать конечным собственником объекта.

б) Проектная компания и учредители проекта

71. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, 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 осуществлять сотрудничество и привлекать других надежных партнеров является важнейшим условием своевременного и успешного завершения работ. Кроме того, важным фактором обеспечения долгосрочной жизнеспособности проекта является участие компании, обладающей опытом эксплуатации объектов, подобных сооружаемому. В тех случаях, когда 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 инвесторах, инвестиционных банках, двусторонних и многосторонних кредитных учреждениях, а иногда также и о правительстве или находящейся в правительственной собственности корпорации). Иногда в тех случаях, когда проектная компания должна быть учреждена в соответствии с законами принимающей страны (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 12–18), правительство поощряет участие местных инвесторов.

с) Кредиторы

72. 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.

73. Вследствие значительных масштабов инвестиций, необходимых для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 8–29). 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 обычно принимают различные кредиторы. Для избежания 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 исполнения обязательств, и сокращение срока погашения кредита; а также координация процедур обращения в собственность кредиторов обеспечения, предоставленного проектной компанией.

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

74. 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 особен-

но заинтересованы в том, чтобы реализация проекта и его эксплуатация не противоречили конкретным программным целям таких учреждений и агентств. Международные финансовые учреждения уделяют все более пристальное внимание экологическим последствиям проектов в области инфраструктуры и их жизнеспособности в долгосрочном плане. Международные финансовые учреждения, предоставляющие ссуды на осуществление проекта, будут также тщательно анализировать методы и процедуры, применяемые при выборе концессионера. 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 “Выбор концессионера”, пункт 18).

е) Страховщики

75. Как правило, по проекту в области инфраструктуры заключаются договоры страхования от несчастных случаев в отношении сооружений и оборудования, страхования гражданской ответственности и страхования пособия рабочим, выплачиваемого во время болезни. Другими возможными видами страхования являются страхование случаев перерыва производственной деятельности, перерывов в поступлении наличных средств или случаев превышения затрат (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 119 и 120). Такие виды страхования, как правило, предлагаются на рынке коммерческого страхования, хотя возможности коммерческого страхового покрытия в отношении некоторых чрезвычайных обстоятельств за пределами контроля сторон (например, войны, мятежи, акты вандализма, землетрясения, ураганы) могут быть ограничены. Частный рынок страхования играет все более важную роль в обеспечении покрытия от некоторых видов политических рисков, таких, как расторжение договора, неисполнение публичным органом договорных обязательств или необоснованное востребование 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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 61–74).

ф) Независимые эксперты и консультанты

76. Независимые эксперты и консультанты играют весьма важную роль на различных этапах реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Опытные компании обычно стремятся дополнить потенциал своих собственных технических экспертов услугами внешних экспертов и консультантов, например финансовых экспертов а также международ-

ных консультантов по юридическим или по инженерно-техническим вопросам. Консультантами учредителей проекта часто выступают торговые и инвестиционные банки, которые оказывают помощь в организации финансирования и в формулировании предполагаемого 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 принимающей стране. Они могут также оказывать помощь публичным органам в разработке стратегий развития инфраструктуры в отдельных секторах и в подготовке правовых и административных рамок. Кроме того, независимые эксперты и консультанты могут оказывать помощь правительству в подготовке технико-экономических обоснований и других предварительных исследований, в подготовке запросов предложений или стандартных договорных условий и спецификаций, в оценке и сопоставлении предложений или в проведении переговоров по проектному соглашению.

77. 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. Общие законодательные и институциональные рамки

A. Общие замечания

1. Принятие надлежащих и эффективных юридических рамок является предварительным элементом создания таких условий, которые благоприятствовали бы частным инвестициям в инфраструктуру. Странам, в которых такие юридические рамки уже созданы, важно обеспечить, чтобы законодательство было достаточно гибким и учитывало необходимость приспособления к прогрессу в различных секторах инфраструктуры. Настоящая глава посвящена некоторым общим вопросам, которые рекомендуется рассмотреть национальным законодателям при создании или обзоре юридических рамок для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в интересах достижения вышеупомянутых целей. В разделе В (пункты 2–14) излагаются общие соображения относительно конституционных и законодательных рамок; в разделе С (пункты 15–22) рассматривается объем полномочий на выдачу концессий в области инфраструктуры и предоставления общедоступных услуг; в разделе D (пункты 23–29) обсуждаются возможные меры по укреплению административной координации; а в разделе E (пункты 30–53) проводится рассмотрение институциональных и процедурных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры.

B. Конституционные, законодательные и институциональные рамки

2. В данном разделе рассматриваются общие руководящие принципы, на которых могут основываться юридические рамки для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Кроме того, в нем указываются возможные последствия для реализации этих проектов, которые могут обуславливаться конституционными нормами принимающей страны; и наконец, в этом разделе вкратце рассматриваются возможные выборы применительно к уровню и виду документа и документов, которые, возможно, потребуется принять, а также применительно к сфере действия такого документа или документов.

1. Общие руководящие принципы создания благоприятных конституционных и законодательных рамок

3. При рассмотрении вопроса о создании благоприятных юридических рамок или при проведении обзора достаточности уже имеющихся рамок национальные

законодатели, возможно, пожелают принять во внимание некоторые общие принципы, которые лежали в основе недавних законодательных решений, принятых в различных странах, и которые кратко рассматриваются в нижеследующих пунктах.

а) Прозрачность

4. Прозрачные юридические рамки характеризуются четкими и доступными правилами, а также эффективными процедурами для их применения. Прозрачные законы и административные процедуры обуславливают предсказуемость, что позволяет потенциальным инвесторам оценить затраты и риски своих инвестиций, и, таким образом, предложить наиболее выгодные условия. Прозрачные законы 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 препятствуют произвольным или ненадлежащим действиям или решениям со стороны организации-заказчика или ее должностных лиц и, таким образом, способствуют укреплению доверия к национальной программе развития инфраструктуры. Прозрачность законов и административных процедур имеет особое значение, когда цель состоит в привлечении иностранных инвестиций, поскольку иностранные компании могут быть незнакомы с практикой страны в деле выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

б) Справедливость

5. Юридические рамки служат как средством, с помощью которого правительства регулируют и обеспечивают предоставление общедоступных услуг своим гражданам, так и средством, с помощью которого поставщики общедоступных услуг и их потребители могут защищать свои права. Справедливые юридические рамки учитывают различные (причем, возможно, иногда и противоречащие друг другу) интересы правительства, поставщиков общедоступных услуг и их потребителей и преследуют цель обеспечения справедливой сбалансированности таких интересов. Коммерческие соображения частного сектора, право пользователей на получение надлежащих услуг как с точки зрения качества, так и цены, ответственность правительства за обеспечение непрерывности предоставления важнейших услуг и его роль в содействии развитию инфраструктуры – это только некоторые из тех интересов, которые заслуживают надлежащего признания в законодательстве.

в) Долгосрочная устойчивость

6. Важная цель внутреннего законодательства по развитию инфраструктуры состоит в обеспечении долгосрочного характера предоставления общедоступных услуг, причем все более широкое внимание уделяется вопросам экологической устойчивости. Недостаточно развитые механизмы для эксплуатации и обслуживания публичной инфраструктуры существенно ограничивают эффективность во всех секторах инфраструктуры и непосредственно ведут к сниже-

нию качества услуг и повышению затрат для пользователей. С законодательной точки зрения важно обеспечить, чтобы принимающая страна обладала институциональным потенциалом для выполнения различных задач, возложенных на публичные органы, которые участвуют в проектах в области инфраструктуры на различных этапах их реализации. Другим фактором, способствующим укреплению долгосрочной устойчивости национальной политики в области инфраструктуры, является достижение правильной сбалансированности между предоставлением общедоступных услуг на конкурентной и 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 пристальному учету потребностей потребителей и повышению качества общедоступных услуг, что содействовало улучшению коммерческого климата во всех секторах экономики.

2. Конституционное право и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников

7. В конституционном праве ряда стран содержатся общие ссылки на обязанность государства обеспечить предоставление общедоступных услуг. В ряде стран перечисляются секторы инфраструктуры и услуг, входящие в сферу ответственности государства, а в других странах задача определения таких секторов делегируется законодателю. Согласно некоторым национальным конституциям предоставление ряда общедоступных услуг резервируется исключительно за государством или за специально созданными публичными предприятиями. В то же время согласно другим конституциям предусматриваются полномочия государства на предоставление частным предприятиям концессий на развитие и эксплуатацию инфраструктуры и предоставление 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.

8. Странам, стремящимся содействовать расширению частных инвестиций в инфраструктуру, важно провести обзор действующих конституционных норм, с тем чтобы выявить возможные ограничения на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В ряде стран реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, задерживалась в результате неопределенности в вопросе об объеме государственных полномочий на предоставление подрядов на такие проекты. Иногда опасения, что такие проекты могут нарушать конституционные нормы о государственной монополии или о предоставлении общедоступных услуг, приводили к судебным спорам, что впоследствии оказывало неблагоприятное воздействие на осуществление проектов.

9. Кроме того, важно учитывать конституционные нормы, касающиеся собственности на землю или объекты инфраструктуры. Конституционное право некоторых стран содержит ограничения на частную собственность на землю и некоторые средства производства. В других странах частная собственность признается, однако конституция объявляет некоторые виды инфраструктуры собственностью государства. Запреты и ограничения такого характера могут пред-

ставлять 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 23–29).

3. Общее законодательство и специальное законодательство по отдельным секторам

10. Законодательство часто играет центральную роль в привлечении частных инвестиций в проекты в области публичной инфраструктуры. В законодательстве обычно закрепляются принципы проводимой политики, предусматриваются конкретные юридические права, и соответствующие законы могут представлять собой важную гарантию стабильности правового режима и режима регулирования. На практике в большинстве стран осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, предшествовало принятие законодательных мер, устанавливающих общие правила выдачи подрядов на такие проекты и их осуществления.

11. В ряде стран с учетом конституционных норм и 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 предоставление частному сектору подрядов на выполнение любой осуществляемой публичным сектором деятельности, обладающей определенной экономической ценностью, которая позволяет осуществлять эксплуатацию такой деятельности частными предприятиями, предусматриваются в общем законодательстве. Общее законодательство такого вида создает базу для обеспечения единообразного регулирования вопросов, являющихся общими для всех финансируемых из частных источников проектов в различных секторах инфраструктуры.

12. 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 законодателю разработать нормы, учитывающие рыночную структуру в каждом секторе (см. выше “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 21–46). Следует отметить, что во многих странах специальное законодательство по отдельным секторам принималось в период, когда национальная инфраструктура в значительной части или даже полностью охватывалась государственной монополией. Странам, заинтересованным в стимулировании инвестиций частного сектора в инфраструктуру, целесообразно провести обзор действующего специального законодательства по отдельным секторам, с тем чтобы определить приемлемость таких актов для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

13. Кроме того, специальное законодательство по отдельным секторам может сыграть важную роль в создании базы для регулирования отдельных секторов

инфраструктуры (см. ниже, пункты 30–53). Рекомендации по законодательным вопросам особенно полезны для тех стран, которые находятся на первоначальных этапах создания или развития национальных механизмов регулирования. Такое законодательство также представляет собой важную гарантию того, что свобода усмотрения осуществляющих регулирование властей при выполнении их 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, поскольку в большинстве случаев подобные нормы не будут отвечать долгосрочному характеру этих проектов (более подробно см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение” и главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”).

14. Многие страны использовали законодательный подход для закрепления общих принципов организации секторов инфраструктуры и установления базовых программных и институциональных рамок, а также рамок регулирования. 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 о проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, многие страны отдали предпочтение подзаконным актам. Было сочтено, что такие нормативные положения легче приспособить к изменяющимся условиям, независимо от того, обусловлены ли изменения переходом к нормам, базирующимся на рыночных отношениях, или новыми внешними факторами, такими, как появление новых технологий или изменение экономических или рыночных условий. Независимо от вида используемого инструмента важнейшее значение имеют вопросы четкости и предсказуемости.

С. Объем полномочий на выдачу концессий

15. Реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребовать принятия специального законодательства или норм, уполномочивающих государство передавать функции по предоставлению общедоступных услуг частным предприятиям. Принятие 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. Центральные аспекты вопроса о полномочиях на выдачу концессий в связи с проектами в области инфраструктуры рассматриваются в нижеследующих пунктах.

1. Уполномоченные учреждения и соответствующие области деятельности

16. В некоторых правовых системах правительственные функции по предоставлению общедоступных услуг не могут делегироваться без предварительного

установления соответствующих полномочий в законодательном порядке. Для тех стран, которые стремятся привлечь частные инвестиции в инфраструктуру, особенно важно, чтобы в законе четко оговаривались полномочия правительства передавать иным предприятиям, чем 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 предприятия к предоставлению некоторых услуг, которые в прошлом оказывались населению бесплатно (более подробно см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 37 и 38).

17. В случае принятия общего законодательства также целесообразно четко указать те публичные органы или уровни управления, которые компетентны выдавать подряды на проекты в области инфраструктуры частному сектору и действовать в качестве организаций-заказчиков. С тем чтобы избежать ненужных задержек, особенно целесообразно 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 проектного соглашения. Полезно рассмотреть вопрос об объеме тех полномочий, которые могут потребоваться иным органам, чем 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. пункты 23–29 ниже).

18. В целях обеспечения ясности будет, возможно, также целесообразно указать в таком общем законодательстве те секторы, в которых могут предоставляться концессии. Если это не будет сочтено возможным или желательным, то в качестве альтернативы в законодательстве могут быть указаны те области деятельности, которые не могут являться объектом концессии (например, виды деятельности, связанные с национальной обороной или безопасностью).

2. Цель и объем концессий

19. Будет, возможно, полезно определить в законодательстве характер и цель финансируемых из частных источников проектов в области инфраструктуры, в связи с которыми в принимающей стране могут быть выданы концессии. Один из возможных подходов состоит в определении различных категорий проектов в соответствии с объемом прав и обязательств, принимаемых на себя концессионером (например, “строительство–эксплуатация–передача”, “строительство–собственность–эксплуатация”, “строительство–передача–эксплуатация” или “строительство–передача”). В то же время, учитывая широкое разнообразие схем, которые могут применяться в связи с частными инвестициями в инфраструктуру, попытка дать исчерпывающее определение всем таким формам может быть довольно трудной. В качестве альтернативы в законодательстве можно в общем

плане предусмотреть, что концессии могут предоставляться для цели возложения на какое-либо предприятие, будь то частное или публичное, обязательства выполнить работы в области инфраструктуры или предоставлять определенные общедоступные услуги в обмен на право взимать цену за использование объекта или помещений или за предоставленную услугу или произведенные товары, или в обмен на другую плату или вознаграждение, согласованные сторонами. Затем в законодательстве можно было бы разъяснить, что концессии могут предоставляться на строительство и эксплуатацию нового объекта или системы инфраструктуры или на материально-техническое обслуживание, ремонт, восстановление, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов или систем инфраструктуры, или только на предоставление общедоступных услуг и на управление предоставлением таких услуг.

20. Другая важная проблема касается характера прав, предоставляемых концессионеру, в частности вопроса о том, является ли право на предоставление соответствующей услуги исключительным или же концессионер 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 какого-либо конкретного вида товаров или предоставление какого-либо 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).

21. 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 это уже говорилось ранее, масштабы конкуренции в различных секторах инфраструктуры существенно различаются. В то время как некоторые секторы или их сегменты обладают характеристиками естественных монополий – и в этом случае открытая конкуренция обычно не является экономически эффективным вариантом, – другие секторы инфраструктуры были успешно открыты для свободной конкуренции (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 28 и 29).

22. 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 выдачу исключительных концессий, будет разрешать выдачу исключительных концессий, если будет сочтено, что это соответствует публичным интересам, например в случаях, когда исключительные права оправданы с точки зрения цели обеспечения технической или экономической эффективности проекта. Можно установить требование о том, что организация-заказчик должна будет до начала процедур отбора концессионера указать причины, в силу которых пред-

полагается предоставление исключительной концессии. Такое общее законодательство может быть дополнено специальными законодательными актами по отдельным секторам, регулируемыми вопрос об исключительных правах с учетом каждого конкретного сектора.

D. Административная координация

23. В зависимости от структуры административных органов принимающей страны в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребоваться участие ряда публичных органов на различных уровнях управления. Например, компетенция на установление различных положений и правил, регулирующих соответствующий вид деятельности, может полностью или частично принадлежать какому-либо публичному органу на ином уровне, чем тот орган, который несет ответственность за предоставление соответствующей услуги. Может также существовать такое положение, 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 существовать такое положение, при котором некоторые специальные области компетенции могут охватываться мандатом того ведомства, которое несет ответственность за утверждение иностранных инвестиционных предложений.

24. Международный опыт, накопленный за последнее время, показал целесообразность возложения общей ответственности за разработку политики и обеспечение практического руководства в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, на центральную группу, входящую в административную структуру принимающей страны. Такая центральная группа может также нести ответственность за координацию работы основных публичных органов, взаимодействующих с проектной компанией. В то же время признается, что в результате особой административной структуры создание такого механизма в ряде стран будет невозможным. Когда учреждение такой центральной группы невозможно, могут быть изучены иные меры по обеспечению надлежащего уровня координации деятельности различных заинтересованных публичных органов, как это рассматривается в нижеследующих пунктах.

1. Координация подготовительных мероприятий

25. Одна из важных мер, направленных на обеспечение успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, – это требование о том, чтобы соответствующий публичный орган проводил предварительную оценку технико-экономической 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 экологические последствия реализации проекта. В таких обоснованиях, 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, предъявляемым к продукции проекта.

26. После выявления будущего проекта правительству следует определить его относительную приоритетность, а также выделить людские и другие ресурсы для его осуществления. На этом этапе желательно, чтобы организация-заказчик провела обзор действующих законодательных или нормативных требований, касающихся эксплуатации объектов инфраструктуры предлагаемого типа, с целью выявления основных публичных органов, участие которых потребуется для реализации проекта. На этом 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, с тем 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки проектное соглашение”, пункты 50 и 51). 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. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 51–54), причем для их принятия может потребоваться значительное время.

2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений

27. Законодательство может сыграть полезную роль в деле облегчения выдачи лицензий и разрешений, которые могут потребоваться в ходе осуществления проекта (например, лицензий, необходимых на основании валютных правил; лицензий на регистрацию концессионера в качестве юридического лица; разрешений 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 когда утверждающие органы или должностные лица первоначально не участвовали в разработке проекта или в согласовании его условий. Задержки в процессе введения объектов инфраструктуры в эксплуатацию в результате отсутствия необходимых лицензий или разрешений по не зависящим от концессионера причинам могут привести к повышению стоимости проекта, а также цен, которые должны выплачиваться пользователями.

28. Таким образом, 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 для укрепления координации 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, требования о которых могут быть введены впоследствии новыми правилами. 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.

29. В то же время следует отметить, что распределение административных полномочий среди различных уровней управления (например, местного, регионального и центрального) часто отражает основополагающие принципы политической организации страны. В силу этого имеются случаи, когда центральное правительство не может принять на себя ответственность за выдачу всех лицензий и разрешений или возложить такую координирующую функцию на какой-либо один орган. В подобных случаях важно принять меры, направленные на то, чтобы не допустить задержек, которые могут быть вызваны таким распределением административных полномочий, например, заключить договоренности 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. Кроме того, правительство может рассмотреть вопрос о предоставлении определенных заверений в том, что оно будет в максимально возможной степени содействовать концессионеру в получении лицензий, требуемых согласно внутреннему законодательству, например, путем предоставления информации и помощи участникам процедур в вопросах о тех лицензиях, которые требуется получить, а также о соответствующих процедурах и условиях. С практической точки зрения в дополнение к координации среди различных уровней управления и различных публичных органов требуется обеспечить последовательность в деле применения критериев для выдачи лицензий и для обеспечения прозрачности административного процесса.

Е. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры

30. На предоставление определенных общедоступных услуг обычно распространяется специальный режим регулирования, который может устанавливаться с помощью материально-правовых норм, процедур, инструментов и институциональных структур. Такие рамки представляют собой важный инструмент для проведения правительственной политики в соответствующем секторе (см. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 21–46). В зависимости от институциональной структуры соответствующей страны и распределения полномочий между различными уровнями управления определенные секторы инфраструктуры могут – полностью или совместно с общенациональным законодательством – регулироваться региональным или местным законодательством.

31. Регулирование услуг в области инфраструктуры связано с широким кругом общих и специальных для конкретных секторов вопросов, которые могут существенно различаться в зависимости от социальных, политических, правовых и экономических реалий в каждой отдельной принимающей стране. Хотя основные вопросы регулирования, встречающиеся в аналогичных контекстах в различных секторах (см., например, главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 39–46 и 82–95), рассматриваются, если это уместно, в *Руководстве*, 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 усмотрения, 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 объем связанной с их выполнением свободы усмотрения будет определяться соответствующими правилами, которые могут существенно различаться.

32. *Руководство* исходит из той предпосылки, что в принимающей стране созданы надлежащие институциональные и иерархические структуры и имеются необходимые людские ресурсы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. 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 связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, однако *Руководство* никоим образом не рекомендует использование какой-либо конкретной модели или создание какой-либо конкретной административной структуры. Практическая информация и технические консультации могут быть получены от международных финансовых учреждений, которые выполняют программы по оказанию помощи странам-членам в создании надлежащих рамок регулирования (например, от Всемирного банка и региональных банков развития).

1. Секторальная компетенция и мандат регулирующих учреждений

33. 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 энергоснабжение, газ, телекоммуникации), а другая – за транспорт. В некоторых странах компетенция регулирующих учреждений может также распространяться на несколько секторов в каком-либо конкретном регионе.

34. 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 потенциала соответствующей страны в области регулирования. Страны, обладающие ограниченными знаниями и опытом в области регулирования инфраструктуры, могут счесть предпочтительным сократить количество независимых структур и попытаться получить экономию за счет эффекта масштаба.

35. 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

36. 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.

37. Эффективность режима регулирования во многих случаях зависит от объективности 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.

38. 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

39. 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 расширились 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.

40. 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 предоставления концессии может запрашивать мнение регулирующего учреждения. С другой стороны, в некоторых странах исключается прямое участие регулирующих учреждений в процессе выдачи концессий на том основании, что это может повлиять на дальнейшее регулирование предоставления соответствующих услуг.

41. Компетенция регулирующих учреждений обычно распространяется на все предприятия, действующие в регулируемых ими секторах, без какого-либо различия между частными и государственными 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.

42. Вопросы, по которым регулирующие учреждения должны принимать решения, являются самыми разнообразными: от выполнения нормативных функций (например, принятие правил о предоставлении концессий и установление условий сертификации оборудования) до фактической выдачи концессий; кроме того, к кругу таких вопросов относятся следующие: утверждение контрактов или решений, предложенных регулируемыми компаниями (например, схемы доступа к сети или контракта 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); 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

43. Создавая регулирующее учреждение, некоторые страны избрали вариант, предусматривающий назначение одного должностного лица, в то время как большинство других государств предпочли учредить регулиующую комиссию. 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 регулирующей комиссии, 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 пре-

дусмотрен такой порядок, при котором голос председательствующего будет решающим.

44. 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 администрацией; 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.

45. 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, концессий и 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

46. 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 министрам, 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 при-

нимаемых 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.

47. 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.

48. 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

49. 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 регулирующему учреждению, принявшему первоначальное решение, к политическим властям принимающей страны и к поставщикам общедоступных услуг.

50. 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 том, что касается права апелляционного органа заменять оценкой фактических обстоятельств дела, которую он может подготовить по своему усмотрению, ту оценку, которая была произведена органом, решение которого обжалуется.

7. Урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг

51. Между конкурирующими концессионерами (например, двумя операторами систем сотовой телефонной связи) или между концессионерами, предоставляющими услуги на 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 в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 23–29), или о нарушении специальных обязательств поставщиков общедоступных услуг (см. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение", пункты 82–93). Во многих странах было сочтено, что для создания надлежащих рамок для урегулирования подобных споров необходимы законодательные положения.

52. 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.

53. 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 к судам, 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. Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка

A. Общие замечания

1. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, создают возможность для уменьшения объема публичных средств и других ресурсов, выделяемых на развитие и эксплуатацию инфраструктуры. Они также позволяют переносить на частный сектор ряд рисков, которым в ином случае подвергались бы правительство. 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 проектная компания, 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 проектов и обеспечения успешной реализации проекта. И напротив, неудачное распределение рисков, связанных с проектом, можно поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта или помешать его эффективному осуществлению, что увеличит затраты на предоставление соответствующей услуги.

2. В прошлом заемные средства для финансирования проектов в области 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 финансовые средства все шире привлекались на основе проектного финансирования.

3. Для проектного финансирования как метода финансирования характерно стремление устанавливать кредитоспособность проектной компании на “индивидуальной” основе еще до начала строительства и получения каких-либо поступлений, а также 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. В то же время с финансовой точки зрения проектное финансирование обладает рядом отличительных 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 наличности проектной компании. В случае провала проекта у них не будет права оборота на финансовые ресурсы компании-спонсора или другой третьей стороны для возмещения пре-

доставленных ими средств, или такое право будет весьма ограниченным (см. также “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 54 и 55).

4. 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 проектной компании 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.

5. К числу наиболее важных рисков, оценить и снизить которые, однако, весьма сложно, относятся “политические риски” (риски, связанные с неблагоприятными действиями со стороны принимающего правительства, его ведомств и судов, особенно в том, что касается выдачи лицензий и разрешений, принятия в порядке регулирования норм, применимых к деятельности проектной компании и ее рынкам, налогообложения и исполнения и обеспечения принудительного исполнения договорных обязательств) и “валютные” риски (риски, связанные со стоимостью, возможностью перевода и конвертируемостью местной валюты). В связи с необходимостью учета таких рисков в структуры проектного финансирования, в частности, часто включались страховое покрытие или гарантии международных финансовых учреждений и агентств по кредитованию экспорта, а также гарантии принимающего правительства.

6. В разделе В настоящей главы (пункты 8–29) представлен обзор основных рисков, возникающих при осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, а также кратко рассматриваются касающиеся распределения рисков общие договорные решения, в которых подчеркивается необходимость обеспечения для сторон необходимой гибкости с целью согласования сбалансированного распределения рисков, связанных с проектом. В разделе С (пункты 30–60) излагаются политические соображения, которые правительство, возможно, пожелает принять во внимание при определении объема прямой правительственной поддержки, которая может быть предоставлена проектам в области инфраструктуры, такие как степень публичной заинтересованности в реализации какого-либо конкретного проекта и необходимость недопущения того, чтобы правительство брало на себя открытые или чрезмерные обязательства на случай непредвиденных обстоятельств. В разделе С рассматриваются некоторые дополнительные меры поддержки, которые использовались в правительственных программах с целью содействия частным инвестициям в развитие инфраструктуры, но при этом не приводится рекомендаций относительно применения какой-либо из этих мер. И наконец, в разделах D (пункты 61–71) и E (пункты 72–74) кратко описываются гарантии и меры поддержки, которые могут быть предоставлены агентствами по кредитованию экспорта и содействию инвестированию.

7. Связанные с этими вопросами аспекты правового режима принимающего правительства, которые имеют отношение к анализу потребностей проекта в кредите и связанных с ним рисков, рассматриваются в других главах настоящего *Руководства*. В зависимости от сектора и вида проекта в центр внимания будут, очевидно, выдвигаться различные вопросы. Внимание читателя обращается, в частности, на главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, главу VI “Урегулирование споров” и главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”.

В. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков

8. 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 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.

9. 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. Например, если проектная компания обязана сдать объект инфраструктуры организации-заказчику, причем определенное оборудование объекта должно быть в функционирующем состоянии, то проектная компания 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 последствий для проектной компании, включая ее ответственность за неисполнение какого-либо договорного обязательства по проектному соглашению или согласно применимому праву (например, выплата возмещения ущерба организации-заказчику за задержку во вводе в эксплуатацию соответствующего объекта); определенные убытки (например, потерю дохода вследствие задержки во вводе объекта в эксплуатацию); или дополнительные затраты (например, на ремонт неисправного оборудования или обеспечение поставки оборудования взамен неисправного).

10. Сторона, несущая тот или иной риск, может принять превентивные меры с целью ограничения вероятности материализации такого риска, а также конкретные меры по защите себя, полностью или частично, от последствий этого риска. Такие меры часто называются “уменьшением риска”. В предыдущем примере проектная компания тщательно проверит надежность поставщиков оборудования и предлагаемой технологии. Проектная компания 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 убыт-

ков проектной компании в связи с неисправностью его оборудования. В некоторых случаях может быть создан целый ряд более или менее сложных договорных механизмов с целью смягчения последствий риска, связанного с проектом. Например, проектная компания 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

11. 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 СЭП)¹.

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

12. 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 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 (рассмотрение вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 131–139).

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

13. Проектная компания 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 проектной компании или введение новых налогов, которые ставят под угрозу перспективы проектной компании в отношении выплаты долгов и возвращения инвестиций); “регуляционные” риски (например, вве-

¹ См. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, сноска 1.

дение более жестких стандартов в отношении предоставляемой услуги или открытие сектора для конкуренции) и “квазикоммерческие” риски (например, нарушение своих обязательств организацией-заказчиком или перерывы в осуществлении проекта вследствие изменений в приоритетах и планах организации-заказчика) (рассмотрение вопроса о юридических последствиях наступления таких событий см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 122–125). 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

14. 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 могут также 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.

15. Некоторые из этих рисков могут быть созданы проектной компанией или ее 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 проектной компании. На стадии эксплуатации отсутствие эффективности в работе может быть следствием, например, неправильного технического обслуживания объекта или халатности при эксплуатации механического оборудования. Превышение эксплуатационных затрат может также обуславливаться ненадлежащим управлением.

16. Вместе с тем некоторые из этих рисков могут возникать также в результате конкретных действий организации-заказчика, других правительственных ве-

домств или даже законодательного органа принимающей страны. Эксплуатационные сбои или превышение расходов могут возникать вследствие ненадлежащих технических спецификаций, предоставленных организацией-заказчиком на стадии выбора концессионера. Задержки и перерасход могут также обуславливаться действиями организации-заказчика после выдачи подряда на проект (задержки в получении утверждений и разрешений, дополнительные расходы, вызванные изменениями в требованиях вследствие неадекватного планирования, перерывы в работе, вызванные инспектирующими ведомствами, или задержками в отводе земельного участка, на котором предполагается строительство объекта). Общие законодательные или регуляторные 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

17. “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 проектной компании погашать свои долги и поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта.

18. Коммерческие риски существенно разнятся в зависимости от сектора и вида проекта. Риск может рассматриваться как минимальный или умеренный, если проектная компания обладает монополией на предоставление соответствующей услуги или если она 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 трудно прогнозируемыми, 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.

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

19. 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 и иногда также 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, проектная компания 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 проектной компании для обслуживания своего долга или возмещения первоначальных инвестиций.

20. Еще один риск, с которым сталкивается проектная компания, 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

21. 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.

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

23. Проектная компания и ее 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 70). Строительный подрядчик, как правило, несет ответственность за возмещение заранее оцененных убытков или выплату 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 концессионером организации-заказчику. Аналогичным образом, проектная компания обычно уменьшает объем возлагаемых на нее 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 проектной компанией или от наложения ареста по ходатайству третьих сторон (например, других кредиторов). Тем не менее средства, выплачиваемые по гарантийным обязательствам, регулярно высвобождаются для использования проектной компанией по мере необходимости покрытия расходов на ремонтные работы либо эксплуатационных или иных расходов.

24. 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 проектной компании любые убытки вследствие принятия мер по контролю над ценами (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 124). 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, с целью получения гарантий от экспроприации или национализации, а также гарантий того, что в случае таких действий будет выплачена надлежащая компенсация (см. пункт 50). 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 такие заверений или гарантий.

25. 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.

26. Например, проектная компания 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 проектной компанией и организацией-заказчиком, будет определять ту степень, в которой проектная компания сможет избежать таких рисков, или же ту степень, в которой от нее будет ожидаться принятие на себя некоторых таких рисков (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 36–46).

27. 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, правительство может отдать предпочтение возложению подобных рисков на проектную компанию. 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 реше-

ния, 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 проектному соглашению и что будут созданы договорные механизмы предусматривающие решения в отношении некоторых неблагоприятных последствий, такие как продление срока действия контрактов с целью компенсации задержки, которая явилась результатом событий, или даже прямой платеж в определенной форме при особых обстоятельствах (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 131–139). Эти механизмы будут дополняться коммерческим страхованием, приобретенным проектной компанией, если это можно будет сделать при приемлемых затратах (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 119 и 120).

28. Вполне возможно, что потребуются создать и специальные механизмы, касающиеся распределения коммерческих рисков. Такие проекты, как проекты в области мобильной связи, обладают относительно высоким потенциалом возмещения прямых затрат, и в большинстве случаев предполагается, что проектная компания будет осуществлять такой проект, не разделяя этих рисков с организацией-заказчиком и не прибегая к поддержке со стороны правительства. В отношении других проектов в области инфраструктуры, таких как проекты по электроэнергетике, проектная компания может прибегать к созданию совместно с организацией-заказчиком или другим публичным органом договорных механизмов с целью уменьшить объем лежащих на ней 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 устаревающего объекта (см. также главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 50 и 51). 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 48 и 49).

29. Распределение рисков, которое в конечном счете будет согласовано организацией-заказчиком и проектной компанией, будет отражено в их взаимных правах и обязательствах, изложенных в проектном соглашении. Возможные законодательные последствия некоторых положений, обычно включаемых в проектные соглашения, рассматриваются в других главах *Руководства* (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и про-

ектное соглашение” и главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”). 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).

С. Правительственная поддержка

30. Изложенное в предыдущем разделе показывает, что стороны могут использовать различные договорные механизмы для распределения и уменьшения рисков, связанных с проектами. 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 осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вполне может оказаться необходимой некоторая дополнительная правительственная поддержка для повышения привлекательности частных инвестиций в осуществление проектов в области инфраструктуры в принимающей стране.

31. Правительственная поддержка может принимать различные формы. В целом любую меру, принятую правительством с целью улучшения инвестиционного климата для проектов в области инфраструктуры, можно рассматривать в качестве правительственной поддержки. С этой точки зрения наличие законодательства, позволяющего правительству выдавать подряды на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или же установление четких полномочий на проведение переговоров и принятие последующих мер в связи с проектами в области инфраструктуры (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 23–29), 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 проектной компании помощи в связи с некоторыми связанными с проектами рисками, которые выходят за пределы обычной сферы действия договорных механизмов, согласованных организацией-заказчиком и проектной компанией с целью 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

32. На практике решение о поддержке осуществления какого-либо проекта основывается на оценке правительством экономической или социальной значи-

мости 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 их 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 данная страна уже преуспела в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников в течение ряда лет.

33. По вышеуказанным причинам ряд стран придерживался 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.

34. 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 проектной компанией) представляет собой затраты для правительства и субсидию для проектной компании. Вместе с тем 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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

35. 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 внутригосударственным 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 форм.

36. 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, 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, это обстоятельство должно быть доведено до сведения всех потенциальных участников процедур в надлежащий момент в ходе процедуры отбора (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 67).

а) Публичные кредиты и кредитные гарантии

37. В некоторых случаях закон разрешает правительству предоставлять проектной компании беспроцентные кредиты или кредиты по низкой процентной ставке с целью уменьшения затрат на финансирование проекта. В зависимости от применяющихся правил отчетности некоторые беспроцентные кредиты, предоставляемые публичными учреждениями, могут быть указаны в качестве поступлений в счетах проектной компании; 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 проектным компаниям в каком-либо секторе, или же они могут ограничиваться оказанием временной помощи проектной компании 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.

38. Помимо публичных кредитов, внутригосударственное законодательство некоторых стран разрешает организации-заказчику или другому ведомству правительства принимающей страны предоставлять гарантии в отношении погашения кредитов, взятых проектной компанией. Кредитные гарантии предназначены для защиты кредиторов (и в некоторых случаях инвесторов, также предоставляющих средства на осуществление проекта) от неисполнения проектной компанией 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 проектной компании. Так, правительство в большинстве случаев может найти небольшое утешение в возможном вступлении, в порядке суброгации, в права кредиторов в отношении несостоятельной проектной компании.

39. Таким образом, помимо принятия общих мер по повышению эффективности программ правительственной поддержки (см. пункт 34), 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 проектная компания временно не в состоянии обслуживать свою задолженность из-за наступления специально оговоренных непредвиденных событий вне сферы контроля этой компании. Если правительство желает обеспечить большую степень защиты кредиторам, то такие гарантии могут охватывать и постоянную неспособность проектной компании 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 концессионера или путем привлечения какого-либо агента, назначенного для исправления положения, вызванного неисполнением проектной компанией своих обязательств (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 147–150). Таким образом,

востребование средств по правительственным гарантиям может обуславливаться предварительным исчерпанием других средств защиты, имеющихся у кредиторов в соответствии с проектным соглашением, 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 проектной компанией, не являются общей чертой проектов в области инфраструктуры, осуществляемых при помощи механизма проектного финансирования.

b) Участие в акционерном капитале

40. Еще одна форма дополнительной поддержки со стороны правительства может состоять в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проектной компании. 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 проектной компанией. 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 опытом ведения операций при наличии таких рисков.

41. 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 данный проект или в конечном счете может даже взять его осуществление на себя в случае неудачи проектной компании. Если такая подразумеваемая гарантия не является преднамеренной, то следует принять соответствующие положения, уточняющие пределы правительственного участия в проекте.

c) Субсидии

42. В некоторых странах тарифные субсидии используются для того, чтобы дополнить поступления проектной компании в случае, если фактические доходы от проекта уменьшаются ниже определенного минимального уровня. Предоставление услуг в некоторых областях, в которых проектная компания должна осуществлять свои операции, может и не быть доходным предприятием вслед-

стве незначительного спроса или больших эксплуатационных затрат, или же вследствие того, что проектная компания должна предоставлять соответствующую услугу определенному слою населения по низкой стоимости. Таким образом, в некоторых странах закон разрешает правительству брать на себя обязательства по предоставлению субсидий проектной компании, с тем чтобы обеспечить возможность оказания услуг по более низкой стоимости.

43. Субсидии, как правило, принимают форму прямых платежей проектной компании, будь то в форме единовременных платежей или платежей, конкретно рассчитанных для того, чтобы дополнять поступления проектной компании. В последнем случае правительство должно обеспечить, чтобы оно располагало адекватными механизмами для проверки точности выплаты субсидий проектной компании посредством, например, включения в проектное соглашение положений, касающихся аудита и раскрытия финансовой информации. Альтернативой прямым субсидиям может быть разрешение проектной компании перекрестно субсидировать менее прибыльные виды деятельности за счет доходов, полученных от более прибыльных операций. Этого можно достичь путем объединения в рамках одной и той же концессии как доходных, так и менее доходных видов или областей деятельности, либо путем предоставления проектной компании права коммерческой эксплуатации отдельного и более прибыльного вспомогательного объекта (см. пункты 48–60).

44. Вместе с тем важно, чтобы законодательный орган учитывал практические последствия и возможные юридические препятствия предоставлению субсидий проектной компании. 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

45. В связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, термин “суверенные гарантии” иногда используется для указания на один из двух видов гарантий, предоставляемых правительством принимающей страны. К первому виду относятся гарантии, предоставленные правительством принимающей страны для покрытия нарушения обязательств, принятых на себя организацией-заказчиком в соответствии с проектным соглашением. Ко второй категории относятся гарантии того, что правительство не будет препятствовать проектной компании в осуществлении определенных прав, предоставленных ей в соответствии с проектным соглашением 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.

и) Гарантии исполнения со стороны организации-заказчика

46. 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 61–71). Гарантии, предоставляемые правительством, могут быть полезным средством защиты проектной компании от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика или иного публичного органа, взявшего на себя конкретные обязательства по проектному соглашению. Наиболее широко распространенные ситуации, в которых используются такие гарантии, включают следующие:

а) *гарантии приобретения товаров и услуг.* В рамках этих механизмов правительство гарантирует оплату товаров и услуг, предоставляемых проектной компанией публичным субъектам. Гарантии оплаты часто используются в связи с платежными обязательствами по соглашениям о “приобретении продукции” в секторе электроэнергетики (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 50). Такие гарантии могут иметь особое значение в том случае, когда основным или единственным потребителем проектной компании является какая-либо правительственная монополия. Уверенность проектной компании и кредиторов может быть дополнительно укреплена, если такая гарантия поддержана каким-либо международным финансовым учреждением;

б) *гарантии поставок.* Гарантии поставок могут также предоставляться в целях защиты проектной компании 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 проектную компанию 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 проектная компания 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 концессиями, предоставленными 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).

47. В целом можно сказать, что весьма важно не переоценить достаточность только суверенных гарантий для защиты проектной компании 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 140–150). 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 проектному соглашению 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 проектному соглашению, которое приводит к востребованию по суверенной гарантии.

ii) Гарантии в отношении неблагоприятных действий со стороны правительства

48. В отличие от гарантий исполнения, которые защищают проектную компанию от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика, гарантии, рассматриваемые в настоящем разделе, относятся к действиям других органов принимающей страны, которые наносят ущерб правам проектной компании или иным образом существенно затрагивают осуществление проектного соглашения. Такие гарантии часто называются “гарантиями от политических рисков”.

49. Одним из видов гарантий, предусматриваемых в национальном законодательстве, являются валютные гарантии, которые обычно выполняют три функции: гарантия конвертируемости прибыли в местной валюте в иностранную валюту, гарантия наличия необходимой иностранной валюты и гарантия перевода за рубеж конвертируемых сумм. Валютные гарантии широко применяются в контексте тех финансируемых из частных источников проектов в области инфраструктуры, 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 проектной компании. Валютные гарантии, как правило, не предназначаются для защиты проектной компании и кредиторов от рисков колебаний обменного курса или вызванной рынком девальвации, которые считаются обычными коммерческими рисками. В то же время правительства иногда соглашаются оказать помощь проектной компании в случаях, когда

она не в состоянии погасить свою задолженность в иностранной валюте в результате чрезвычайно резкой девальвации национальной валюты.

50. Другой важный вид гарантий может состоять в предоставлении проектной компании и ее акционерам заверений в том, что они не подвергнутся экспроприации без надлежащей компенсации. Такая гарантия, как правило, распространяется и на конфискацию собственности, принадлежащей проектной компании в принимающей стране, и на национализацию самой проектной компании, т.е. конфискацию акционерного капитала проектной компании. 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

51. Другим способом поддержки правительством принимающей страны осуществления проектов, финансируемых из частных источников, 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. также главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 34–39).

52. 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 проектной компанией. Некоторые законы предусматривают освобождение всех сделок, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, от гербовых или аналогичных сборов. В некоторых случаях закон устанавливает определенный преференциальный налоговый режим или предусматривает, что проектная компания 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 проектной компанией, в особенности иностранным подрядчикам.

53. Другими мерами в области налогообложения, которые иногда используются для содействия осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 проектной компании 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 проектной компанией 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.

54. Помимо предоставления налоговых льгот или освобождения от налогообложения, национальное законодательство иногда предусматривает облегченный порядок импорта оборудования для использования проектной компанией 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 инфраструктуры. В том случае, когда проектная компания желает передать или продать ввезенное оборудование на внутреннем рынке, ей, 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

55. 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 проектной компанией прямо или через другого концессионера. Заверения такого рода служат в качестве гарантии того, что исключительные права, которые могут быть предоставлены концессионеру (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 20–22), не будут аннулированы в период осуществления проекта. Защита от конкуренции может рассматриваться проектной компанией 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 проектной компанией.

В некоторых случаях законодательство устанавливает обязательство правительства не изменять условия таких исключительных прав в ущерб проектной компании без ее согласия.

56. 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, 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. В то же время, однако, если организация-заказчик принимает решение улучшить или модернизировать альтернативную дорогу, то дорожное движение может быть отвлечено от платной дороги, построенной проектной компанией, 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 24–29). Однако последствием принятия такой меры может быть существенное уменьшение доходов, на которые рассчитывала проектная компания.

57. В целом, возможно, было бы полезно уполномочить правительство предоставлять в соответствующих случаях заверения в том, что исключительным правам проектной компании не будет нанесено ненадлежащего ущерба в результате последующих изменений правительственной политики без соответствующей 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 созданию параллельной инфраструктуры. Возможные последствия таких будущих изменений для проектной компании должны быть предусмотрены сторонами в договорных положениях, касающихся изменений обстоятельств (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 121–130). Особенно целесообразно предоставить организации-заказчику необходимые полномочия на проведение переговоров с проектной компанией по вопросу о компенсации, которая может причитаться в связи с убытками или ущербом, которые могут возникнуть в результате осуществления конкурирующего проекта в области инфраструктуры, впоследствии начатого организацией-заказчиком, или в результате любой аналогичной меры правительства, которая наносит ущерб исключительным правам проектной компании.

г) Вспомогательные источники поступлений

58. Одна из дополнительных форм поддержки осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может заключаться в разрешении проектной компании диверсифицировать свои инвестиции посредством выдачи ей дополнительных концессий на предоставление вспомогательных услуг или осуществление других видов деятельности. В некоторых случаях альтернативные источники поступлений могут также использоваться в качестве субсидии, предоставляемой проектной компании с целью 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 в качестве стимула для осуществления нового проекта по строительству платного моста. Вместе с тем не следует переоценивать относительную значимость вспомогательных источников поступлений.

59. С тем чтобы позволить проектной компании осуществлять вспомогательную деятельность, правительству, возможно, необходимо получить законодательную санкцию на предоставление проектной компании права использовать собственность, принадлежащую организации-заказчику, для целей такой деятельности (например, земельного участка, прилегающего 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 проектная компания предприняла существенное расширение объектов, используемых для такой вспомогательной деятельности.

60. 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 проектной компании заключать договоры в отношении эксплуатации вспомогательных объектов (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 100 и 101).

D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями

61. 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 проектную компанию от некоторых политических рисков, однако при определенных обстоятельствах они могут также охватывать нарушение проектного соглашения, например, когда проектная компания не исполняет обязательств в отношении своих кредитов в результате нарушения какого-либо обязательства организацией-заказчиком.

1. Гарантии, предоставляемые многосторонними кредитными учреждениями

62. 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.

63. 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

64. 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 регуляционной основы, включая ценовые формулы; отказ обеспечивать вводимые ресурсы, такие как топливо, поставляемое какой-либо частной электроэнергетической компанией; 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 постановлениях, касающихся валютного контроля.

65. Когда многосторонние кредитные учреждения участвуют в финансировании какого-либо проекта, они иногда оказывают поддержку в форме отказа от права обращения взыскания на проектную компанию, 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 проектной компании, может согласиться с тем, что оно не будет прибегать к принудительному востребованию по такой гарантии, если причина незавершения строительства обуславливалась политическим риском.

b) Частичные кредитные гарантии

66. 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

67. Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям (МИГА) 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. МИГА осуществляет страхование от следующих рисков: ограничения на переводы иностранной валюты, экспроприация, нарушение договора, военные действия и гражданские беспорядки.

a) Ограничения на перевод валюты

68. Цель гарантий перевода иностранной валюты, предоставляемых МИГА, является аналогичной цели суверенных валютных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством принимающей страны (см. пункт 49). 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 МИГА выплачивает компенсацию в валюте, предусмотренной его гарантийным договором.

b) Экспроприация

69. 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 имущественные права в них. Помимо прямой национализации и конфискации, покрывается также “ползучая” экспроприация, т.е. ряд действий, которые с течением времени приводят к фактической экспроприации. Покрытие 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 МИГА выплачивает чистую балансовую стоимость застрахованных инвестиций. В случае экспроприации средств МИГА 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).

e) Нарушение договора

70. 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 функционирует вследствие действий, предпринятых правительством принимающей страны, то МИГА выплачивает компенсацию.

d) Военные действия и гражданские беспорядки

71. 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 МИГА 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 МИГА 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 МИГА выплачивает балансовую стоимость всех застрахованных инвестиций в форме акционерного капитала.

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

72. Страхование покрытия 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 с целью 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.

73. 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 возвращения 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;

б) *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 какой-либо проектной компании, созданной за рубежом, от застрахованных рисков, но не саму проектную компанию. 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.

74. Условия, на которых агентства по кредитованию экспорта 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. Выбор концессионера

А. Общие замечания

1. В настоящей главе рассматриваются методы и процедуры, которые рекомендуется использовать при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. В соответствии с рекомендациями таких международных организаций, как ЮНИДО¹ и Всемирный банк², в *Руководстве* предпочтение отдается процедурам конкурентного отбора, хотя и признается, что с учетом юридических традиций соответствующей страны могут использоваться также и прямые переговоры (см. также пункты 85–88).

2. Процедуры отбора, рекомендуемые в настоящей главе, содержат некоторые элементы основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (“Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках”)³. С учетом особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, таких как ярко выраженный этап предварительного отбора, был включен ряд изменений. В случае необходимости в настоящей главе дается ссылка на положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках, которые могут *mutatis mutandis* дополнять описываемую процедуру отбора.

1. Процедуры отбора, рассматриваемые в Руководстве

3. Частные инвестиции в инфраструктуру могут осуществляться в различных формах, каждая из которых требует применения специальных методов выбора концессионера. Для целей рассмотрения возможных методов отбора в отношении проектов в области инфраструктуры, которым посвящено настоящее *Руководство*, можно выделить три основные формы частных инвестиций в инфраструктуру:

а) *приобретение предприятий общественного пользования*. Частный капитал может быть инвестирован в публичную инфраструктуру путем приобретения физических активов или акций предприятий общественного пользования. Такие сделки обычно осуществляются в соответствии с правилами, регулируемыми процедурами заключения договоров на реализацию государственной собственности. Во многих странах для продажи акций предприятий общественно-

¹ UNIDO BOT Guidelines, p. 96.

² International Bank for Reconstruction and Development, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, Washington, D.C., 1996, para. 3.13(a).

³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг и прилагаемое к нему Руководство по принятию были приняты Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли на ее двадцать седьмой сессии, проходившей в Нью-Йорке 31 мая – 17 июня 1994 года.

го пользования требуется предварительное разрешение в законодательном порядке. Методы реализации часто включают предложение акций на рынке ценных бумаг или проведение конкурентных процедур, например аукционов или приглашений принять участие в торгах, в результате чего имущество передается стороне, обладающей необходимыми квалификационными данными и предложившей наиболее высокую цену;

b) *предоставление общедоступных услуг без развития инфраструктуры*. В рамках других категорий проектов все необходимое оборудование принадлежит поставщикам услуг и эксплуатируется ими, и в некоторых случаях они конкурируют с другими поставщиками на рынке соответствующих услуг. В некоторых национальных законах предусмотрены специальные процедуры, в соответствии с которыми государство может разрешить частному предприятию предоставлять общедоступные услуги на основании исключительной или неисключительной “лицензии”. Лицензии могут предлагаться в рамках публичных процедур заинтересованным сторонам, которые удовлетворяют квалификационным требованиям, определенным в законе или установленным лицензионным органом. В некоторых случаях лицензионные процедуры предусматривают проведение публичных аукционов для заинтересованных сторон, обладающих необходимыми квалификационными данными;

c) *сооружение и эксплуатация публичной инфраструктуры*. В рамках проектов по сооружению и эксплуатации публичной инфраструктуры частные предприятия привлекаются как для осуществления работ, так и для предоставления услуг населению. Процедуры, регулирующие процесс заключения таких договоров, в некоторых отношениях аналогичны процедурам, которые применяются при публичных закупках работ и услуг. Национальные законы предусматривают возможность применения самых разнообразных методов для публичных закупок, от регламентированных конкурентных методов, таких, как процедуры торгов, до менее регламентированных переговоров с потенциальными поставщиками.

4. В настоящей главе главным образом рассматриваются процедуры отбора, которые подходят для применения в отношении проектов в области инфраструктуры, связанных с обязательством выбранного частного предприятия обеспечить сооружение, ремонт или расширение соответствующей инфраструктуры в целях ее последующей эксплуатации на частной основе (т.е. проектов, упомянутых в пункте 3(с)). Другие методы отбора поставщиков общедоступных услуг с помощью лицензирования или аналогичных процедур или просто методы реализации государственной собственности с помощью увеличения капитала или предложений акций специально не рассматриваются.

2. Общие цели процедур отбора

5. Для заключения договоров на проекты в области инфраструктуры организация-заказчик может либо применить методы и процедуры, которые уже предусмотрены в законах принимающей страны, либо разработать процедуры, специально предназначенные для этой цели. В любом случае важно обеспечить, чтобы такие процедуры в целом способствовали достижению основополагающих целей правил, определяющих порядок выдачи публичных подрядов. Эти цели кратко рассматриваются ниже.

а) Экономия и эффективность

6. В связи с проектами в области инфраструктуры понятие “экономии” означает выбор такого концессионера, который способен выполнить работы и обеспечить услуги желаемого качества по наиболее выгодной цене или предложение которого является наиболее выгодным с коммерческой точки зрения. В большинстве случаев экономия лучше всего достигается с помощью процедур, которые содействуют конкуренции между их участниками. Наличие конкуренции побуждает участников процедур предлагать свои наиболее выгодные условия, а также может содействовать применению 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 отбора участвовало большое число компаний. Прежде всего это относится к крупным проектам, когда у организации-заказчика могут иметься причины для ограничения числа участников процедур до приемлемого уровня (см. пункт 20). При условии наличия надлежащих процедур организация-заказчик может реализовать преимущества конкуренции даже в том случае, если конкурентная база является ограниченной.

8. Достижению экономии может часто способствовать участие в процедурах отбора иностранных компаний. Участие иностранных компаний не только содействует расширению конкурентной базы, но может способствовать также тому, что организация-заказчик или ее страна смогут приобрести технологии, которых не имеется на местном рынке. Участие иностранных компаний в процедурах отбора 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 “эффективности” означает выбор концессионера 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 отбора (например, в результате задержек или 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 отбора.

б) Обеспечение объективности процесса отбора и доверия к нему

10. Другой важной целью правил, регулирующих отбор концессионера, 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, сократить или ограничить вероятность непреднамеренных или преднамеренных злоупотреблений в процессе отбора 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 отбора 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 отбора до тех пор, пока они не будут уверены в том, что к ним будет проявляться беспристрастное отношение и что вероятность принятия их предложений или оферт является вполне реальной. Те, кто участвует в процедурах отбора, к которым они не испытывают такого доверия, будут, по всей вероятности, стремиться увеличить стоимость проекта для покрытия высоких рисков и расходов на участие. Меры, обеспечивающие проведение процедур отбора 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 общая эффективная система санкций. В их число могут входить санкции уголовного характера, установленные применительно к противоправным действиям должностных лиц, проводящих процесс отбора, а также участников процедур. Необходимо также принять меры к недопущению коллизии интересов, предусмотрев, например, требование о том, что должностные лица организации-заказчика, их супруги, родственники и иные связанные с ними лица должны воздерживаться от участия в заемном или акционерном капитале компании, участвующей в процессе отбора, или что они не должны принимать предложения о выполнении функций директора или сотрудника такой компании. Кроме того, в законодательстве, регулирующем процедуры отбора, 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 оказания воздействия в связи с процедурами отбора на совершение какого-либо действия, принятие решения или применение какой-либо процедуры организацией-заказчиком. Эти положения могут быть дополнены другими мерами, такими, как требование о том, чтобы все компании, приглашенные к участию в процессе отбора, принимали на себя обязательство не пытаться оказывать ненадлежащего воздействия на решения государственных должностных лиц, участвующих в процессе отбора, и не препятствовать каким-либо иным образом конкуренции путем сговора или 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 представление гарантий в том, что ни одному должностному лицу закупающей организации участником торгов не было и не будет предоставляться каких-либо прямых или косвенных льгот, вытекающих из контракта 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 защи-

щенной правами собственности информации, которую они представляют в ходе процедур отбора. Такие положения должны предусматривать достаточные гарантии того, что организация-заказчик будет рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур; 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 отбор концессионера, будет способствовать достижению ряда упомянутых выше программных целей. Прозрачными являются такие законы, в которых правила и процедуры, подлежащие соблюдению организацией-заказчиком и 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 соответствующие решения.

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 отбора (см. пункты 120–126). 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 отбора, 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.

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 отбора (см. пункты 127–131).

3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников

17. Как правило, экономия в процессе выдачи публичных подрядов может быть лучше всего достигнута с помощью применения методов, которые способствуют развитию конкуренции среди участников процедур в рамках четко регламентированных формальных процедур. Для осуществления закупок товаров (работ) в обычных обстоятельствах национальные законы, как правило, предусматривают применение таких процедур конкурентного отбора, как торги.

18. Формальные процедуры, а также объективность и предсказуемость, характерные для процедур конкурентного отбора, как правило, создают оптимальные условия для обеспечения конкуренции, прозрачности и эффективности. Так, использование процедур конкурентного отбора для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендовано ЮНИДО, которая сформулировала подробное практическое руководство о том, каким образом следует организовывать такие процедуры¹. Правила в отношении закупок по кредитам, предоставляемым Всемирным банком, также рекомендуют использовать процедуры конкурентного отбора и предусматривают, что концессионер, отобранный в соответствии с процедурами торгов, приемлемыми для Всемирного банка, обычно имеет право применять свои собственные процедуры для выдачи подрядов, необходимых для осуществления проекта. В то же время, если концессионер не был выбран в соответствии с такими конкурентными процедурами, выдача субподрядов должна осуществляться в соответствии с конкурентными процедурами, приемлемыми для Всемирного банка².

19. Следует, тем не менее, отметить, что до последнего времени не было разработано какого-либо международного типового законодательства, специально предназначенного для регламентирования процедур конкурентного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников. С другой стороны, положения национального законодательства, касающиеся конкурентных процедур для закупок товаров (работ) или услуг, могут оказаться не полностью приемлемыми для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Так, международный опыт в деле выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, показал, что традиционным формам процедур конкурентного отбора, например проведению торгов, присущи определенные ограничения. С учетом особых вопросов, которые возникают в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, и которые кратко рассматриваются ниже, правительствам целесообразно рассмотреть вопрос об адаптации таких процедур для выбора концессионера.

a) Круг потенциальных участников процедур

20. Выдача подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, 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 процедурах закупок по дорогостоящим проектам, если круг потенциальных конкурентов излишне широк и если существует опасность того, что они вынуждены будут конкурировать с нереалистичными предложениями или предложениями, представленными неквалифицированными участниками. Поэтому для выдачи подряда на проекты в области инфраструктуры обычно не рекомендуется проводить открытые торги без этапа предварительного отбора.

b) Определение требований к проекту

21. При традиционных публичных закупках строительных работ правительство, как правило, выступает в роли распорядителя или нанимателя, а выбран-

ный 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, которую планируется соорудить, а также за обеспечение возможностей для эффективной эксплуатации такой инфраструктуры.

22. В то же время для многих проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предусматривать иное распределение ответственности между публичным и частным секторами. В подобных случаях после определения потребностей в какой-либо области инфраструктуры 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 представления 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 отбора, 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.

с) Критерии оценки

23. 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 закупающей 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.

24. В свою очередь проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, должны быть автономными в финансовом

отношении, т.е. расходы на сооружение и эксплуатацию должны покрываться за счет собственных доходов проекта. Поэтому помимо затрат на строительство и эксплуатацию, а также цены, которую должны будут оплачивать пользователи, потребуется принять во внимание целый ряд других факторов. Так, например, организации-заказчику необходимо будет тщательно рассмотреть вопрос о финансовой и коммерческой осуществимости проекта, обоснованности механизмов финансирования, предлагаемых участниками процедур, а также надежности используемых технических решений. 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, как правило, весьма длительные сроки концессий на инфраструктуру, организации-заказчику необходимо будет удостовериться в надежности и приемлемости механизмов, предлагаемых для этапа эксплуатации, а также тщательно оценить элементы предложений, касающиеся услуг (см. пункт 74).

d) Переговоры с участниками процедур

25. Законы и правила, регулирующие процедуры торгов, часто запрещают проведение переговоров между организацией-заказчиком и подрядчиками относительно представленных ими предложений. Причина этого строгого запрета, который устанавливается также в статье 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ о 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. Вследствие 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.

26. В случае выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, существует иная ситуация. С учетом сложности таких проектов и продолжительности их осуществления представляется маловероятным, что организации-заказчику и отобранному участнику процедур удастся согласовать условия проекта проектного соглашения без переговоров и корректировок, позволяющих привести такие условия в соответствие с конкретными нуждами проекта. Это особенно верно в случае проектов, связанных с созданием новой инфраструктуры, когда заключительные переговоры по финансовым и обеспечительным механизмам проводятся только после выбора концессионера. В то же время важно обеспечить, чтобы процедуры таких перегово-

ров были прозрачными и чтобы в их результате не изменялись базовые аспекты, на основании которых проводились конкурентные процедуры (см. пункты 83 и 84).

4. Подготовка к процедурам отбора

27. Выдача подряда на проект в области инфраструктуры, финансируемый из частных источников, в большинстве случаев оказывается сложным мероприятием, требующим тщательного планирования и координации усилий всех участвующих департаментов. Благодаря обеспечению надлежащей административной и кадровой поддержки для осуществления соответствующих процедур отбора правительство играет принципиально важную роль в содействии обеспечению доверия к процессу отбора.

а) Назначение комитета, принимающего решения о выдаче подряда

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

29. Другая важная подготовительная мера заключается в назначении независимых консультантов, которые будут оказывать помощь организации-заказчику в процедурах отбора. На этом первоначальном этапе организации-заказчику, возможно, потребуются 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 предоставлена участникам процедур. Может также возникнуть необходимость в консультативных услугах для оказания помощи организации-заказчику в оценке предложений, а также в составлении проекта проектного соглашения и в проведении переговоров по нему. Консультанты могут оказать особую помощь в решении самых разнообразных технических вопросов, по которым в правительственном аппарате принимающей страны может и не иметься 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 финансовых рекомендаций (например, по финансовым прогнозам, анализу источников финансирования, оценке надлежащего соотношения между заемным и акционерным капиталом и оформлению документов, содержащих финансовую информацию).

б) Техно-экономические обоснования и другие исследования

30. Как уже отмечалось (см. главу I, “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункт 25), одним из первых шагов, которые должны быть пред-

приняты правительством в связи с предлагаемым проектом в области инфраструктуры, является проведение предварительной оценки его осуществимости, включая анализ таких экономических и финансовых аспектов, как ожидаемые экономические выгоды проекта, сметная стоимость и потенциальные доходы, которые, как предполагается, можно будет получать в результате эксплуатации объекта инфраструктуры. Вариант создания объекта инфраструктуры в качестве проекта, финансируемого из частных источников, требует наличия позитивного заключения относительно осуществимости и финансовой жизнеспособности проекта. В рамках технико-экономического обоснования проекта организация-заказчик также, как правило, должна будет проводить оценку его экологического воздействия. В ряде стран было сочтено целесообразным привлечь определенные общественные организации к предварительной оценке экологического воздействия проекта и различных вариантов сведения такого воздействия к минимуму.

31. До начала процедур, в результате которых производится отбор будущего концессионера, организации-заказчику рекомендуется проанализировать и при необходимости 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.

с) Подготовка документации

32. Процедуры отбора для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, предполагают подготовку обширной документации, включая проектный план, документацию для предварительного отбора, запрос предложений, инструкции в отношении подготовки предложений и проект проектного соглашения. Качество и ясность документов, распространяемых организацией-заказчиком, играет существенную роль в обеспечении эффективности и прозрачности процедуры отбора.

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. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик, возможно, пожелает ограничить количество участников процедур, от которых впоследствии будут запрашиваться предложения, только теми участниками, которые удовлетворяют определенным квалификационным критериям. При традиционных правительственных закупках процедуры предварительного отбора могут состоять в проверке удовлетворения определенным формальным требованиям, например, может потребоваться представление надлежащих доказательств технических возможностей или предыдущего опыта участия в соответствующей категории закупок, причем все участники торгов, удовлетворяющие критериям предварительного отбора, автоматически допускаются к этапу торгов. Процедуры предварительного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, могут, в свою очередь, включать элементы оценки и отбора. Например, могут иметь место случаи, когда организация-заказчик составляет список прошедших предварительный отбор участников процедур в соответствии с полученными ими оценками (см. пункт 48).

1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора

35. 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 публиковаться приглашения к предварительному отбору. С целью содействия участию иностранных компаний, а также обеспечения максимальной конкуренции организация-заказчик, возможно, пожелает публиковать приглашения к предварительному отбору также и на одном из языков, обычно используемых в международной торговле, в газете, имеющей широкое международное распространение, или в соответствующем специализированном издании, или техническом или профессиональном журнале, имеющем широкое международное распространение. Одним из таких изданий может быть “Development Business” – публикация Департамента общественной информации Секретариата Организации Объединенных Наций.

36. Документация для предварительного отбора должна содержать достаточную информацию, которая позволит участникам процедур установить, соот-

ветствуют 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 концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает 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.

37. 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 закупки⁴.

2. Критерии предварительного отбора

38. Как правило, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они обладают необходимыми профессиональными и техническими 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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). Квалификационные требования должны охватывать все этапы осуществления проекта в области инфраструктуры, включая, если это необходимо, финансовое управление, ин-

⁴ Например, инструкции для подготовки и представления заявок на предварительный отбор; любые документальные доказательства или другая информация, которые должны быть представлены участниками процедур для демонстрации их квалификационных данных; способ, место и окончательный срок для представления заявок (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статья 7, пункт 3).

женерно-технические вопросы, строительство, эксплуатацию и обслуживание. Помимо этого, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они отвечают таким другим квалификационным критериям, которые обычно применяются согласно общим законам принимающей страны в области закупок⁵.

39. Один из важных аспектов, который должен быть рассмотрен организацией-заказчиком, касается взаимосвязи между выдачей подряда на соответствующий конкретный проект и политикой, проводимой правительством в отношении соответствующего сектора (см. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 21–46). Если ставится цель содействия развитию конкуренции, правительство может быть заинтересовано в том, чтобы на соответствующем рынке или в соответствующем секторе не господствовало какое-либо одно предприятие (например, чтобы количество местных телефонных компаний, действующих на какой-либо конкретной территории и контролируемых одной и той же компанией, не превышало определенного предельного числа). Для проведения такой политики и недопущения господства на рынке тех участников процедур, которым, возможно, уже была выдана концессия в соответствующем секторе экономики, организация-заказчик может пожелать включить в документацию для предварительного отбора положения о новых концессиях, ограничивающие участие таких участников процедур или препятствующие выдаче им новых подрядов. В целях обеспечения прозрачности целесообразно предусмотреть в законодательстве, что в тех случаях, если организация-заказчик резервирует за собой право отклонить предложение на этих или иных аналогичных основаниях, в приглашение к участию в предварительном отборе должна быть включена надлежащая информация о таких обстоятельствах.

40. 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 и технических 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.

⁵ Например, что они правомочны заключать проектное соглашение; что они не являются неплатежеспособными, их имущество не находится под судебным контролем, 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 выполнили свои обязательства по уплате налогов и взносов по социальному обеспечению в соответствующем государстве; что они сами или их управляющие или служащие не были осуждены за какое-либо уголовное преступление, связанное с их профессиональной деятельностью или предоставлением ложных заявлений или неверных квалификационных данных с целью заключения договора о закупках в течение определенного срока, предшествующего началу процедур предварительного отбора, или не были иным образом дисквалифицированы на основании административных мер по приостановлению или запрещению деятельности (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупке, статья 6, пункт 1(b)).

3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов

41. С учетом значительных масштабов большинства проектов в области инфраструктуры заинтересованные компании, как правило, участвуют в процедурах отбора 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 солидарные обязательства по проектному соглашению от имени консорциума. В качестве альтернативы организация-заказчик может зарезервировать за собой право потребовать на более позднем этапе, чтобы члены выбранного консорциума создали независимое юридическое лицо для реализации проекта (см. также главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 12–18).

42. 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 отбора. 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.

4. Предварительный отбор и национальные предпочтения

43. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность предоставления определенного преференциального режима для национальных предприятий 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 отбора (например, назначение местного партнера в качестве лидера консорциума, участвующего в процедурах).

44. Предоставление национальных преференций связано с целым рядом проблем. Во-первых, использование таких преференций не допускается руководящими принципами некоторых международных финансовых учреждений и мо-

жет не соответствовать международным обязательствам, принятым на себя многими государствами в силу соглашений о региональной экономической интеграции или облегчении 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 4(d) статьи 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о 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. 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 отбора

45. Цена, взимаемая за документацию для предварительного отбора, должна отражать только расходы на печатание документации для предварительного отбора и ее предоставление участникам процедур. Она не должна использоваться в качестве дополнительного средства ограничения числа участников процедур. Эта практика не только является неэффективной, но и приводит к дальнейшему повышению изначально высокой стоимости участия в процедурах отбора. Значительные затраты на подготовку предложений по проектам в области инфраструктуры и относительно высокие риски, связанные с тем, что процедура отбора может не привести к заключению договора, могут послужить сдерживающим фактором для некоторых компаний при принятии решения об участии в консорциуме для представления предложения, особенно в том случае, когда они не знакомы с процедурами отбора, которые применяются в принимающей стране.

46. Поэтому в некоторых странах организации-заказчику разрешено рассматривать возможность создания механизмов для компенсации расходов участников процедур, прошедших предварительный 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 предусматриваются, рекомендуется заблаговременно уведомлять участников процедур, желательно в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора.

6. Процедуры предварительного отбора

47. 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, с тем 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.

48. В некоторых странах в практических руководствах по процедурам отбора 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 и финансовым критериям 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, запрещают использование процедур предварительного отбора для ограничения круга 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.

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 ходе процесса отбора. С точки зрения организации-заказчика, как правило, целесообразно проявлять сдержанность в отношении предлагаемых замен отдельных членов участвующих в процессах 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 может поставить под сомнение объективность процедур отбора. Как правило, участвовать в процедурах на этапе окончательного отбора следует раз-

решать только тем участникам, которые прошли предварительный отбор, если только организация-заказчик не удостоверится в том, что новый член консорциума удовлетворяет критериям предварительного отбора по существу в такой же степени, как и выбывающий член этого консорциума.

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 отбора, 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. Описываемые процедуры по ряду аспектов аналогичны процедурам привлечения предложений, которые являются предпочтительным методом закупки услуг, как он предусматривается в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках, с некоторыми коррективами, которые необходимы для учета потребностей организаций-заказчиков, выдающих подряды на проекты в области инфраструктуры.

1. Этапы процедуры

52. После предварительного отбора участников процедур организации-заказчику рекомендуется проанализировать первоначальное технико-экономическое обоснование и формулировку требований к отдаче и эксплуатационным характеристикам, а также рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в пересмотре таких требований в свете информации, полученной в ходе процедур предварительного отбора. На этом этапе организации-заказчику уже следует определить, будет ли для запроса предложений использоваться одно- или двухэтапная процедура.

а) Одноэтапная процедура

53. Выбор между одно- или двухэтапной процедурой запроса предложений будет зависеть от характера контракта, от того, насколько точно могут быть определены технические требования, и от того, используются ли для отбора концессионера показатели эффективности отдачи проекта (или эксплуатационные показатели). Если будет сочтено, что разработка эксплуатационных показателей или проектных спецификаций с необходимой степенью точности или окончательности является практически возможной и желательной для организации-заказчика, то процесс отбора 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 59–72).

б) Двухэтапная процедура

54. В то же время имеются случаи, когда организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать свои потребности с помощью проектных специ-

фикаций 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). В подобных случаях с точки зрения получения наиболее выгодного 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. С этой целью организация-заказчик, возможно, пожелает разделить процесс отбора на два этапа с тем, чтобы создать определенные возможности для гибкости при проведении обсуждений с участниками процедур.

55. В тех случаях, когда процедура отбора разделяется на два этапа, 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 области инфраструктуры 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.

56. В той степени, в которой условия договорного оформления проекта уже известны организации-заказчику, они должны включаться в запрос предложений, возможно, в форме проекта проектного соглашения. 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. 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 контракту после принятия решения о выдаче подряда. 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 контракта 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. 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 при необходимости пересмотреть первоначальные спецификации проекта. При формулировании таких пересмотренных спецификаций организации-заказчику должно быть разрешено исключать или изменять любой аспект технических или качественных характеристик проекта, которые первоначально были указаны в запросе предложений, а также любой первоначально указанный в такой документации критерий для оценки и сопоставления предложений. 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 отбора без утраты права на любое обеспечение, предоставление которого могло быть от них потребовано.

2. Содержание окончательного запроса предложений

59. На заключительном этапе организации-заказчику следует предложить участникам процедур представить окончательные предложения в отношении пересмотренных 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.

а) Общая информация для участников процедур

60. 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 (работ) и услуг⁶. Особенно важным является представление информации о критериях, которые будут использоваться организацией-заказчиком при определении выигравшего предложения, и об относительном значении таких критериев (см. пункты 73–77).

⁶ Например, инструкции по подготовке и представлению предложений, в том числе относительно способа, места и окончательного срока представления предложений и срока, в течение которого предложения должны иметь силу, а также любые требования относительно обеспечения тендерных заявок; способы, с помощью которых участники процедур могут запрашивать разъяснения в связи с запросом предложений, и заявление о намерении закупающей организации на этом этапе провести встречу с участниками процедур; место, дата и время вскрытия предложений и процедуры, используемые для вскрытия и рассмотрения предложений; и способ, на основании которого будут оценены предложения (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статьи 27 и 38).

i) Информация о технико-экономических обоснованиях

61. В общую информацию, предоставляемую участникам процедур, рекомендуется включать инструкции по подготовке технико-экономических обоснований, которые им, возможно, потребуется представить вместе с их окончательными предложениями. В таких технико-экономических обоснованиях охватываются, например, следующие аспекты:

a) *коммерческая рентабельность*. Особенно в отношении проектов, финансируемых на безоборотной 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);

b) *инженерно-конструкторские решения и оперативная осуществимость*. Участникам процедур следует предложить 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 завершённого объекта;

c) *финансовая жизнеспособность*. Следует предложить участникам процедур 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 проектного соглашения, необходимо предусмотреть требование о том, чтобы участники процедур представили достаточные доказательства в отношении 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 концессионером, а также потенциальные возможности их последующего повышения;

d) *экологическое воздействие*. 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

62. Рекомендуется указать в запросе предложений любые требования организации-заказчика в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и дру-

гих основных условий любого тендерного обеспечения, которое должно быть предоставлено участниками процедур для компенсации тех потерь, которые могут возникнуть в результате отзыва предложений или неспособности отобранного участника процедур заключить проектное соглашение. 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: отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или до истечения окончательного срока, если это предусмотрено в запросе предложений; неспособность соблюсти финансовые параметры; неподписание проектного соглашения, если организация-заказчик требует такого подписания; а также непредставление требуемого обеспечения исполнения проектного соглашения после того, как предложение было принято, или невыполнение любого другого указанного в запросе предложений условия до подписания проектного соглашения. Необходимо предусмотреть гарантии для обеспечения того, чтобы требование о предоставлении тендерного обеспечения выдвигалось только на справедливой основе и для соответствующих целей⁷.

iii) Квалификация участников процедур

63. В тех случаях, когда предварительного отбора участников процедур до запроса предложений не проводилось и когда организация-заказчик резервирует за собой право потребовать от участников процедур вновь подтвердить квалификационные данные, в запросе предложений должна быть изложена информация, которую требуется представить участникам процедур в подтверждение их квалификационных данных (см. пункты 38–40).

б) Проектные спецификации и эксплуатационные показатели

64. Уровень подробности составления спецификаций, а также надлежащая сбалансированность между элементами вводимых ресурсов и показателями отдачи будут зависеть от рассмотрения таких вопросов, как вид инфраструктуры и ответственность на нее и распределение ответственности между публичным и частным секторами (см. пункты 21 и 22). В целом организации-заказчику рекомендуется учитывать долгосрочные потребности проекта и формулировать спецификации таким образом, который позволит ей получить достаточную информацию для выбора участника процедур, предложившего предоставление наиболее высококачественных услуг на наилучших экономических условиях. Организация-заказчик может счесть полезным сформулировать проектные специфика-

⁷ В статье 32 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках предусмотрены определенные важные гарантии, включая, в частности, требование о том, что организация-заказчик не должна требовать выплаты суммы тендерного обеспечения и должна незамедлительно возратить или обеспечить возвращение документа о тендерном обеспечении после одного из следующих событий в зависимости от того, какое из них происходит раньше: а) истечение срока действия тендерного обеспечения; б) вступление в силу проектного соглашения и предоставление обеспечения в отношении исполнения договора, если такое обеспечение требуется в запросе предложений; в) прекращение процесса отбора без вступления в силу проектного соглашения или д) отзыв предложения до истечения окончательного срока представления предложений, если в запросе предложений не предусмотрено, что такой отзыв не допускается.

ции 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 представления планов, указывающих месторасположение и размеры отдельных сооружений, как это обычно делается при традиционных закупках строительных услуг. 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 осуществлены, и услуг, которые должны быть предоставлены, включая технические спецификации, планы, чертежи и эскизы; график для выполнения работ и предоставления услуг; и технические требования к эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта;

б) *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 в качестве не отвечающих формальным требованиям;

в) *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 концессионером, на условиях, установленных в проектном соглашении (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 82–93).

65. 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:

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

б) 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);

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

d) описание качества услуг.

66. 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 выдачей концессии на распределение электроэнергии в каком-либо регионе в число этих показателей могут включаться такие минимальные технические стандарты, как а) оговоренная флуктуация напряжения (и частоты) на уровне потребления; б) продолжительность отключений (выраженная в часах за год); в) частотность отключений (выраженная в количестве за год); г) потери; д) количество дней для подключения нового клиента; и е) коммерческие стандарты для отношений с клиентами (например, количество дней для оплаты счетов, для повторного подключения объектов, для ответа на жалобы клиентов).

с) Договорные условия

67. Рекомендуются, чтобы в тендерную документацию были включены определенные указания на то, каким образом организация-заказчик предполагает распределить связанные с проектом риски (см. также главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка” и главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”). Этот момент является важным для того, чтобы установить условия для обсуждения на переговорах по определенным подробным положениям проектного соглашения (см. пункты 83 и 84). Если вопрос о распределении рисков будет оставлен полностью открытым, то участники процедур могут попытаться свести к минимуму принимаемые на себя риски, что может нанести ущерб цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта. Кроме того, в запрос предложений должна включаться информация об основных элементах договорных механизмов, предусматриваемых организацией-заказчиком, например, следующая:

а) продолжительность концессии или предложение участникам процедур представить свои собственные предложения относительно продолжительности концессии;

б) формулы и индексы для использования при корректировке цен;

в) правительственная поддержка и инвестиционные стимулы, если таковые предоставляются;

г) гарантийные требования;

д) требования регулирующих учреждений, если таковые имеются;

е) валютно-финансовые нормы и правила, регулирующие переводы в иностранной валюте;

ж) механизмы долевого распределения поступлений, если таковые предусматриваются;

h) указание, если это уместно, категорий активов, которые концессионеру потребуется передать организации-заказчику или предоставить в распоряжение последующему концессионеру по истечении срока проекта;

i) в тех случаях, когда выбирается новый концессионер для эксплуатации уже созданной инфраструктуры, – описание активов и имущества, которые будут предоставлены в распоряжение концессионера;

j) возможные альтернативные, дополнительные или вспомогательные источники поступлений (например, концессии на эксплуатацию уже созданной инфраструктуры), если таковые имеются, которые могут быть предложены победителю процедур.

68. Участникам процедур следует дать инструкции о предоставлении информации, необходимой организации-заказчику для оценки финансовых и коммерческих элементов предложений и их соответствия предлагаемым договорным условиям. Финансовые предложения обычно должны включать следующую информацию:

a) применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, в финансовых предложениях следует указывать предлагаемую ценовую структуру. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком или другим публичным органом в порядке амортизации инвестиций концессионера, в финансовом предложении следует указывать предлагаемые амортизационные платежи и период погашения;

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 время этапа строительства и эксплуатации, включая непредвиденные события, страхование, инвестиции в акционерный капитал и другие гарантии в отношении этих рисков.

69. С тем чтобы четко установить границы переговоров, которые будут проведены после оценки предложений (см. пункты 83 и 84), в окончательном запросе предложений следует указать те условия проектного соглашения, которые не могут считаться предметом переговоров.

70. 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 по-

вторное открытие обсуждения коммерческих условий на этапе заключительных переговоров. В ряде стран от участников процедур требуется, чтобы они парафировали и возвратили организации-заказчику проект проектного соглашения 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

71. 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, будь то в ответ на запрос о разъяснении со стороны какого-либо участника процедур – изменять запрос предложений путем изданий 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.

72. 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 ответы на эти запросы без указания, от кого поступили эти запросы, и направить экземпляры протокола участникам процедур.

4. Критерии оценки

73. Комитет, принимающий решение о выдаче подряда, должен провести оценку технических и финансовых элементов каждого предложения в соответствии с заранее указанными системами оценки технических критериев и изложить в письменной форме причины поставленной оценки. В целом организации-заказчику важно обеспечить достижение надлежащего баланса между критериями оценки в отношении инвестиций в материальные объекты (например, в строительные работы) и критериями оценки в отношении эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры, а также качества услуг, которые должен будет предоставлять концессионер. Надлежащий упор должен быть сделан на долгосрочных потребностях организации-заказчика, в частности, на необходимости обеспечить непрерывность предоставления соответствующей услуги на требуемом уровне качества и при обеспечении безопасности.

а) Оценка технических аспектов предложений

74. Технические критерии оценки призваны облегчить сопоставительную оценку технической, эксплуатационной, экологической и финансовой жизнеспособности предложения в отношении заранее установленных спецификаций, пока-

зателей и требований, указанных в тендерной документации. В той мере, в которой это практически возможно, технические критерии, применяемые организацией-заказчиком, должны быть объективными и поддающимися количественной оценке, с тем чтобы позволить провести объективную оценку предложений и их сопоставление на общей основе. Это сокращает вероятность принятия субъективных или произвольных решений. В правилах, регулирующих процесс отбора, может оговариваться порядок формулирования и применения таких факторов. Технические предложения в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 завершенного 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;

д) *дополнительные положительные 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;

е) *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, передача технологии и развитие управленческих, научных и эксплуатационных навыков;

г) *квалификация участников процедур.* В тех случаях, когда организация-заказчик до запроса предложений не проводила предварительного отбора, она не должна принимать предложения, если представившие предложения участники процедур не обладают достаточной квалификацией.

б) Оценка финансовых и коммерческих аспектов предложений

75. Помимо критериев для 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 концессии.* Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера 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 концессии в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами;

б) *текущая стоимость предлагаемых прямых платежей организации-заказчика, если таковые предусматриваются.* Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком в порядке амортизации инвестиций концессионера, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на текущей стоимости предлагаемой схемы амортизационных платежей в отношении объекта, который должен быть сооружен 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;

д) *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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 30–60);

е) *обоснованность предлагаемых механизмов финансирования.* Организации-заказчику следует проанализировать вопрос о том, является ли предлага-

емый 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;

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.

76. Сопоставление предлагаемых видов вознаграждения, оплаты, удельных цен и 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 о выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно не имеет того значения, как в случае закупок товаров и услуг. Так, вознаграждение концессионера часто представляет собой сочетание сборов, оплачиваемых пользователями, дополнительных источников дохода и прямых субсидий или платежей со стороны публичного органа, принимающего решение о заключении контракта.

77. Из вышесказанного 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 получения концессии.

5. Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений

78. Следует предусмотреть требование о том, чтобы предложения представлялись в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. Предложения, полученные организацией-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 разрешала участникам процедур, представившим предложения, или их представителям присутствовать при вскрытии предложений. 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.

79. С учетом сложности проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и разнообразия критериев оценки, обычно применяемых при принятии решения о выдаче подряда на проект, организации-заказчику, возможно, целесообразно применить 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.

80. С этой целью в некоторых странах предусматриваются требования 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. Международные финансовые учреждения, такие как Всемирный банк, не соглашаются с использованием системы двух конвертов в связи с финансируемыми ими проектами в силу тех опасений, что эта система предусматривает более широкую свободу усмотрения при оценке предложений и затрудняет их объективное сопоставление.

81. В качестве альтернативы использованию системы двух конвертов организации-заказчики могут установить требование о том, чтобы технические и финансовые предложения объединялись в одно единое предложение, однако предусмотреть двухэтапную организацию оценки, аналогичную процедуре оценки, описываемой в статье 42 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. На первом этапе организация-заказчик обычно устанавливает минимальный уровень требований в отношении качественных и технических аспектов, которые должны быть отражены в технических предложениях, в соответствии 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 этом этапе следует удостовериться в том, отвечают ли технические предложения по внешним признакам требованиям запроса предложений (например, охватывают ли они все те вопросы, которые должны быть рассмотрены в технических предло-

жениях). 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 с целью изменения существа предложения, включая изменения, направленные на то, чтобы сделать предложение, не отвечающее формальным требованиям, отвечающим формальным требованиям.

82. Помимо принятия решения об использовании системы двух конвертов или двухэтапной процедуры оценки 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 или размеры сборов). В любом случае, в целях содействия прозрачности процесса отбора и для избежания несоответствующего использования неценовых критериев оценки рекомендуется обязать комитет, принимающий решение о выдаче подряда, представлять письменное изложение причин, по которым было выбрано какое-либо иное предложение, помимо предложения, содержащего наиболее низкую удельную цену на продукцию проекта.

б. Заключительные переговоры и выдача подряда на проект

83. Организации-заказчику следует дать оценку всем отвечающим формальным требованиям предложениям на основе критериев оценки, изложенных в запросе предложений, и пригласить провести заключительные переговоры по некоторым элементам проектного соглашения того участника процедур, который получил наилучшую оценку. 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 условий договора, которые были сочтены не подлежащими обсуждению в окон-

чательном запросе предложений (см. пункт 69). Опасность повторного открытия 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 70). 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.

84. 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 проектного соглашения. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению проектного соглашения, она должна проинформировать этого участника о том, что она прекращает переговоры, а затем пригласить для переговоров следующего участника процедур на основе его оценки, и так до тех пор, пока она не заключит проектное соглашение или не отклонит все остальные предложения. Для исключения возможности злоупотреблений и необоснованных задержек организации-заказчику не следует возобновлять переговоры с каким-либо участником процедур, с которым переговоры уже были прекращены.

D. Выдача концессии без проведения конкурентных процедур

85. В соответствии с правовыми традициями ряда стран проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, предполагают делегирование организацией-заказчиком права и обязанности на предоставление соответствующей общедоступной услуги. В качестве таковых эти проекты подлежат регулированию на основании специального правового режима, отличающегося по многим аспектам от режима, применимого в целом к заключению публичных контрактов на приобретение товаров, работ или услуг.

86. Учитывая весьма специфический характер требующихся услуг (например, их сложность, объем инвестиций и сроки завершения), в процедурах, используемых в этих странах, основное внимание уделяется свободе организации-заказчика в деле выбора 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. В отличие от процедур конкурентного отбора, которые обычно используются при заключении других публичных контрактов и которые, как представляется, иногда могут быть излишне жесткими, предпочтение отдается процедуре, для которой характерна большая степень гибкости и свободы усмотрения со стороны организации-заказчика. В то же время свобода переговоров неравнозначна произвольному выбо-

ру, и законы таких стран предусматривают процедуры для обеспечения прозрачности и справедливости в ходе процесса отбора.

87. В некоторых странах, в которых проведение торгов является при обычных обстоятельствах нормой для публичных закупок товаров, работ и услуг, в руководящих принципах для организаций-заказчиков рекомендуется проводить по мере возможности переговоры для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Стремление содействовать проведению переговоров обусловлено в таких странах тем, что при проведении переговоров с участниками процедур правительство не связано необходимостью соблюдать заранее установленные требования или жесткие спецификации и обладает большей свободой действий в отношении использования новаторских или альтернативных предложений, которые могут быть представлены участниками процедур в ходе отбора, а также в отношении изменения и корректировки своих собственных потребностей в том случае, если в ходе таких переговоров будут сформулированы более привлекательные варианты для удовлетворения потребностей в инфраструктуре.

88. Переговоры, проводимые вне рамок регламентированных конкурентных процедур, как правило, обеспечивают высокую степень гибкости, которая, по мнению некоторых стран, имеет важное значение для выбора концессионера. В сочетании с надлежащими мерами, направленными на обеспечение прозрачности, беспристрастности и справедливости, такие переговоры, проводившиеся в этих странах, давали удовлетворительные результаты. В то же время такие переговоры могут быть сопряжены с целым рядом недостатков, вследствие которых они оказываются менее приемлемыми для использования в качестве основного метода отбора в целом ряде стран. Из-за высокой степени гибкости и значительной свободы усмотрения, предоставляемой организации-заказчику, переговоры, проводимые вне рамок регламентированных конкурентных процедур, могут потребовать привлечения высококвалифицированного персонала, обладающего достаточным опытом в согласовании условий сложных проектов. Они требуют также создания специализированных групп для проведения переговоров, четкого разграничения полномочий и высокой степени координации и сотрудничества между всеми участвующими департаментами. Поэтому использование переговоров для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, может оказаться нецелесообразным вариантом для стран, в которых не имеется традиций использования таких методов для выдачи подрядов на исполнение крупных правительственных заказов. Другим недостатком таких переговоров является то, что они могут не обеспечивать того же уровня прозрачности и объективности, который достигается за счет применения более четко регламентированных конкурентных методов. 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 коррупции. В свете вышеизложенного принимающая страна, возможно, пожелает предписать в качестве нормы использование процедур конкурентного отбора при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, и зарезервировать возможность выдачи концессий без проведения конкурентных процедур только для исключительных случаев.

1. Обстоятельства, допускающие использование этого метода

89. В целях обеспечения прозрачности, а также неукоснительности соблюдения соответствующих процедур при выдаче подрядов на проекты, возможно, желательно определить в законодательстве те исключительные обстоятельства, при которых организации-заказчику может быть разрешено произвести выбор концессионера без проведения процедур конкурентного отбора. К числу таких обстоятельств могут, например, относиться следующие:

а) случаи, когда существует срочная потребность в незамедлительном обеспечении предоставления соответствующих услуг и проведение процедуры конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным, при условии, что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика. Предоставление такой исключительной санкции может потребоваться, например, для случаев, когда обеспечение какой-либо услуги неожиданно прерывается, или когда действующий концессионер не обеспечивает ее предоставления на приемлемых стандартах, или когда проектное соглашение расторгается организацией-заказчиком, если проведение процедуры конкурентного отбора было бы практически нецелесообразным с учетом срочной потребности в обеспечении непрерывного характера предоставления соответствующей услуги;

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

с) причины, связанные с национальной обороной или безопасностью;

д) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау), включая некоторые случаи получения незапрошенных предложений (см. пункты 115–117);

е) случаи, когда приглашение к предварительному отбору или запрос предложений были опубликованы, однако никаких заявок или предложений представлено не было или же все предложения были отклонены, и когда, по мнению организации-заказчика, публикация нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект. В то же время с тем, чтобы снизить риск злоупотреблений при изменении метода отбора организации-заказчику должно быть разрешено прибегнуть к выдаче концессии без проведения процедур конкурентного отбора только в том случае, если такая возможность прямо предусматривается в первоначальном запросе предложений.

2. Меры, направленные на повышение прозрачности при выдаче концессий без проведения конкурентных процедур

90. 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 не-

многочисленные 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 отбора путем переговоров затрагивают различные рассматриваемые ниже вопросы, в частности требования об утверждении решения организации-заказчика об отборе концессионера путем переговоров, о выборе партнеров по переговорам, о критериях для сопоставления и оценки предложений и об отчетности о процедурах отбора.

a) Утверждение

91. Установленное во многих странах минимальное требование заключается в том, что организации-заказчику до начала проведения отбора путем переговоров, проводимых вне рамок регламентированных конкурентных процедур, необходимо получить разрешение вышестоящего органа. Обычно такие положения требуют подачи письменной заявки на утверждение и указания в ней причин, обусловивших необходимость в использовании переговоров. Цель требований об утверждении состоит, в частности в том, чтобы обеспечить использование метода выдачи концессии без проведения конкурентных процедур только в соответствующих обстоятельствах.

b) Выбор партнеров по переговорам

92. В целях создания в рамках процедур выдачи подряда 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 не имеется конкретных положений, касающихся минимального числа подрядчиков или поставщиков, переговоры с которыми должна вести организация-заказчик. Однако в ряде других стран законодательство требует от организации-заказчика, чтобы в случае, когда это практически осуществимо, переговоры велись или предложения запрашивались у определенного минимального числа участников процедур (например, у трех). При некоторых обстоятельствах допускается проведение переговоров организацией-заказчиком с меньшим числом партнеров, в частности, когда привлечь к этим процедурам установленное минимальное число потенциальных участников невозможно.

93. 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 возможно более широкого в данных обстоятельствах круга участников, что тем самым будет способствовать конкуренции. С

учетом масштабов большинства проектов в области инфраструктуры уведомление должно содержать определенную минимальную информацию (например, описание проекта или квалификационные требования), и оно должно быть опубликовано достаточно заблаговременно для того, чтобы позволить участникам процедур подготовить свои оферты. В целом, формальные требования к отбору, применимые к участникам процедур при конкурентном отборе, должны применяться также и при процедурах переговоров.

94. В ряде стран требования об уведомлении снимаются в случаях, когда организация-заказчик обращается к переговорам после безрезультатного проведения торгов (см. пункт 89(е)), если всем удовлетворяющим квалификационным требованиям участникам процедур, которые представили свои заявки, предоставляется возможность принять участие в переговорах или если в ходе торгов не было получено вообще никаких заявок.

с) Критерии для сопоставления и оценки оферт

95. Другая полезная мера для повышения прозрачности и эффективности переговоров, проводимых вне рамок регламентированных конкурентных процедур, предполагает установление общих критериев, которым должны удовлетворять предложения (например, общих целей по производительности или спецификаций в отношении продукции проекта), а также критериев для оценки оферт в ходе переговоров и для выбора победившего концессионера (например, технические достоинства оферты, цены, затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, а также рентабельность проектного соглашения и связанные с ним потенциальные возможности развития). В тех случаях, когда получено несколько предложений, в процессе переговоров могут быть с пользой включены определенные конкурентные элементы. Организации-заказчику следует выявить предложения, которые, как представляется, удовлетворяют этим критериям, и провести обсуждения с автором каждого предложения, с тем чтобы уточнить предложение и улучшить его до такой степени, когда оно станет удовлетворительным для организации-заказчика. Вопрос о цене каждого предложения при этих обсуждениях не затрагивается. Когда предложения окончательно доработаны, организации-заказчику будет, возможно, целесообразно запросить наилучшую и окончательную оферту на основе разъясненных предложений. Рекомендуются, чтобы участники процедур включали в свои окончательные оферты доказательство того, что распределение рисков, указанное в оферте, будет приемлемым для их предполагаемых кредиторов. Затем из числа полученных наилучших и окончательных оферт может быть сделан выбор предпочтительного участника. Подряд на проект будет выдан стороне, представившей “наиболее экономичное” или “наиболее выгодное” предложение в соответствии с критериями отбора победившего концессионера, указанными в приглашении к переговорам.

д) Уведомление о выдаче концессии

96. От организации-заказчика должно требоваться составление отчета о процедурах отбора (см. пункты 120–126) и опубликование уведомления о выдаче концессии, в котором – за исключением случаев, связанных с интересами наци-

ональной обороны или национальной безопасности – должны указываться, в частности, особые обстоятельства и причины, обусловившие выдачу концессии без проведения конкурентных процедур (см. пункт 122). В ряде стран действует требование о том, что проектное соглашение должно быть открытым для публичного ознакомления, что содействует дальнейшему повышению прозрачности.

Е. Незапрошенные предложения

97. Частные компании иногда непосредственно обращаются к публичным органам с предложениями о разработке проектов, в отношении которых не начиналось никаких процедур отбора. Эти предложения обычно называются “незапрошенными предложениями”. Незапрошенные предложения могут быть подготовлены в результате того, что частный сектор определил ту или иную потребность в области инфраструктуры, которая может быть удовлетворена с помощью проекта, финансируемого из частных источников. Речь может также идти о новаторских предложениях об управлении инфраструктурой и о предложениях, потенциально связанных с передачей новой технологии принимающей стране.

1. Программные соображения

98. Одна из возможных причин, которые иногда приводятся в качестве довода для отказа от требования о применении процедур конкурентного отбора, состоит в том, что это будет стимулировать частный сектор к представлению предложений, связанных с использованием новых концепций или технологий в целях удовлетворения потребностей организации-заказчика. Процедуры конкурентного отбора уже по самой своей природе предполагают, что ни один участник процедур не может быть уверен в том, что подряд на проект будет выдан именно ему, если он не выиграет конкурентную борьбу. Затраты на подготовку предложений в связи с крупными проектами в области инфраструктуры могут представлять собой сдерживающий фактор для компаний, сомневающихся в своей способности представить предложения, не уступающие предложениям, представленным конкурирующими участниками. В отличие от этого правила, позволяющие организации-заказчику вести переговоры по незапрошенным предложениям непосредственно с их авторами, могут быть расценены частным сектором в качестве стимула 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.

99. В то же время выдача подрядов на проекты в соответствии с незапрошенными предложениями и без какой-либо конкуренции с другими участниками может послужить причиной серьезной критики в адрес правительства, особенно в случаях, связанных с исключительными концессиями. Кроме того, потенциальные кредиторы, в том числе многосторонние и двусторонние финансовые учреждения, могут испытывать трудности в деле кредитования или предоставления гарантий в связи с проектами, которые не являлись предметом процедур конкурентного отбора. Они могут опасаться возможности оспаривания и аннулирования будущими правительствами (например, поскольку выдача подряда на проект может быть впоследствии сочтена результатом необоснованной бла-

госклонности или поскольку использованная процедура не содержала объективных параметров для сопоставления цен, технических элементов и общей эффективности проекта) или юридического или политического оспаривания со стороны заинтересованных сторон, таких как клиенты, не удовлетворенные возросшими ценами, или конкурирующие компании, утверждающие об их несправедливом исключении из процедуры конкурентного отбора.

100. С учетом вышеизложенных соображений принимающей стране важно изучить необходимость и целесообразность в разработке специальных процедур для рассмотрения незапрошенных предложений, которые отличались бы от процедур, обычно применяемых при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. С этой целью будет, возможно, целесообразно проанализировать две ситуации, на которые наиболее часто ссылаются в связи с незапрошенными предложениями, а именно следующие: незапрошенные предложения, которые, как утверждается, связаны с использованием новых концепций или технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры, и незапрошенные предложения, которые, как утверждается, позволяют удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком.

а) Незапрошенные предложения, которые, как утверждается, связаны с использованием новых концепций и технологий для удовлетворения потребностей организации-заказчика в области инфраструктуры

101. 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 характеристик функционирования объекта, продления срока экономической жизни, сокращения затрат на материально-техническое обслуживание и эксплуатацию объекта или сокращения неблагоприятного экологического воздействия или сбоя на этапе строительства или эксплуатации объекта).

102. Вместо специального свода норм для рассмотрения незапрошенных предложений законные интересы организации-заказчика могут быть также обеспечены с помощью должным образом модифицированных процедур конкурентного отбора. Например, если организация-заказчик использует процедуры отбора, в которых первоочередное внимание уделяется предполагаемой отдаче проекта, причем не предписываются какие-либо способы, с помощью которых такая отдача должна быть достигнута (см. пункты 64–66), у участников процедур будут иметься достаточные возможности для проявления гибкости применительно к включению в предложения своих процессов или методов, защищенных правами собственности. В подобной ситуации тот факт, что каждый из участников процедур обладает своими процессами или методами, защищенными правами собственности, не будет являться препятствием для конкуренции при

условии, что все предложенные методы будут в техническом отношении способны обеспечить такую отдачу, которая ожидается организацией-заказчиком.

103. Обеспечение необходимой дополнительной гибкости процедур конкурентного отбора может в подобных случаях представлять собой более удовлетворительное решение, чем разработка специальных неконкурентных процедур для рассмотрения предложений, которые, как утверждается, связаны с новыми концепциями или технологиями. За возможным исключением защищенных правами собственности концепций или технологий, уникальный характер которых может быть установлен на основе действующих прав интеллектуальной собственности, организация-заказчик может столкнуться со значительными трудностями при определении того, что представляет собой новая концепция или технология. Такое определение может потребовать привлечения дорогостоящих услуг независимых экспертов, возможно, из-за рубежа, с тем чтобы избежать обвинений в предвзятом отношении. Кроме того, определение, подтверждающее связь проекта с новаторской концепцией или технологией, может быть уравновешено утверждениями со стороны других заинтересованных компаний, также заявляющих о том, что они обладают надлежащими новыми технологиями.

104. В то же время несколько иная ситуация может возникнуть в том случае, если уникальность предложения или его новаторские аспекты носят такой характер, 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 может на практике сократить или полностью ликвидировать возможности для сколь либо значимой конкуренции. Именно по этой причине действующее в большинстве стран законодательство о закупках разрешает закупающим организациям проводить 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 не существует никакой разумной альтернативы или замены (см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках, статья 22).

105. В подобном случае было бы целесообразно уполномочить организацию-заказчика провести переговоры по вопросам 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 незапрошенными предложениями.

b) Незапрошенные предложения, которые, как утверждается, позволяют удовлетворить потребность в области инфраструктуры, еще не выявленную организацией-заказчиком

106. 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.

2. *Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений*

107. 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 неприемлемость незапрошенных предложений

108. В интересах обеспечения надлежащей отчетности в расходовании публичных средств в некоторых национальных законодательных актах предусматривается, что ни одно 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 являются менее четко регламентированными, чем обычные процедуры отбора, 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 возможности для определенной гибкости при применении этого условия. В ряде стран наличие правительственной поддержки в иной форме, чем прямые правительственные гарантии, субсидии или участие в акционерном капитале (например, продажа или аренда публичной собственности авторам предложенного проекта) не является обязательным условием дисквалификации предложения, которое может быть по-прежнему рассмотрено и принято в качестве незапрошенного предложения.

109. Другое условие рассмотрения незапрошенных предложений состоит в том, что такое предложение должно быть связано с проектом, применительно к которому организация-заказчик не начала каких-либо процедур отбора или не объявила о таких процедурах. Основанием для рассмотрения незапрошенного предложения без использования процедур конкурентного отбора является стремление обеспечить стимулы для частного сектора в деле определения новых или невыявленных потребностей в области инфраструктуры или разработки новаторских предложений для удовлетворения таких потребностей. В случае, если проект уже выявлен 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 будут по-прежнему иметься возможности для использования новаторских решений, если она применит двухэтапную процедуру отбора (см. пункты 54–58). В то же время рассмотрение незапрошенных предложений вне рамок уже начатых или объявленных процедур отбора будет противоречить принципу беспристрастности при выдаче публичных подрядов.

b) Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений

110. Следует предусмотреть требование о том, чтобы компания или группа компаний, обратившиеся к правительству с предложением о развитии инфраструктуры силами частного сектора, представляли первоначальное предложение с изложением информации, которой было бы достаточно для того, чтобы позволить организации-заказчику определить, *prima facie*, соблюдены ли условия для рассмотрения незапрошенных предложений, и, в частности, отвечает ли предложенный 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.

111. 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 экологического воздействия. Кроме того, у автора предложения следует запросить представление надлежащей информации относительно концепций или технологий, 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.

112. После того, как автор предложения представит всю требующуюся информацию, организации-заказчику следует в течение непродолжительного разумного срока принять решение о том, намеревается ли она реализовать этот проект и – в случае положительного ответа на этот вопрос – какая процедура будет использоваться. Выбор надлежащей процедуры должен основываться на предварительном определении организации-заказчика по вопросу о том, может ли быть реализован проект без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые предложившая проект компания или ее партнеры обладают исключительными правами.

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

113. Если организация-заказчик после изучения незапрошенного предложения принимает решение о том, что реализация проекта отвечает публичным интере-

сам, однако может быть осуществлена без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые автор предложения или его партнеры обладают исключительными правами, организация-заказчик должна будет организовать выдачу подряда на проект на основании использования тех процедур, применение которых будет обычно требоваться в связи с выдачей подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, например, на основании процедур конкурентного отбора, описанных в настоящем *Руководстве* (см. пункты 34–84). В то же время в процедуры отбора могут быть включены определенные специальные элементы, предназначенные для того, чтобы стимулировать представление незапрошенных предложений. К числу таких стимулов могут относиться следующие меры:

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

б) 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 поправки, применяемой в отношении окончательной оценки (т.е. повышение окончательной совокупной оценки, полученной соответствующей компанией на основании как финансовых, так и нефинансовых критериев оценки, 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 проекта по причине преференций, предоставленных участнику процедур, представившему новаторское предложение. Другие формы стимулов могут включать возмещение, полное или частичное, расходов, понесенных автором первоначального предложения при подготовке незапрошенного предложения. Для целей прозрачности о существовании таких стимулов должно быть объявлено в запросе предложений.

114. Независимо от тех стимулов, которые могут быть предусмотрены, следует установить общее требование о том, чтобы автор незапрошенного предложения по существу удовлетворял тем же квалификационным критериям, как и те, которые установлены для участников процедур конкурентного отбора (см. пункты 38–40).

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

115. Если окажется, что новаторские аспекты предложения являются таковыми, что реализация 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, является невозможной, то организации-заказ-

чику будет, возможно, целесообразно подтвердить эту предварительную оценку путем применения процедуры выявления сопоставительных элементов в связи с незапрошенным предложением. Одна из таких процедур может состоять в опубликовании описания основных элементов, связанных с отдачей предлагаемого проекта (например, мощности объекта инфраструктуры, качества продукции или услуги или удельной цены продукции) с приглашением для других заинтересованных сторон представить в течение определенного срока альтернативные или сопоставимые предложения. Такое описание не должно включать тех элементов незапрошенного предложения, которые касаются вводимых ресурсов (например, проектно-конструкторского решения объекта или технологий или оборудования, которые предполагается использовать), с тем чтобы избежать раскрытия потенциальным конкурентам информации, защищенной правами собственности лица, представившего незапрошенное предложение. Срок для представления предложений должен учитывать сложность проекта и предоставлять в распоряжение потенциальных конкурентов достаточное время для подготовки их предложений. Этот фактор может сыграть 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.

116. Приглашение к представлению сопоставимых или конкурентных предложений следует публиковать через минимальные интервалы (например, раз в неделю в течение трех недель) по крайней мере в одной из газет, имеющих 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 предоставления тендерного обеспечения (см. пункт 62). Затем, в зависимости от изучения ответов, полученных на приглашение, могут быть рассмотрены два возможных варианта действий:

а) если никаких альтернативных предложений не получено, организация-заказчик может с достаточными основаниями 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. Будет, возможно, целесообразно 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 концессионера путем прямых переговоров (см. пункт 89). В некоторых странах, законодательство которых предписывает использование конкурентных процедур, такие процедуры применялись для

обеспечения требуемой прозрачности, необходимой для того, чтобы избежать будущего оспаривания выдачи концессии на основе незапрошенного предложения. В этих странах уже сам факт опубликования приглашения к участию в процедурах позволит выдать подряд участнику процедур, первоначально представившему незапрошенное предложение, даже если полученная от него заявка является единственной. Такой порядок предусматривается по той причине, что соблюдение конкурентных процедур обычно требует создания реальных возможностей для конкуренции, а не фактической конкуренции на практике. 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 с целью определения наиболее выгодного предложения по реализации проекта (см. пункты 90–96). В том случае, если организация-заказчик получит достаточно много альтернативных предложений, которые, *prima facie*, будут, как представляется, удовлетворять ее потребности в области инфраструктуры, могут появиться возможности для применения полномасштабных процедур конкурентного отбора (см. пункты 34–84) с учетом любых стимулов, которые могут быть предоставлены автору первоначального предложения (см. пункт 113(b)).

117. Следует предусмотреть требование о том, чтобы организация-заказчик подготовила отчет о процедурах отбора (см. пункты 120–126) и опубликовала уведомление о выдаче подряда на проект (см. пункт 119).

Ф. Конфиденциальность

118. 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 имеет, в частности, большое значение в том, что касается защиты любой коммерческой или иной информации, которую участники процедур могли включить в свои предложения и разглашения которой своим конкурентам они не желали бы. Конфиденциальность должна сохраняться независимо от метода отбора, используемого организацией-заказчиком.

Г. Уведомление о выдаче подряда на проект

119. Проектное соглашение часто содержит положения, которые представляют непосредственный интерес для других сторон, помимо организации-заказчика и концессионера, и такие стороны могут иметь законный интерес в получении информации относительно определенных существенных элементов проекта. Это прежде всего относится к проектам, связанным с предоставлением услуг непосредственно населению. Для целей прозрачности, возможно, целесообразно определить процедуры в отношении придания гласности тех условий проектного соглашения, которые могут представлять публичный интерес. Такое требование должно применяться независимо от метода, использованного организацией-заказчиком для выбора концессионера (будь то с помощью процедур конкурентного отбора, прямых переговоров или в результате рассмотре-

ния 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 а) наименование концессионера; б) описание работ и услуг, которые должны быть обеспечены концессионером; в) срок концессии; г) структура цен; е) резюме основных прав и обязанностей концессионера и гарантий, которые должны быть им представлены; ф) резюме прав организации-заказчика в отношении надзора и средств правовой защиты в случае нарушения проектного соглашения; г) резюме основных обязательств правительства, включая любые предлагаемые им платежи, субсидии или компенсационные выплаты; и г) любые другие существенные условия проектного соглашения, предусмотренные в запросе предложений.

Н. Отчет о процедурах отбора и принятии решений о выдаче подряда

120. В целях обеспечения прозрачности и отчетности, а также для содействия осуществлению участниками процедур, интересы которых 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 отбора.

121. В отчет, который должна вести организация-заказчик, следует прежде всего должным образом включать такую общую информацию, касающуюся процедур отбора, которую обычно требуется включать в отчеты о публичных закупках (например, информацию, перечисленную в статье 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках), а также информацию, имеющую особое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Такая информация может включать следующее:

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

б) наименования и адреса компаний, входящих в консорциумы, которые принимают участие в процедурах, и наименования и адреса участников процедур, с которыми заключается проектное соглашение, и описание требований к обеспечению гласности, включая копии опубликованных объявлений или разосланных приглашений;

в) если впоследствии дается разрешение на изменение в составе участников процедур, прошедших предварительный отбор, – заявление с указанием причин разрешения на эти изменения и выводы относительно квалификационных данных любой соответствующей замены или дополнительного консорциума;

г) информация о квалификационных данных участников процедур или об отсутствии таковых данных; резюме результатов оценки и сопоставления предложений, включая применение любой преференциальной поправки;

д) резюме выводов предварительных технико-экономических обоснований, подготовленных по поручению организации-заказчика, и резюме выводов

технико-экономических требований, представленных участниками процедуры, отвечающими квалификационным требованиям;

f) резюме любых запросов о разъяснении документации для предварительного отбора или запроса предложений и ответов на них, а также краткое изложение любого изменения такой документации;

g) резюме основных условий предложений и проектного соглашения;

h) если организация-заказчик сочла наиболее выгодным какое-либо другое предложение, чем предложение, содержащее наиболее низкую удельную цену на ожидаемую продукцию – обоснование причин для такого заключения комитета, принимавшего решение о выдаче подряда;

i) в случае отклонения всех предложений – заявление об этом с изложением оснований;

j) если переговоры с консорциумом, который представил наиболее выгодное предложение, и любые последующие переговоры с остальными консорциумами, отвечающими формальным требованиям, не приведут к заключению проектного соглашения – заявление об этом с изложением соответствующих оснований.

122. Применительно к случаям выдачи концессий без проведения конкурентных процедур (см. пункт 89) в дополнение к упомянутым в пункте 121 требованиям, которые будут, возможно, применимы, было бы целесообразно включать в отчет о процедурах отбора следующую информацию:

a) изложение оснований 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 такого отказа;

d) если переговоры не приводят к заключению проектного соглашения – заявление об этом с изложением соответствующих оснований;

e) обоснование окончательного выбора концессионера.

123. Применительно к процедурам отбора, проводимым в связи с незапрошенными предложениями (см. пункты 107–117), было бы целесообразно включать в отчет о процедурах отбора (в дополнение к упомянутым в пункте 121 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 в отношении того, что незапрошенное предложение отвечает публичным интересам и связано, если это уместно, с новыми концепциями или технологиями;

с) 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 такого отказа;

e) если переговоры не приводят к заключению проектного соглашения – заявление об этом с изложением соответствующих оснований;

f) обоснование окончательного выбора концессионера.

124. Целесообразно, чтобы в правилах, касающихся требований к отчетности, оговаривалось, в какой степени должна раскрываться соответствующая информация и кто должен быть ее получателем. Установление параметров в отношении раскрываемой информации требует увязки 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. С учетом этих соображений, возможно, целесообразно предусмотреть два уровня раскрытия информации, как об этом говорится в статье 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках. Информация, которая должна предоставляться любому представителю общественности, может ограничиться основной информацией, связанной с требованием об отчетности организации-заказчика перед общественностью. В то же время целесообразно предусмотреть возможность раскрытия более подробной информации, касающейся проведения отбора, в интересах участников процедур, поскольку такая информация необходима им для того, чтобы они могли осуществлять контроль за относительными результатами своего участия в процедурах отбора и за действиями организации-заказчика по выполнению требований применимых законов и правил.

125. Кроме того, следует принять надлежащие меры по предотвращению раскрытия конфиденциальной коммерческой информации, представленной поставщиками и подрядчиками. Это особенно относится к раскрываемой информации, касающейся оценки и сопоставления 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 и сопоставления и цен предложений, кроме как по приказу компетентного суда.

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

I. Процедуры обжалования

127. Наличие справедливых и эффективных процедур обжалования является одним из основных условий, необходимых для привлечения серьезных и компетентных участников процедур и сокращения затрат и продолжительности процедур выдачи подряда. Важной гарантией надлежащего соблюдения правил, регулирующих процедуру отбора, является предоставление участникам процедур права обжаловать действия организации-заказчика, нарушающие этим 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 должны быть предусмотрены соответствующие возможности и эффективные процедуры обжалования. Особенно целесообразно создать действенную “преддоговорную” систему обжалования (т.е. процедуры для обжалования действий организации-заказчика на возможно более раннем этапе процесса отбора). Такая система повышает возможность принятия корректировочных мер организацией-заказчиком до причинения убытков и позволяет сократить число дел, когда единственным возможным вариантом исправления последствий ненадлежащих действий со стороны организации-заказчика является выплата денежной компенсации. Элементы для создания надлежащей системы обжалования содержатся в главе VI Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках.

128. Надлежащие процедуры обжалования должны в первую очередь устанавливать, что участники процедур имеют право на обжалование решений, затрагивающих их права. В первую очередь жалоба может быть направлена самой организацией-заказчику, особенно в тот момент, когда решение о выдаче подряда на проект еще не принято. Это может способствовать обеспечению экономичности и эффективности, поскольку во многих случаях, особенно до принятия решения о выдаче подряда на проект, организация-заказчик вполне может с готовностью исправить процедурные ошибки, о которых ей может быть даже и не быть известно. Было бы также целесообразно предусмотреть возможность обжалования в вышестоящие правительственные административные органы в тех случаях, когда такая процедура будет соответствовать конституционному, судебному и административному устройству. И наконец, внутренние режимы закупок большинства стран подтверждают право на обжалование в судебном порядке, которое в целом должно также предусматриваться и в связи с вопросами выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

129. С тем чтобы установить эффективную сбалансированность между, с одной стороны, необходимостью в защите прав участников процедур и обеспечения объективности процесса отбора и, с другой стороны, необходимостью ограничить возможность нарушений процесса отбора, во внутреннем законодательстве часто предусматривается ряд ограничений на установленные процедуры обжалования. К их числу относятся следующие: ограничение права на обжалование участниками процедур; предельные сроки для подачи жалоб и рассмотрения дел, включая любое приостановление процедур отбора, которое может осуществляться в ходе обжалования в административном порядке; и исключение из сферы действия процедур обжалования ряда решений, которые оставлены на

усмотрение организации-заказчика и которые прямо не касаются вопросов справедливого отношения к участникам процедур. В большинстве правовых систем для обжалования решений организаций-заказчиков участниками процедур предусматриваются процедуры обжалования в административном порядке, а процедуры обжалования в судебном порядке установлены не во всех странах.

130. В большинстве государств действуют механизмы и процедуры обжалования действий административных органов и других публичных субъектов. В некоторых государствах были созданы механизмы и процедуры обжалования специально для споров, возникающих в контексте закупок, производимых такими органами и субъектами. В других государствах такие споры рассматриваются с помощью общих механизмов и процедур для обжалования действий административных органов. Некоторые важные аспекты процедур обжалования – например, определение органа, в который можно представить жалобу, а также возможные средства правовой защиты – связаны с основополагающими концептуальными и структурными аспектами правовой системы и системы государственного управления в соответствующей стране. Во многих правовых системах предусматривается обжалование действий административных органов и других публичных субъектов путем обращения в административный орган, осуществляющий на правах вышестоящей инстанции властные полномочия или контроль за деятельностью такого органа или субъекта. В правовых системах, в которых предусматривается обжалование в административном порядке в вышестоящем органе, ответ на вопрос о том, какой орган или какие органы должны осуществлять эту функцию в отношении действий конкретных органов или субъектов, зависит в первую очередь от структуры государственного управления. В контексте общего законодательства о закупках, например, в некоторых государствах предусматривается обжалование в орган, осуществляющий общий надзор и контроль над закупками в этом государстве (например, центральный совет по закупкам); в других государствах функцию рассмотрения жалоб выполняет орган, осуществляющий финансовый контроль и надзор за деятельностью правительства и других органов государственного управления. В некоторых государствах функция рассмотрения жалоб в связи с конкретными делами, затрагивающими административные органы или другие публичные субъекты, выполняется специальными независимыми административными органами, компетенция которых иногда называется “квазисудебной”. В этих государствах подобные органы не рассматриваются, однако, в качестве судов, входящих в судебную систему.

131. Во многих национальных правовых системах действия административных органов и публичных субъектов подлежат обжалованию в судебном порядке. В некоторых из этих правовых систем обжалование в судебном порядке предусматривается в дополнение к обжалованию в административном порядке, в то время как в других системах устанавливается только возможность обжалования в судебном порядке. В некоторых правовых системах предусматривается возможность обжалования только в административном, но не в судебном порядке. В ряде правовых систем, в которых предусматривается обжалование как в административном, так и в судебном порядке, обжалование в судебном порядке может осуществляться только после того, как исчерпаны возможности обжалования в административном порядке; в других системах могут быть по выбору использованы оба этих пути обжалования. Основной вопрос, возникающий при-

менительно к обжалованию в судебном порядке, связан с последствиями для заключенного контракта, которые будут возникать в силу судебного решения, аннулирующего результаты публичных процедур выдачи подряда, особенно в случае, когда работы уже начаты. В законодательстве о закупках предпринимаются попытки обеспечить сбалансированность в коллизии интересов публично-го сектора – т.е. необходимостью в обеспечении беспристрастности процедуры закупок и в недопущении задержек в предоставлении какой-либо общедоступной услуги – и интересов участников процедур, заключающихся в защите их прав. За исключением случаев, когда проектное соглашение заключается в результате противоправных действий, хорошее решение могло бы заключаться в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором судебное решение не будет обуславливать недействительность проектного соглашения, а будет предписывать возмещение убытков пострадавшей стороне. Как правило, считается, что такие убытки не должны включать упущенную прибыль, а должны ограничиваться затратами, понесенными участником процедур при подготовке его заявки.

IV. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение

A. Общие положения проектного соглашения

1. “Проектное соглашение” между организацией-заказчиком и концессионером является основным договорным документом по проекту в области инфраструктуры. В проектном соглашении 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. Проектные соглашения могут содержаться в одном документе или состоять из нескольких отдельных соглашений между организацией-заказчиком и концессионером. В настоящем разделе рассматривается взаимосвязь между проектным соглашением и законодательством принимающей страны, касающимся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В нем также рассматриваются процедуры и формальности, касающиеся заключения и вступления в силу проектного соглашения.

1. Законодательные подходы

2. Внутреннее законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания проектного соглашения. В некоторых странах в законодательство включена всего лишь ссылка на необходимость заключения соглашения между концессионером 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 проектном соглашении, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Общие законодательные положения по отдельным важнейшим элементам проектного соглашения могут преследовать цель установления общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами. Они могут быть направлены на обеспечение последовательности в решении определенных договорных вопросов и установление ориентиров для публичных органов, ведущих переговоры о заключении проектных соглашений на различных уровнях управления (общенациональном, региональном или местном). Такие ориентиры могут оказаться особенно полезными для организаций-заказчиков, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по проектным соглашениям. 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 концессионер 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 проектного соглашения, теми нормами, которые абсолютно необходимы, например, положениями по вопросам, в отношении которых может требоваться 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 проектное соглашение

5. Законодательные нормы по вопросу о праве, регулирующем проектное соглашение, редко встречаются во внутреннем законодательстве по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. В случае, когда такие нормы существуют, они обычно предусматривают применение законов принимающей страны посредством общей ссылки на внутреннее законодательство или упоминания специальных законодательных или регламентирующих положений, распространяющихся на проектное соглашение. В некоторых правовых системах применение законов принимающей страны может подразумеваться даже при отсутствии соответствующей законодательной нормы.

6. Право, регулирующее проектное соглашение, обычно включает нормы, которые содержатся в законах и правилах принимающей страны, имеющих непосредственное отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, если конкретное законодательство в этой области существует. В некоторых странах проектное соглашение может подпадать под действие административного права, а в других оно может регулироваться нормами частного права (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, которые относятся к другим областям права и которые распространяются на различные вопросы, возникающие в ходе осуществления проектов в области инфраструктуры (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, раздел В). Ряд таких норм может носить административный или иной публично-правовой характер, и их применение в принимающей стране может быть обязательным. Например, это относится к мерам по охране окружающей среды, здравоохранению и условиям труда. В некоторых странах во внутреннем законодательстве прямо оговариваются вопросы, подпадающие под действие императивных норм. Вместе с тем некоторые вопросы, возникающие в связи с осуществлением проектного соглашения или эксплуатацией объекта, могут находиться за пределами действия императивных норм публично-правового характера. Это, как правило, касается большинства договорных вопросов, возникающих в связи с проектным соглашением (например, заключение, действительность и нарушение контракта, включая ответственность и возмещение ущерба за нарушение контракта и его неправомерное прекращение).

7. Принимающим странам, которые хотели бы принять законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, может устанавливать особые правила для процедур выбора концессионера 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принимающим странам, возможно, потребуется отменить действие некоторых законов и правил, которые, по мнению законодателя, создают препятствия для реализации таких проектов.

8. В целях обеспечения ясности было бы полезно предусмотреть предоставление потенциальным инвесторам информации относительно тех законодательных и нормативных текстов, которые прямо применимы к осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, или затрагивающих такие проекты, будет невозможным, такой перечень наиболее целесообразно было бы, возможно, включить в какой-либо документ, не носящий законодательного характера, например рекламную брошюру или общий информационный документ, направляемый участникам процедур вместе с запросом предложений (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 60).

3. Заключение проектного соглашения

9. В случае таких сложных проектов, как проекты в области инфраструктуры, заключительные переговоры (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 83 и 84) нередко длятся несколько месяцев, прежде чем стороны будут готовы подписать проектное соглашение. Кроме того, дополнительное время может потребоваться для выполнения определенных формальностей, которые часто предписываются законодательством, например, для получения утверждения проектного соглашения вышестоящим органом. Для вступления в силу проектного соглашения или некоторых категорий проектных соглашений в ряде стран требуется акт парламента или даже принятие специального законодательства. Учитывая затраты, которые могут быть обусловлены задержкой в осуществлении проектного соглашения, целесообразно отыскать средства, позволяющие ускорить заключительные переговоры, с тем чтобы избежать ненужных задержек в заключении проектного соглашения.

10. Задержки в переговорах могут вызывать различные факторы, такие, как недостаточная опытность сторон, плохая координация в деятельности различ-

ных 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. Чем более четко будут представлять себе стороны, какие вопросы необходимо урегулировать в положениях проектного соглашения, тем более высокими будут шансы на успешное завершение переговоров по нему. И, напротив, в тех случаях, когда после завершения процесса отбора остаются неурегулированными важные вопросы и когда участники переговоров не имеют достаточных указаний по существу проектного соглашения, может возникнуть существенная опасность того, что переговоры будут дорогостоящими и затянутыми, а также что будут поданы обоснованные жалобы на недостаточную прозрачность процесса отбора или на то, что в рамках этого процесса не были обеспечены достаточные возможности для конкуренции.

11. Следует также провести обзор процедур заключения и вступления в силу проектного соглашения с целью выявления возможностей для ускорения решения соответствующих 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 проектного соглашения 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 концессионеру и кредиторам достаточных гарантий от этого риска (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 45–50). 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. Организационное устройство концессионера

12. Во внутреннем законодательстве часто содержатся требования, которые касаются организационного устройства концессионера и которые затем более подробно регламентируются в положениях проекта соглашения. Как правило, эти требования касаются таких вопросов, как учреждение концессионера 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 впоследствии становится концессионером по проектному соглашению.

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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункт 54). Ее учреждение облегчает координацию в деле реализации проекта, и она также является механизмом для защиты интересов проекта, которые не обязательно будут совпадать с отдельными интересами всех учредителей проекта. Этот аспект может иметь особую важность в тех случаях, когда значительная доля услуг или поставок, которые требуются для нужд проекта, должна быть предоставлена членами проектного консорциума.

13. Обычно проектную компанию требуется создать в течение короткого разумного срока после выдачи подряда на проект. Поскольку существенная часть финансовых и иных обязательств концессионера, включая долгосрочные обязательства (проектное соглашение, 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. Однако ожидать, что кредиторы и другие поставщики капитала примут на себя твердые и окончательные обязательства до окончательной выдачи концессии, было бы неразумно.

14. 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 30–33). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, устанавливаемых исходя из публичных интересов, могут способствовать избеганию ненужных задержек в реализации проекта.

15. 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. Однако, поскольку общий объем необходимых инвестиций, равно как и идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом различаются в зависимости от конкретного проекта, было бы нежелательно предусматривать законодательное требование о какой-либо фиксированной сумме в качестве минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в соответствующей стране проекты в области инфраструктуры. 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 “Выбор концессионера”, пункты 75 и 77).

16. В любом случае целесообразно провести обзор законодательных положений и нормативных требований, касающихся организационного устройства концессионера, 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.

17. 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.

18. Организация-заказчик, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и принимаемые на его основе нормативные акты проектной компании будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые на себя компанией в проектном соглашении. По этой причине в проектных соглашениях 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 концессионеров 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 проектном соглашении.

С. Строительная площадка, активы и сервитуты

19. Важной частью большинства проектных соглашений являются положения, касающиеся строительной площадки. Обычно они касаются таких вопросов, как приобретение требуемых земельных участков, правовой титул на землю и активы проекта и сервитуты, необходимые концессионеру для выполнения работ или эксплуатации инфраструктуры. В той мере, в которой проектное соглашение предусматривает передачу концессионеру 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

20. Как это уже отмечалось раньше, участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктур может принимать различные формы, начиная с объектов инфраструктуры, находящихся в публичной собственности и эксплуатируемых публичным предприятием, и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение в справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47–53). 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 иметься. В различных странах было сочтено достаточным предусмотреть законодательные рекомендации относительно порядка урегулирования этих вопросов в проектном соглашении.

21. В некоторых правовых системах материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, 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 концессионера организацией-заказчиком. В то же время в течение срока действия проекта концессионер 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 концессионера, или же некоторые из них могут быть отделены от публичной собственности, находящейся в распоряжении концессионера, и стать его частной собственностью. В силу этого рекомендуется оговорить в проектном соглашении, если это уместно, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие станут частной собственностью концессионера.

22. Необходимость ясности в отношении вопроса о праве собственности на проектные активы не ограничивается только теми правовыми системами, в ко-

торых 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 проектном соглашении оговаривалось, если это уместно, какие активы будут оставаться в публичной собственности, а какие станут частной собственностью концессионера. Концессионер 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 концессионера, поскольку это окажет непосредственное воздействие на его способность создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансовых средств на реализацию проекта (см. пункты 54 и 55).

23. Помимо права собственности на активы в течение срока концессии, важно рассмотреть режим собственности по истечении или прекращении проектного соглашения. В законодательстве некоторых стран особенное внимание уделяется интересу организации-заказчика в материальных активах, относящихся к проекту, и содержится общее требование о передаче организации-заказчику всех таких активов, тогда как в других странах проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, считаются главным образом одним из средств приобретения услуг в течение определенного периода времени, а не средством создания активов. Таким образом, в законодательстве последних стран обязательства концессионера по передаче активов ограничиваются публичными активами и собственностью, первоначально предоставленными в его распоряжение, или определенными другими категориями активов, которые считаются необходимыми для обеспечения предоставления услуг. Иногда такая собственность передается от одного концессионера непосредственно другому концессионеру, который является его преемником в том, что касается предоставления соответствующей услуги.

24. Различия в законодательных подходах часто отражают разную роль, которую играют публичный и частный секторы в различных правовых и экономических системах, однако они могут быть и результатом практических соображений со стороны организации-заказчика. Одним таким практическим соображением, в силу которого организация-заказчик может разрешить концессионеру удержать в конце проектного периода определенные активы, может быть стремление снизить расходы, которые будут определять стоимость предоставления услуг. Если считается, что проектные активы имеют для концессионера остаточную стоимость и эту стоимость можно учесть в процессе отбора, то организация-заказчик может рассчитывать на понижение тарифов, взимаемых за предоставление услуги. Так, если концессионер 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 проектного соглашения, то существует вероятность того, что услуги будут предоставляться по более низкой цене по сравнению с ситуацией, когда концессионеру пришлось бы покрывать всю стоимость в тече-

ние срока проекта. Более того, некоторые активы могут потребовать настолько серьезной реконструкции или технической модернизации в конце проектного периода, 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.

25. По этим причинам в законодательстве некоторых стран не предусматривается 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 концессионером для предоставления соответствующей услуги. Такие активы могут включать в себя как объекты, предоставленные концессионеру организацией-заказчиком, так и новые объекты, сооруженные концессионером по условиям проектного соглашения. В некоторых странах закон требует передачи активов, материальных средств и имущества, впоследствии приобретенных концессионером 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 концессионеру 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 концессионера.* Ими являются принадлежащие концессионеру активы, которые не подпадают под пункт (б) выше. Организация-заказчик обычно не вправе претендовать на эти активы, которые могут свободно вывозиться или реализовываться концессионером.

26. В свете вышеизложенного, полезно включить в законодательство требование о том, чтобы в проектом соглашении, если это уместно, оговаривалось, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие останутся в частной собственности концессионера. В проектом соглашении должны определяться те активы, которые концессионеру потребуется передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; те активы, которые организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и те активы, которые концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения. Эти положения должны быть дополнены договорными критериями для расчета, если это уместно, той компенсации, которая может причитаться концессионеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому концессионеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении проектного соглашения (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 37–40).

2. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

27. 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, предоставление такого участка или объекта в распоряжение концессионера будет обычно осуществляться 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, концессионер 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. Организация-заказчик может купить требуемый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке.

28. Процедура, с помощью которой частная собственность в принудительном порядке приобретает 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 “приобретением в принудительном порядке”. 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 22 и 23).

29. Полномочиями на приобретение собственности в принудительном порядке обычно располагает правительство, однако законодательство ряда стран также разрешает операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям, учреждениям, отвечающим за вопросы энергоснабжения, или телефонным компаниям) предпринимать определенные действия в целях принудительного приобретения частной собственности, которая требуется для предоставления или расширения предоставления их услуг населению. Практика этих стран показала, что, особенно в случаях,

когда решение о выплате компенсации владельцам собственности выносится с помощью судебных процедур, целесообразно делегировать концессионеру 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 приобретению земельный участок часто становится публичной собственностью, хотя в ряде случаев законодательство может разрешать организации-заказчику и концессионеру согласовывать иной порядок с учетом их соответствующих долей в затратах на приобретение собственности.

3. Сервитуты

30. В тех случаях, когда для получения доступа к строительной площадке либо выполнения любых работ или обслуживания любых объектов, необходимых для предоставления соответствующей услуги, концессионеру 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.

31. 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 концессионера 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.

32. 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, проезд 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 концессионеру. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых концессионер получает право производить укладку кабеля с целью

сооружения или эксплуатации основных или распределительных сетей на территории, принадлежащей 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; устранять препятствия вдоль линии электропроводки или в пределах зоны безопасности. Согласно некоторым правовым системам может предусматриваться право собственника на компенсацию, если объем предоставленных концессионеру прав будет таковым, что существенно затруднит возможности использования собственности ее владельцами.

Д. Финансовые механизмы

33. Финансовые механизмы, как правило, включают положения, которые касаются обязательств концессионера по мобилизации средств для осуществления проекта, оговаривают механизмы расходования средств и соответствующей отчетности, устанавливают методы расчета и корректировки тарифов, взимаемых концессионером, и регулируют те виды обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов концессионера. Важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны способствовало или, по крайней мере, не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

1. Финансовые обязательства концессионера

34. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер, как правило, несет ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Обязательства концессионера в этой связи обычно подробно оговариваются в положениях проектного соглашения. В большинстве случаев организация-заказчик или иной публичный орган будут заинтересованы в ограничении своих финансовых обязательств теми обязательствами, которые конкретно указаны в проектом соглашении, или теми формами прямой поддержки, которые правительство согласилось оказать проекту.

35. 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 концессионеру 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54–67). В связи с этим весьма важно обеспечить, чтобы законодательство не устанавливало ненадлежащих ограничений на способность концессионера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели обеспечения финансирования инфраструктуры.

2. Установление тарифов и контроль над ними

36. Тарифы или сборы за использование, взимаемые концессионером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возмещения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей со стороны организации-заказчика (см. пункты 47–51) или правительства (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 30–60). По этой причине концессионер 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 концессионера 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, положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают законодательные параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, например, требуя, чтобы цены отвечали определенным стандартам “разумности”, “честности” или “справедливости”.

а) Правомочие концессионера взимать тарифы

37. В ряде стран может потребоваться предварительное законодательное разрешение для того, чтобы концессионер 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 концессионера взимать тарифы за предоставление услуг.

38. В тех случаях, когда положения, касающиеся уровня тарифов и сборов с пользователей, которые может взимать концессионер, 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 концессионера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. Кроме того, целесообразно предоставлять сторонам необходимые правомочия по заключению соответствующих договоренностей, включая положения о компенсации, с тем 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 124).

б) Методы контроля над тарифами

39. 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 концессий. 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 проектного соглашения. 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.

i) Метод, основанный на норме прибыли

40. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки тарифов строится таким образом, чтобы обеспечить концессионеру получение согласованной нормы прибыли на его инвестиции. Тарифы на любой конкретный период устанавливаются с учетом общих поступлений, необходимых для эксплуатации концессионером 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, определяет, в какой мере инвестиции, произведенные концессионером, 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 концессионера на постоянном уровне с помощью регулярных корректировок тарифов может оказаться невозможным.

41. Как считается, метод, основанный на норме прибыли, обеспечивает высокую степень надежности для операторов инфраструктуры, поскольку концессионеру 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 концессионера 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).

ii) Метод установления верхнего предела цены

42. 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 частной основе.

43. 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 концессионер до следующего периода корректировки пользуется выгодами от снижения предполагаемого 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, концессионер рискует понести убытки, если издержки оказываются выше, чем предполагалось, поскольку до следующей корректировки тарифов концессионер 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.

iii) Комбинированные методы

44. 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 установлению верхнего предела цены, включают проведение организацией-заказчиком обзора инвестиций, произведенных концессионером, для определения того, отвечают ли они критериям полезности, с тем чтобы они могли учитываться при расчете потребностей концессионера 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 общедоступных 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.

с) Программные соображения относительно контроля над тарифами

45. 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 (см. пункты 41 и 43). Этот момент должен учитываться законодательными органами 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 концессионеров 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 концессионера и по эффективному применению выбранного метода корректировки (см. также главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 30–53).

46. 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 концессии, 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 концессионеру надлежащую компенсацию (см. также пункты 59–68). Тарифный режим также требует надлежащей стабильности и предсказуемости, с тем чтобы дать возможность поставщика общедоступных услуг и пользователям соответствующим образом планировать свою деятельность и обеспечить финансирование на основе предсказуемой прибыли. 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 проектное соглашение.

3. Финансовые обязательства организации-заказчика

47. Если концессионер предлагает услуги непосредственно населению, то организация-заказчик или другой публичный орган могут взять на себя обязательство производить прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за услуги, которые должны уплачиваться пользователями, или в качестве дополнения к ним. Если концессионер 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. Основные примеры таких механизмов кратко рассматриваются ниже.

а) Прямые платежи

48. Прямые платежи со стороны организации-заказчика использовались в некоторых странах в качестве замены платежей конечных пользователей или дополнения к ним, в частности, в рамках проектов по строительству платных дорог, с помощью механизма, известного под названием “установление скрытых сборов”. Скрытые сборы представляют собой механизмы, с помощью которых концессионер 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, в частности риска меньшей, чем ожидавшаяся, насыщенности дорожного движения (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункт 18). 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 публичным 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.

49. Скрытые сборы могут быть сопряжены со значительными расходами для организации-заказчика и могут требовать осуществления жесткого и широкого контроля с ее стороны. В странах, которые использовали скрытые сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи концессионеру со стороны организации-заказчика основывались главным образом на фактической интенсивности дорожного движения, измеряемой в автомобиле-километрах. Считается целесообразным предусмотреть, чтобы такие платежи не производились до тех пор, пока не начнется дорожное движение, с тем чтобы стимулировать концессионера к скорейшему открытию дороги. В то же время было сочтено полезным исчислять платежи на основе фактической интенсивности дорожного движения в течение срока концессии. Такая система побуждает концессионера обеспечивать, чтобы на дороге в течение этого времени ремонтные работы проводились в минимальных объемах, поскольку они препятствуют дорожному движению. В качестве альтернативы проектное соглашение может содержать положение о выплате штрафа или о возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. От концессионера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения для расчета годовых показателей, выраженных в автомобилекилометрах, 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 снижается ниже согласованного минимального уровня, необходимого для того, чтобы концессионер прибыльно эксплуатировал дорогу.

b) Закупочные обязательства

50. В случае отдельных электростанций и других объектов, производящих товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретно указанному приобретателю, организация-заказчик или другой публичный орган часто принимает на себя обязательство закупать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются концессионером. 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 концессионера 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 концессионера, а скорее для возмещения переменных или маргинальных затрат, которые концессионер 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 концессионера, 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 концессионера или с индексом, который в разумной степени отражает изменения в эксплуатационных затратах.

51. С точки зрения концессионера, 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 концессионером, 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. С целью 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 принимающей страны или каким-либо национальным или международным учреждением, предоставляющим гарантии (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 46 и 47).

Е. Обеспечительные интересы

52. В целом 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. В общей практике проектного финансирования обеспечительные механизмы, как правило, играют 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 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 с целью перепродажи в надлежащее время, либо для сохранения проекта в своей собственности в течение неограниченного срока и получения платежей от него.

53. Механизмы обеспечения играют центральную роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности, когда структура финансирования создана по схеме “проектного финансирования”. Документы, касающиеся финансирования проектов в области инфраструктуры из частных источников, обычно включают обеспечение как в материальных активах, относящихся к этому проекту, так и в нематериальных активах, находящихся во владении концессионера. 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 концессионером. 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

54. Создание механизмов обеспечения, необходимых для получения финансирования на цели проекта, может столкнуться с юридическими препятствиями в случаях, когда активы проекта являются публичной собственностью. Если концессионер 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 концессионер, 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.

55. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда концессия 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 концессионером.

2. Обеспечительные интересы в нематериальных активах

56. Основным нематериальным активом проекта в области инфраструктуры является сама концессия, т.е. право концессионера эксплуатировать инфраструктуру

туру или предоставлять соответствующую услугу. В большинстве правовых систем концессия предоставляет ее держателю правомочие контролировать весь проект и дает концессионеру право на получение доходов от проекта. Таким образом, стоимость концессии намного превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку держатель концессии обычно имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например, публичной собственности, находящейся во владении концессионера), 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 концессионером. Залог самой концессии может давать различные практические преимущества концессионеру 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 (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 10–16). Такие преимущества могут включать следующее: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждой категории активов проекта, предоставление концессионеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности и создание возможности внести в залог определенные активы без передачи фактического владения этими активами кредиторам. Кроме того, залог концессии может дать кредиторам право предотвращать, в случае нарушения своих обязательств концессионером, прекращение проекта посредством вступления во владение концессией и принятия мер для продолжения осуществления проекта при участии другого концессионера. Залог концессии может являться, таким образом, полезным дополнением к прямому соглашению между кредитором и организацией-заказчиком относительно прав кредиторов на вмешательство или, при определенных обстоятельствах, заменой такого соглашения (пункты 147–150).

57. 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 62 и 63), в некоторых правовых системах может не существовать возможности создания концессионером обеспечительных интересов в самой концессии. Принятое в последнее время в некоторых 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 санкцией обеспечительный интерес, охватывающий все права, которые были предоставлены концессионеру в соответствии с проектным соглашением. 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*

58. Другой формой обеспечения, которое, как правило, предоставляется в связи с большинством проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, является уступка кредиторам поступлений по контрактам с клиентами концессионера. Эти поступления могут представлять собой поступления по одному контракту (например, обязательство о закупке электроэнергии со стороны предприятия по распределению электроэнергии) или по большому количеству отдельных сделок (например, ежемесячные платежи за газ или воду). 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 концессионерам (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать доходы от вспомогательных концессий. 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 концессионером облигаций и других оборотных инструментов.

59. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения играет центральную роль в механизмах финансирования, которые предусматривают размещение облигаций и выдачу других оборотных инструментов. Такие инструменты могут выдаваться самим концессионером, 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 концессионера, со специальной задачей проведения деловых операций по секьюритизации активов и дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называется “специальным целевым механизмом”. Концессионер 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 сле-

лок концессионера с его клиентами. Концессионер 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 концессионера 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 концессионера может быть целесообразным принятие необходимых законодательных мер, позволяющих разделить концессионера и специальный целевой механизм в юридическом плане.

60. В большинстве случаев у концессионера не будет иметься 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 концессионера 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 с целью получения финансирования на нужды проекта (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 10–16).

4. Обеспечительные интересы в акциях проектной компании

61. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия организации-заказчика (см. пункты 62 и 63), 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-концессионера 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 64–68).

Е. Уступка концессии

62. Концессии предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности концессионера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Так, внутреннее законодательство часто запре-

щает уступку концессии 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.

63. 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 концессионером всех обязательств по проектному соглашению и подтверждение технической и финансовой способности нового концессионера предоставлять соответствующую услугу. Общие законодательные положения такого рода могут дополняться конкретными положениями проектного соглашения, устанавливающими сферу действия таких ограничений, а также условия, на которых может быть дано согласие организации-заказчика. Вместе с тем следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче концессионером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии какому-либо субъекту, назначенному кредиторами в соответствии с прямым соглашением между ними и организацией-заказчиком с целью предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного нарушения обязательств концессионером (см. также пункты 147–150).

Г. Передача контрольного пакета акций проектной компании

64. Организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в процедурах, 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. Концессионеры выбираются для осуществления проекта в области инфраструктуры, по меньшей мере отчасти, на основе их опыта и способности реализовать такого рода проект (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 38–40). Поэтому организации-заказчики обеспокоены тем, что если акционеры компании-концессионера будут пользоваться полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги.

65. Организации-заказчики могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в процедурах, 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-концессионера. Когда для осуществления проекта учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на практике (см. пункт 12), то поддержка со стороны акционеров компании-концессионера 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 обеспе-

чивать достаточной защиты от риска неисполнения концессионером своих обязательств. В частности, такие ограничения не являются заменой для соответствующих договорных средств защиты, предусмотренных проектным соглашением, таких, как осуществление контроля в отношении уровня предоставляемой услуги (см. пункты 147–150) или прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительного функционирования (см. главу V, “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 44 и 45).

66. Помимо вышеизложенного, ограничения в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, могут быть также сопряжены с некоторыми недостатками для организации-заказчика. Как это уже отмечалось ранее (см. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 54–67), 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, с тем 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. Вместе с тем, 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 своей свободе передавать свой интерес в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

67. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным сузить ограничения, касающиеся передачи контрольного пакета акций проектной компании, ограничив их определенным сроком (например, в несколько лет после вступления в силу проектного соглашения) или ситуациями, когда такие ограничения оправданы публичными интересами. Одна из таких ситуаций может возникать тогда, когда во владении концессионера находится публичная собственность или когда концессионер 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 поруча-

ются 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-концессионеров, 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.

68. В этих исключительных случаях было бы, возможно, целесообразно потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным соглашением организации-заказчика до передачи своей доли акций. В проектом соглашении 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 концессии, – возможно, потребует установить 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 проектом соглашении, должны ли такие ограничения, если они установлены вообще, применяться только к передаче какого-либо долевого участия в деятельности концессионера 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

69. 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 завершенные работы и давать разрешение на эксплуатацию объекта.

70. С другой стороны, во многих проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предпочесть передать такую ответственность концессионеру. Вместо того, чтобы брать на себя прямую ответственность за управление деталями проекта, организация-заказчик может предпочесть переложить эти функции на концессионера, потребовав от него взять на себя полную ответственность за своевременное завершение строительства. Концессионер в свою очередь будет также 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. Таким образом, в рамках проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, для большинства целей роль нанимателя по строительным подрядам обычно играет концессионер.

71. По этим причинам в некоторых странах законодательные положения, касающиеся сооружения объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, ограничиваются общим определением обязательства концессионера выполнить публичные работы в соответствии с положениями проектного соглашения и предоставляют организации-заказчику общее право следить за ходом работ для обеспечения их соответствия условиям соглашения. В этих странах более подробное регулирование осуществляется в проектных соглашениях.

1. Рассмотрение и утверждение планов строительства

72. В тех случаях, когда необходимо решать вопросы, касающиеся строительных работ, а также связанные с ними аспекты в законодательном порядке, рекомендуется разработать процедуры, которые помогают сохранять согласованные сроки завершения работ и стоимость строительства в пределах оговоренных графиков и смет и уменьшить возможность возникновения споров между концессионером и соответствующими публичными органами. Например, если законодательные положения требуют, чтобы организация-заказчик рассматривала и утверждала строительный проект, в проектном соглашении следует установить предельный срок для рассмотрения строительного проекта и предусмотреть, что утверждение считается данным, если организация-заказчик в течение указанного срока не выскажет никаких возражений. Кроме того, может оказаться полезным указать в проектном соглашении 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 проекта

73. 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. В этой связи в настоящем *Руководстве* используется термин “изменения”. Термин “изменения”, как он используется в *Руководстве*, не охватывает корректировки или пересмотра тарифов в результате роста издержек или колебаний валютных курсов (см. пункты 39–44). Аналогично, пересмотр проектного соглашения в случае существенного изменения условий также не считается изменением согласно настоящему *Руководству* (см. пункты 126–130).

74. Учитывая сложность большинства проектов в области инфраструктуры, исключить необходимость внесения изменений в строительные спецификации или другие условия проекта не представляется возможным. Однако эти измене-

ния часто приводят к задержке сроков выполнения проекта или начала предоставления общедоступных услуг; они могут также затруднить для концессионера исполнение проектного соглашения. Кроме того, расходы в связи с выполнением распоряжений о внесении крупных изменений могут превысить собственные финансовые возможности концессионера, 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 “Выбор концессионера”, пункты 61 и 64–66), что помогает избежать внесения последующих изменений в проект.

75. В проектном соглашении следует указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить концессионеру для покрытия дополнительных расходов и задержек, связанных с внесением таких изменений. В проектном соглашении следует также четко определить, в какой степени концессионер 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, концессионер может быть освобожден от его обязательств, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел.

76. 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 проектному соглашению¹. Вместе с тем следует отметить, что в случае концессий 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 концессиями в области инфраструктуры, иногда включают сочетание различных методов от единовременных платежей до повышения тарифов или продления срока действия концессии. Например, может возникнуть необходимость в изменениях, которые приведут к увеличению расходов, которое концессионер сможет покрыть или профинансировать самостоятельно и компенсировать с помощью соответствующей корректировки тарифов или платежных механизмов. Если концессионер не может самостоятельно рефинансировать или оплатить изменения, стороны могут договориться о единовременных выплатах в качестве альтернативы дорогостоящему и сложному механизму рефинансирования.

¹ Обсуждение подходов и возможных решений, используемых в контрактах на строительство крупных промышленных объектов см. *Правовое руководство 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

77. 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 обеспокоенность 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. Может также оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления и предусмотреть соответствующую компетенцию для концессионера. Кроме того, можно предусмотреть гарантии для обеспечения выплаты концессионеру компенсации или возмещения ущерба в результате приостановления проекта (см. также главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 48–50).

78. 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 24). В подобных случаях законодательство часто содержит требование о том, чтобы завершённый объект был официально принят организацией-заказчиком или другим публичным органом. Такая официальная приемка обычно происходит только после инспекции завершённого 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 концессионера), может часто возникать необходимость в согласовании положений в отношении проведения итоговой инспекции и приемки строительных работ организацией-заказчиком для обеспечения соблюдения норм, касающихся здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. В проектном соглашении следует в деталях описать характер приемочных испытаний или инспекции завершённого 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 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 концессионеру возможность исправить дефекты, которые могут быть обнаружены на этой стадии.

4. Гарантийный срок

79. Заключаемые концессионером контракты на строительство обычно предусматривают гарантии качества, согласно которым подрядчики принимают на себя ответственность за любые дефекты объекта и за неточности или неполноту тех-

нической документации на сдаваемый объект, причем предусматриваются, однако, и разумные исключения (например, обычный износ или ошибки концессионера 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 проектном соглашении следует предусмотреть, что окончательная приемка объекта организацией-заказчиком не будет освобождать строительных подрядчиков от любой ответственности за дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации, как это может предусматриваться согласно контрактам на строительство или применимым правом.

I. Эксплуатация инфраструктуры

80. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в проектном соглашении. 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.

81. 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 проектного соглашения в такие положения и требования, возможно, потребуется внести изменения. Однако важно помнить о потребности частного сектора в стабильной и предсказуемой нормативной основе. Изменения в положениях или частое введение новых и более жестких правил может 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 122–125), регулирующим учреждениям рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Эксплуатационные стандарты

82. 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. Стандарты обслуживания часто подробно указываются в проектном соглашении. 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 области здравоохранения, техники безопасности и охраны окружающей среды. Однако в законодательных актах могут устанавливаться базовые принципы, которые будут лежать в основе разработки подробных стандартов, или может содержаться требование о соблюдении международных стандартов.

83. Организация-заказчик, как правило, сохраняет за собой право следить за соблюдением проектной компанией эксплуатационных стандартов, установленных в порядке регулирования. Концессионер 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 концессионера.

2. Расширение услуг

84. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся обеспечением некоторых основных услуг по правительственной концессии, например, снабжением электроэнергией или питьевой водой общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую разумным потребностям данной общины или территории. Эта обязанность часто обуславливается не только историческим спросом, сложившимся на момент выдачи концессии, 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.

85. В некоторых правовых системах такое обязательство не является ни абсолютным, ни безусловным. Обязанность концессионера 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 концессионера; публичная заинтересованность в осуществлении такого расширения; и масштабы обязательств, которые принимает на себя концессионер в этой связи по проектному соглашению. В некоторых правовых системах концессионер иногда обязан расширять свои объекты 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 концессионер, может в итоге охватить неприбыльные районы. В то же время в отношении этого обязательства устанавливается ряд ограничений, поскольку концессионер не обязан производить расширения, которые накладывают на него или

его клиентов чрезмерное бремя. В зависимости от конкретных обстоятельств расходы в связи с расширением объекта по оказанию услуг могут покрываться самим концессионером, 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 проектном соглашении те обстоятельства, при которых от концессионера может потребоваться расширение его объектов по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

3. Непрерывный характер предоставления услуг

86. 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 132–134). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не оговорено в проектном соглашении. 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 контракта приостановить или прекратить выполнение ее обязанностей, например, в случае экономических трудностей или нарушения условий другой стороной, не могут использоваться концессионером в качестве основания для временного прекращения или приостановления предоставления общедоступных услуг, будь то в полном объеме или частично. В некоторых правовых системах организация-заказчик может даже обладать специальными принудительными полномочиями, позволяющими ей заставить концессионера продолжать оказывать услуги в случае неправомерного прекращения.

87. Эта обязанность также регулируется общим правилом разумной обоснованности. Различные правовые системы признают право концессионера на справедливую компенсацию за продолжение оказания услуг в сложных экономических ситуациях (см. пункты 126–130). 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, концессионер может получить право на прямую компенсацию от организации-заказчика или, в качестве альтернативы, на прекращение проектного соглашения. 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 проектном соглашении те исключительные обстоятельства, которые могут оправдывать приостановление оказания услуг или даже освободить концессионера от обязанностей по проектному соглашению (см. пункты 132–139, а также главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункт 34).

4. *Равное отношение к клиентам или пользователям*

88. На предприятиях, 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.

89. Помимо дифференциации, устанавливаемой самим концессионером, 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 сниженных 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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 42–44).

5. *Подключение и доступ к сетям инфраструктуры*

90. 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 проектном соглашении или закрепляться в законах или постановлениях 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 с целью развития конкуренции в секторах, которые остаются полностью или частично интегрированными (краткую информацию по вопросам рыночной структуры см. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункты 21–46).

91. 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.

92. 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.

93. 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.

б. Требования в отношении предоставления информации

94. 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.

95. 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 потребоваться тщательная проверка финансовых операций в отношении между концессионером и его дочерними компаниями, поскольку концессионеры 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 правило, 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 концессионер и его дочерние компании могут представить регулирующему учреждению.

7. Права концессионера по обеспечению исполнения контракта

96. В странах с устоявшимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг концессионер 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 концессионера в каждом конкретном случае. Объем полномочий, предоставляемых концессионеру, обычно определяется в проектном соглашении 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 концессионером эксплуатационные правила не должно являться дискреционным, и концессионер должен иметь право обжаловать решение об отказе в утверждении предложенных правил (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 49 и 50).

97. Особую важность для концессионера представляет вопрос о возможности прекращения предоставления услуг в результате неисполнения или несоблюдения правил со стороны пользователей. Несмотря на общую обязанность концессионера обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты 86 и 87), 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 не-

которых видов общедоступных услуг в некоторых правовых системах для надления такими правами может требоваться санкция законодательных органов. Кроме того, применительно к осуществлению этих полномочий может предусматриваться целый 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 45 и 46).

Ж. Общие договорные механизмы

98. В настоящем разделе рассматриваются отдельные договорные механизмы, которые, как правило, встречаются в проектных соглашениях 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

99. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, для выполнения некоторых видов или основного объема строительных работ по проектному соглашению концессионер, как правило, привлекает услуги одного или нескольких строительных подрядчиков. На эксплуатационном этапе проекта концессионер 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 концессионера 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 концессионером такое право.

а) Выбор субподрядчиков

100. В некоторых странах право концессионера 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, такие положения могут оттолкнуть потенциальных инвесторов, поскольку в число спонсоров проектов обычно входят инженерно-конструкторские и строитель-

ные компании, которые участвуют в проекте, рассчитывая на то, что им будут предоставлены главные подряды на выполнение строительных и других работ.

101. Однако свобода выбора концессионером своих субподрядчиков не является неограниченной. В некоторых странах концессионер должен указывать в своем предложении тех подрядчиков, услугами которых он намеревается воспользоваться, включая информацию об их технических возможностях и финансовом положении. Другие страны либо требуют, чтобы такая информация представлялась во время заключения проектного соглашения, либо распространяют на такие контракты процедуры предварительного рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком. Цель таких положений состоит в том, чтобы избежать возможных коллизий 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 проектном соглашении должны четко указываться цель таких процедур рассмотрения и утверждения и условия, при которых организация-заказчик может не утвердить субподряды. Как правило, субподряды не утверждаются только в том случае, если в них содержатся положения, явно противоречащие публичным интересам (например, предусматривающие выплату завышенных сумм субподрядчикам или необоснованно ограничивающие ответственность) или противоречащие носящим публично-правовой характер императивным нормам, применяющимся в принимающей стране в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

b) Применимое право

102. Концессионер 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 концессионер, возможно, согласится на применение права принимающей страны в отношении договоров, заключаемых с местными клиентами.

103. Внутреннее специальное законодательство по вопросам проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, редко содержит положения, касающиеся выбора права, регулирующего контракты, заключаемые концессионером. Так, большинство стран не нашли достаточных оснований для принятия специальных положений, касающихся права, регулирующего контракты между концессионером и его подрядчиками, и предпочли, чтобы этот вопрос решался путем включения в договоры оговорок о выборе права или в соответствии с 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 норма-

ми 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.

104. В некоторых случаях во внутреннее законодательство в порядке уточнения включались положения о том, что контракты, заключаемые концессионером 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

105. Дефекты в конструкции или ненадлежащая эксплуатация объекта инфраструктуры могут привести к гибели или травмам персонала концессионера, 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 проектному соглашению и регулирующему вопросы ответственности из договора, а применимым юридическим нормам, регулирующим вопросы внедоговорной 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. Более того, проектное соглашение не может ограничивать ответственность концессионера или организации-заказчика применительно к компенсации третьим сторонам, не являющимся сторонами проектного соглашения. В силу этого организации-заказчику и концессионеру 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 119 и 120).

106. Если третьей стороне нанесена травма или причинен ущерб ее имуществу в результате сооружения или эксплуатации объекта и если она предъявляет требование организации-заказчику, законодательство может предусматривать, что любая ответственность в этой связи должна лежать только на концессионере 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 отношения третьих сторон, будет, возможно, целесообразно предусмотреть в проектном соглашении, 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.

107. В проектном соглашении 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 страхования

108. Обязательства концессионера обычно подкрепляются недоставлением тех или иных гарантий исполнения на случай нарушения обязательств и обеспечением страхового покрытия ряда рисков. В некоторых странах закон обычно требует предоставления концессионером надлежащих гарантий исполнения, а вопрос о подробной регламентации этого требования оставляется на урегулирование в проектных соглашениях. 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

109. 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 концессионера в случае неисполнения со стороны последнего. Денежные гарантии исполнения могут иметь фор-

му договорной гарантии, резервного аккредитива или гарантии по требованию. 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 контракта. В соответствии с обязательством по обеспечению исполнения гарант часто оставляет за собой возможность исполнить свое обязательство только путем выплаты организации-заказчику соответствующей денежной суммы. Гарантии исполнения, как правило, предоставляются специализирующимися на гарантиях учреждениями, такими, как гарантийные и страховые компании. Особым видом гарантии исполнения является гарантия обслуживания, которая защищает организацию-заказчика от возможных будущих сбоев, которые могут произойти 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 концессионером.

110. 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 концессионера по проектному соглашению. В соответствии с независимой гарантией (которая часто называется гарантией по первому требованию) или резервным аккредитивом, гарант или эмитент обязан 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

111. С точки зрения организации-заказчика денежные гарантии исполнения могут быть особенно полезными для покрытия дополнительных расходов, ко-

торые она может понести в результате задержки исполнения или нарушения обязательств концессионером. Денежные гарантии исполнения могут также служить инструментом оказания давления на концессионера для обеспечения своевременного завершения строительства и исполнения других взятых им на себя обязательств в соответствии с условиями проектного соглашения. 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 концессионера или его подрядчиков.

112. 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, и благодаря этому гаранты не участвуют в спорах между организацией-заказчиком и концессионером по вопросу о том, имело ли место неисполнение по проектному соглашению. 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 концессионера.

113. 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 концессионер обычно вынужден отыскивать и резервировать крупные суммы для контргарантий в пользу учреждений, выдающих гарантии по первому требованию или резервные аккредитивы. Кроме того, концессионер, 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 концессионера не было, и стоимость такого страхования включается в расходы по проекту. Концессионер 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.

114. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива с точки зрения концессионера состоит в том, что, при получении организацией-заказчиком возмещения в случае, когда неисполнения со стороны концессионера не было, последний может понести немедленные убытки, если гарант или эмитент аккредитива взыщет причитающееся ему возмещение из активов концессионера после осуществления платежа организации-заказчику. Концессионер может также столкнуться с трудностями и задержками в связи с возмещением организацией-заказчиком необоснованно востребованной суммы.

115. 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 из неисполнения обязательств, имеются и у га-

ранта. 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(j)(i) Унифицированных правил для договорных гарантий, разработанных Международной торговой палатой². Статья 7(j)(i) 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 концессионером.

116. 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 проектному соглашению. 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. Однако если строительство связано с использованием технологии, известной только концессионеру, 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 концессионера, преимущество аксессуарных гарантий заключается в том, что они не снижают возможности концессионера по заимствованию, поскольку эти гарантии, в отличие от гарантий по первому требованию и резервных аккредитивов, не влияют на кредитную линию концессионера у кредиторов.

117. На основе вышеизложенных соображений можно сделать вывод о том, что различные обязательства, принимаемые на себя концессионером, могут эффективно обеспечиваться различными видами гарантий. Хотя целесообразно потребовать от концессионера 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 концессионером, а не предусматривать в законодательстве только одну форму гарантий, исключив другие. Следует отметить, что проектной компании самой потребуется ряд гарантий исполнения со стороны своих подрядчиков (см. пункт б) и что дополнительные гарантии в пользу организации-заказчика, как правило, ведут к увеличению общей стоимости проекта и усложняют его. В некоторых странах для национальных органи-

² Текст Унифицированных правил для договорных гарантий на английском языке воспроизводится в документе A/CN.9/459/Add.1.

заций-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

118. Одна из особых проблем, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 выдача 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 концессии, 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 проектного соглашения”, пункты 50–62).

d) Механизмы страхования

119. Механизмы страхования, используемые в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, как правило, варьиру-

ются 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 концессионером в его собственных интересах, другие же – в соответствии с требованиями законодательства принимающей страны. К последним видам страхования часто относятся страхование от причинения ущерба объекту, страхование гражданской ответственности, страхование компенсационных выплат рабочим, страхование на случай загрязнения и причинения ущерба окружающей среде.

120. 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 рядом практических трудностей. В некоторых странах обычно предлагаемое покрытие может оказаться более ограниченным, чем стандартное покрытие, которое может быть приобретено на международном рынке, в связи с чем концессионер 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

121. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно рассчитаны на длительный срок, в течение которого многие обстоятельства, касающиеся проекта, могут измениться. Последствия многих изменений могут быть заранее урегулированы в проектном соглашении либо с помощью финансовых механизмов, таких, как тарифная структура, включающая положение об индексации (см. пункты 39–46), 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 концессионера). Однако существуют изменения, которые трудно предусмотреть в механизме автоматической корректировки или которые стороны могут предпочесть исключить из сферы действия такого механизма. С точки зрения законодательства, особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений: законодательные или нормативные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

а) Законодательные или нормативные изменения

122. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер может столкнуться с дополнительными расходами при исполнении своих обязательств по проектному соглашению в результате будущих непредвиденных изменений в законодатель-

стве, которое регламентирует его деятельность. В экстремальных случаях законодательство может даже сделать невозможным осуществление проекта концессионером с финансовой или материальной точки зрения. В целях надлежащего решения проблемы изменений в законодательстве может оказаться полезным провести разграничение между законодательными изменениями, конкретно касающимися проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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.

123. Изменения в законодательстве затрагивают все коммерческие организации, будь то в частном или государственном секторе, и обычно им приходится 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 государственному 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 концессионера, 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. Таким образом, может не иметься оснований *prima facie* для того, чтобы концессионер не испытывал на себе последствий общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся к всему коммерческому сектору.

124. Тем не менее важно учитывать возможную ограниченность способности концессионера реагировать на рост издержек, который является следствием общих законодательных изменений, или абсорбировать эти возросшие затраты. На деятельность операторов инфраструктуры часто распространяются стандарты обслуживания и механизмы контроля над тарифами, что затрудняет их возможности реагировать на изменения законов таким же образом, как и другие частные компании (например, путем повышения тарифов или сокращения услуг). Если механизмы контроля над тарифами предусмотрены в проектном соглашении, то концессионер 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, целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с концессионером о компенсации, на которую концессионер может быть вправе рассчитывать в том случае, если меры контроля над тарифами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями.

125. Иная ситуация возникает в том случае, когда концессионер сталкивается с ростом издержек в результате законодательных изменений специального характера, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Такие изменения нельзя рассматривать как обычный коммерческий риск, и они могут существенно изменить экономические и финансовые предположения, на основе которых было заключено проектной соглашением. 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. 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 проектного соглашения.

b) Изменения экономических условий

126. В некоторых правовых системах действуют правила, которые допускают возможность пересмотра положений проектного соглашения в случае изменения экономических или финансовых условий, которое, хотя и не создает препятствий исполнению обязательств концессионера по контракту, существенно затрудняет их исполнение по сравнению с тем, что предусматривалось первоначально в тот момент, когда концессионер брал на себя эти обязательства. В некоторых правовых системах возможность пересмотра условий соглашения обычно подразумевается во всех правительственных контрактах или конкретно оговаривается в соответствующем законодательстве.

127. Переговоры по финансовым и экономическим условиям для осуществления инвестиций концессионером 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 финансовые предложения, подготовленные участниками процедур (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 68). В то же время могут произойти некоторые события, наступления которых стороны не могли разумно ожидать в момент переговоров по проектному соглашению и которые, если бы они были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иной нормы вознаграждения на инвестиции концессионера. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, важно разработать механизмы, которые регулировали бы финансовые и экономические последствия таких событий. В ряде стран применяются правила о пересмотре условий, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают неисполнение со стороны концессионера, которое привело бы к краху проекта. Однако правила о пересмотре могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

128. 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 концессионеру компенсацию в связи с изменениями экономических условий может привести к переносу на публичный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на концессионера, 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 концессионера. Чрезмерно льготное применение процедуры пересмотра условий проекта может привести 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 пересмотр проектного соглашения из-за изменения экономических условий.

129. Может оказаться целесообразным предусмотреть в проектном соглашении, что изменение обстоятельств, оправдывающее пересмотр условий проектного соглашения, должно быть вне сферы контроля концессионера и что его характер должен быть таким, что концессионер не мог разумно его предвидеть в момент заключения проектного соглашения 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 какой-либо организацией, не являющейся организацией-заказчиком. Однако, как правило, будет ожидаться, что концессионер 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 пересмотра проектного соглашения.

130. Кроме того, возможно, будет желательно предусмотреть в проектном соглашении, что для представления просьбы о пересмотре проектного соглашения необходимо, чтобы стоимостное воздействие якобы произошедших изменений экономических и финансовых условий было выражено определенной минимальной процентной долей от общих расходов по проекту или поступлений концессионера. Такое правило 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 проектного соглашения. 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 пре-

дусматривался в первоначальном проектном соглашении. Однако, с точки зрения концессионера 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.

5. Препятствия, освобождающие от ответственности

131. 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.

а) Определение препятствий, освобождающих от ответственности

132. К числу препятствий, освобождающих от ответственности, как правило, относятся события, которые не поддаются контролю любой из сторон, 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 необъявленная) 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 рабочей силы.

133. 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 проектному соглашению. 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 концессионера распределение рисков является более благоприятным, чем то, которое предусмотрено в других проектных соглашениях. Однако важно рассмотреть возможные недостатки включения в законодательные или нормативные 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 рис-

ки, которые любой поставщик общедоступных услуг, действующий в соответствующем регионе, должен заранее предвидеть.

134. 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 концессионера может потребоваться получить лицензию или иное официальное разрешение на исполнение некоторых из его обязательств. Таким образом, проектное соглашение может предусматривать, что если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или если они будут выданы, но потом отозваны из-за того, что концессионер не отвечает определенным критериям для выдачи лицензии или разрешения, то концессионер не может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Однако если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или же если они будут отозваны по посторонним или необоснованным причинам, то будет справедливо предусмотреть, что концессионер 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 проектного соглашения 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

135. 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 концессии. Задержки в завершении строительства объекта сокращают продолжительность эксплуатационного периода и могут негативно сказаться на общей смете поступлений концессионера и кредиторов. Поэтому может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о том, при каких обстоятельствах продление срока концессии может быть оправданным, с тем чтобы учесть возможные задержки, которые возникают на этапе строительства. Наконец, желательно предусмотреть, что, если соответствующее обстоятельство носит постоянный характер, стороны могут прекратить проектное соглашение (см. также главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункт 34).

136. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли концессионер иметь право на компенсацию в случае потери доходов или причинении ущерба имуществу в

результате возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Ответ на этот вопрос обуславливается распределением рисков, предусмотренным в проектном соглашении. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме, проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, осуществляются концессионером на свой страх и риск, включая риск убытков, которые могут являться следствием стихийных бедствий и других препятствий, освобождающих от ответственности, и в отношении которых концессионеру обычно требуется приобрести надлежащее страховое покрытие. Таким образом, некоторые законы прямо исключают любую форму компенсации концессионеру 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 проектного соглашения в целях восстановления его экономической и финансовой сбалансированности (см. также пункты 126–130).

137. 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 концессионеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в проектном соглашении, при условии, что возможность такой помощи предусматривалась в запросе предложений. Иногда организация-заказчик вправе согласиться выплатить компенсацию концессионеру 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 концессионера.

138. Если концессионер оказывается не в состоянии исполнять свои обязательства из-за любого такого препятствия и если сторонам не удается добиться приемлемого пересмотра условий контракта, согласно некоторым национальным законам концессионеру предоставляется право прекратить проектное соглашение без ущерба для той компенсации, которая может причитаться при таких обстоятельствах (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункт 34).

139. 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 86 и 87). В этих случаях целесообразно определить, в какой степени такое обязательство может, исходя из разумных соображений, накладываться на концессионера и какая компенсация может причитаться за дополнительные издержки и трудности, с которыми он сталкивается.

6. *Нарушение обязательств и средства правовой защиты*

140. В целом, существует широкий набор средств правовой защиты – вплоть до прекращения проектного соглашения, – 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 141 и 142). 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 143–146) или замены концессионера (см. пункты 147–150). Конечное средство правовой защиты в виде прекращения проектного соглашения и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах *Руководства* (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, разделы D и E).

а) Общие соображения

141. К средствам правовой защиты в случае нарушения обязательств концессионером, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие, как удержание гарантий, договорные штрафы и заранее оцененные убытки³. 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 возможности 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. Как правило, целесообразно предусмотреть, что концессионеру должно представляться уведомление с требованием исправить то или иное нарушение в надлежащий срок. Кроме того, целесообразно предусмотреть выплату концессионером 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 концессионеру за превышение согласованных условий.

³ Рассмотрение вопроса о средствах правовой защиты, используемых в контрактах на строительство сложных промышленных объектов, см. *Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов*, глава XVIII, “Пророчка, дефекты и прочие случаи невыполнения обязательств”.

142. В то время как организация-заказчик может защитить себя от последствий нарушения обязательств концессионером при помощи ряда различных договоренностей, соблюдение которых обеспечивается в судебном порядке, на средства правовой защиты, имеющиеся у концессионера, в соответствии с применимым законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из норм права, 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 концессионером, последний может быть лишен возможности принятия принудительных мер для обеспечения исполнения обязательств, взятых на себя этими публичными учреждениями (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункты 33–35). В этой ситуации возрастает важность обеспечения механизмов для защиты концессионера 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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 61–71).

b) Права организации-заказчика на вмешательство

143. В законодательстве некоторых стран прямо предусматривается, что организация-заказчик имеет право временно брать на себя функции по эксплуатации объекта, обычно в случае неисполнения концессионером его обязательств, в частности, если на организации-заказчике лежит по закону ответственность за обеспечение эффективного оказания соответствующих услуг в любое время. В некоторых правовых системах такая прерогатива рассматривается как неотъемлемая часть большинства правительственных контрактов и считается существующей, даже если о ней прямо не упоминается в законодательстве или проектном соглашении.

144. 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 серьезным сбоям в предоставлении услуг и не допускать такого вмешательства в случаях простой неудовлетворенности деятельностью концессионера. 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 концессионеру не удалось решить самостоятельно. После того, как чрезвычайная ситуация будет исправлена, концессионер должен вновь взять на себя ответственность за оказание услуг.

145. 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 концессионера. Помимо этого, существует опасность

того, что частые вмешательства могут переложить на организацию-заказчика те риски, которые, согласно условиям проектного соглашения, были возложены на концессионера. Концессионер не должен полагаться на вмешательство организации-заказчика для устранения того или иного конкретного риска, а сам должен принимать необходимые меры, как это предусмотрено в проектном соглашении.

146. В проектном соглашении целесообразно указать, какая из сторон несет расходы в связи с вмешательством организации-заказчика. В большинстве случаев, если вмешательство обусловлено неисполнением по вине концессионера, то ответственность за расходы, понесенные организацией-заказчиком, должен нести концессионер. 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 концессионера. Однако, если такое вмешательство происходит после возникновения препятствий, освобождающих от ответственности (см. пункты 131–139), стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в проектном соглашении.

с) Права кредиторов на вмешательство

147. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае нарушения обязательств концессионером или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля концессионера стороны, тем не менее, будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта путем передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому концессионеру. Кредиторы, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь обеспокоены риском приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае нарушения обязательств концессионером или возникновения препятствия для его деятельности кредиторы будут заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы не остались незавершенными и чтобы концессия приносила прибыль. Организация-заказчик также может быть заинтересована в том, чтобы проект мог быть продолжен новым концессионером, в качестве альтернативы необходимости принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление.

148. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового концессионера для исполнения обязательств по действующему проектному соглашению, 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 концессионеру. Главная цель такого прямого соглашения состоит в том, чтобы дать кредиторам возможность избежать прекращения проекта организацией-заказчиком в случае нарушения обязательств концессионером путем его замены новым концессионером, который будет продолжать исполнять обязательства по проектно-му соглашению вместо концессионера, допустившего нарушение. В отличие от

права организации-заказчика на вмешательство, которое связано с конкретным, временным и экстраординарным сбоем в предоставлении услуг, права кредиторов на вмешательство предусматриваются для тех случаев, когда непредоставление услуг концессионером носит неоднократный характер и может быть разумно сочтено необратимым. Опыт стран, которые в последнее время прибегают к таким прямым соглашениям, показывает, что возможность воспрепятствовать прекращению проекта и выбирать альтернативного концессионера обеспечивает кредиторам дополнительные гарантии на случай нарушения обязательств концессионером. В то же время это дает организации-заказчику возможность избежать трудностей, связанных с прекращением проектного соглашения, и тем самым обеспечить непрерывность предоставления услуг.

149. Однако в некоторых странах, в которых такие положения не предусмотрены в законодательном порядке, их применение может быть сопряжено с трудностями. Неспособность концессионера исполнять свои обязательства обычно служит основанием для передачи эксплуатации объекта организации-заказчику или прекращения соглашения (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 15–23). Для выбора нового концессионера вместо концессионера, допустившего нарушение, организации-заказчику иногда необходимо использовать те же процедуры, которые применялись при выборе первоначального концессионера, и у организации-заказчика может не иметься возможности договориться с кредиторами о привлечении нового концессионера, 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 концессионером, может потребоваться заключение с ним нового проектного соглашения и его возможности по принятию на себя обязательств его предшественника могут быть ограниченными.

150. 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 концессионера для исполнения обязательств по действующему проектному соглашению, если концессионер допускает серьезные нарушения при предоставлении услуг, предусмотренных в проектном соглашении, или в случае других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения проектного соглашения. В соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами следует, в частности, указывать следующее: обстоятельства, при которых кредиторам разрешается назначать нового концессионера; процедуры замены концессионера; 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 проектному соглашению.

V. Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения

A. Общие замечания

1. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, в большинстве случаев осуществляются в течение определенного срока, по истечении которого ответственность за эксплуатацию объекта инфраструктуры передается концессионером организации-заказчику. Элементы, которые следует учитывать при определении срока концессии, рассматриваются в разделе В. В разделе С излагается вопрос о возможности и обстоятельствах продления проектного соглашения. В разделе D рассматриваются обстоятельства, позволяющие прекратить проектное соглашение до истечения его срока. И, наконец, в разделе Е рассматриваются последствия истечения или прекращения проектного соглашения, включая передачу активов проекта и компенсацию, на которую могут иметь право стороны при прекращении соглашения, а также вопросы, связанные с этапом завершения проекта.

В. Срок действия проектного соглашения

2. Законодательство некоторых стран содержит положения, ограничивающие срок действия концессии в области инфраструктуры определенным числом лет. В некоторых случаях законодательство устанавливает общие ограничения в отношении большинства проектов в области инфраструктуры и специальные ограничения в отношении проектов в конкретных секторах инфраструктуры. В некоторых странах максимальная продолжительность установлена только в отношении определенных секторов инфраструктуры.

3. Желательный срок действия проектного соглашения может зависеть от целого ряда факторов, например от максимального срока эксплуатации объекта; вероятного срока, в течение которого будет сохраняться потребность в соответствующей услуге; предполагаемого срока полезной эксплуатации активов, связанных с проектом; степени изменяемости технологии, требуемой для проекта; и срока, необходимого концессионеру 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. С учетом трудностей, связанных с установлением единого законодательного ограничения срока осуществления проектов в области инфраструктуры, 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.

4. В некоторых правовых системах этот результат достигается с помощью положений, которые – без указания какого-либо конкретного числа лет – требуют, чтобы все концессии обуславливались максимальным сроком. Иногда закон лишь указывает, какие элементы следует принимать во внимание при определении продолжительности концессии; к их числу могут относиться, например, характер и размер инвестиций, требуемых от концессионера, и обычный срок амортизации в отношении соответствующих конкретных объектов и сооружений. Некоторые законы, касающиеся отдельных проектов или секторов, предусматривают комбинированную систему, в рамках которой требуется, чтобы проектное соглашение предусматривало истечение концессии по окончании определенного срока или же после полного погашения концессионером своей задолженности и достижения определенного уровня поступлений, объема производства или пользования в зависимости от того, что наступает раньше.
5. Вместе с тем в тех случаях, когда считается необходимым установить законодательные ограничения, максимальный срок должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы концессионер 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 концессии с учетом объема инвестиций и требуемого для их возвращения срока, а также при условии соблюдения специальных процедур одобрения.

С. Продление проектного соглашения

6. В договорной практике некоторых стран организация-заказчик и концессионер могут договориться об однократном или многократном продлении срока концессии. Чаще, однако, внутреннее законодательство разрешает продлевать проектное соглашение лишь при наличии исключительных обстоятельств. В таком случае по истечении проектного соглашения организация-заказчик обязана, как правило, начать процесс отбора нового концессионера, с применением обычно тех же процедур, которые использовались при выборе концессионера, срок действия концессии которого истек (рассмотрение процедур отбора см. главу III “Выбор концессионера”).
7. В ряде стран признано полезным требовать проведения периодических повторных процедур на получение исключительных концессий вместо свободного продления таких концессий сторонами. Проведение периодических процедур может дать концессионеру 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 концессионер. Например, для концессий на сбор твердых отходов, не требующих крупных фиксированных инвестиций, периодичность может быть сравнительно короткой (например, от трех до пяти лет), тогда как для концессий на энерго- или водоснабжение желательно устанавливать более длительные сроки. В большинстве стран проведение повторных процедур совпадает с окончанием срока проекта, однако в других странах концессия может выдаваться 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 концессионер полностью окупил свои инвестиции. Для стимулирования действующего оператора в законодательстве некоторых стран предусматривается, что концессионеру может быть отдано предпочтение перед остальными участниками процедур при выдаче последующих концессий на аналогичную деятельность. Вместе с тем концессионер может обладать правом на компенсацию, если он не выиграет очередной раунд процедур, и в этом случае все поступления от процедур или их часть должны будут быть выплачены действующему концессионеру. Требование о том, что участник, выигравший процедуры, должен выкупить у действующего концессионера любые права собственности и возмещенные инвестиции, сокращает долгосрочный риск для инвесторов и кредиторов и предоставляет им ценную возможность выйти из осуществления проекта (см. пункты 39 и 40).

8. Несмотря на сказанное выше, целесообразно не исключать полностью возможность проведения переговоров о продлении срока концессии при возникновении исключительных обстоятельств. Срок проекта в области инфраструктуры является одним из основных факторов, учитываемых при обсуждении финансовых механизмов, и непосредственно влияет на цену на услуги, предоставляемые концессионером. Стороны могут прийти к выводу, что продление проектного соглашения (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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 131–139); продление срока в качестве компенсации в случае приостановления проекта в результате действий организации-заказчика или других публичных органов (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 140 и 141); или продление срока для предоставления концессионеру возможности возместить издержки в связи с выполнением необходимых дополнительных работ на объекте, которые концессионер не смог бы возместить в течение нормального срока действия проектного соглашения без неоправданного повышения тарифов (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 73–76). Для целей прозрачности и отчетности в некоторых странах продление срока концессии обуславливается общим совокупным пределом или требует утверждения специально указанным публичным органом.

Д. Прекращение

9. Основания для прекращения проектного соглашения до истечения его срока действия и последствия любого такого прекращения часто являются предметом регулирования внутреннего законодательства. Как правило, закон разрешает сторонам прекратить проектное соглашение при наступлении определенных событий. Все стороны, связанные с реализацией проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников, заинтересованы прежде всего в

обеспечении успешного завершения строительства объекта и непрерывного и упорядоченного предоставления соответствующих общедоступных услуг. С учетом серьезных последствий прекращения соглашения, поскольку может быть прервано или даже остановлено предоставление услуг, 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 широкого справедливого баланса прав и условий в отношении прекращения соглашения для обеих сторон.

10. 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 проектного соглашения. Особую важность представляет вопрос о том, может ли проектное соглашение быть прекращено в одностороннем порядке или же для его прекращения необходимо решение судебного или иного органа по урегулированию споров.

11. Концессионер обычно не наделяется правом прекращать проектное соглашение без достаточных оснований, и в некоторых правовых системах прекращение концессионером 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 концессионеру. Между тем в других странах делается исключение в случае концессий на общедоступные услуги, договорный характер которых считается несовместимым с правом прекращать соглашение в одностороннем порядке. И наконец, в некоторых правовых системах не признается право публичных органов прекращать соглашения в одностороннем порядке. Вместе с тем учредители и кредиторы проекта будут обеспокоены по поводу риска преждевременного или необоснованного прекращения соглашения организацией-заказчиком даже в случае, когда решение о прекращении может быть обжаловано через механизм урегулирования споров. Следует также отметить, что наделение организации-заказчика правом в одностороннем порядке прекращать проектное соглашение не может адекватно заменить хорошо проработанные договорные механизмы контроля за исполнением или надлежащие гарантии исполнения (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 80–97 и 108–120).

12. Положения, касающиеся прекращения, должны, таким образом, быть приведены в соответствие с предусмотренными в проектном соглашении 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 143–146). Важно также при рассмотрении вопроса о правах организации-заказчика на прекращение соглашения учитывать финансовые соглашения, которые концессионер заключил со своими кредиторами. В большинстве случаев события, которые могут привести к прекращению проектного соглашения,

будут представлять собой также случаи неисполнения обязательств по кредитным соглашениям, последствием чего может стать незамедлительное востребование всей непогашенной задолженности концессионера. Поэтому было бы полезно попытаться избежать риска прекращения соглашения за счет предоставления кредиторам возможности предложить кандидатуру нового концессионера в случае, когда прекращение проектного соглашения с первоначальным концессионером представляется неотвратимым (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 108–120).

13. В свете сказанного выше, в целом целесообразно предусмотреть, чтобы в большинстве случаев для прекращения проектного соглашения требовалось окончательное решение органа по урегулированию споров, оговоренного в соглашении. Такое требование позволило бы снизить опасения в отношении преждевременного или необоснованного прекращения соглашения. 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 проектном соглашении 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 проектного соглашения не наносило ущерба праву концессионера добиваться последующего пересмотра решения о прекращении, принятого организацией-заказчиком, в судебном порядке.

1. Прекращение организацией-заказчиком

14. Права организации-заказчика на прекращение соглашения обычно распространяются на три категории обстоятельств: серьезное нарушение обязательств концессионером, несостоятельность или банкротство концессионера и прекращение соглашения в силу публичных интересов.

а) Серьезное нарушение обязательств концессионером

15. 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 проектное соглашение в случае нарушения обязательств концессионером. В связи с перебоями, которые возникают при прекращении соглашения, и в интересах сохранения непрерывности предоставления услуг, нецелесообразно рассматривать прекращение в качестве санкции во всех и любых случаях неудовлетворительного исполнения со стороны концессионера. Наоборот, в целом желательно прибегать к этой крайней мере только в случаях “особо серьезного” или “неоднократного” неисполнения обязательств, особенно когда нельзя более разумно ожидать, что концессионер будет способен или готов исполнять свои обязательства по проектному соглашению. Во многих правовых системах используются специальные технические термины для указания на ситуации, когда степень тяжести нарушения обязательств одной из договаривающихся сторон такова, что другая сторо-

на может прекратить договорные отношения до истечения их срока действия (например, “существенное нарушение”, “материальное нарушение” или аналогичные формулировки). Такие ситуации называются в настоящем *Руководстве* “серьезным нарушением обязательств”.

16. Ограничение возможности прекращения соглашения случаями серьезных нарушений обязательств может дать кредиторам и учредителям проекта гарантию того, что они будут защищены от принятия организацией-заказчиком необоснованных или поспешных решений. Закон может в целом наделять организацию-заказчика правом на прекращение проектного соглашения в случае серьезного нарушения обязательств концессионером, а вопросы определения понятия “серьезное нарушение обязательств” и, в случае необходимости, включения иллюстративных примеров могут быть оставлены на урегулирование в проектном соглашении. С практической точки зрения, нецелесообразно пытаться установить в законе или в проектном соглашении исчерпывающий перечень событий, являющихся основанием для прекращения.

17. В качестве общего правила целесообразно предоставлять концессионеру дополнительный срок для исполнения его обязательств и устранения последствий нарушения до обращения организации-заказчика к использованию средств правовой защиты. Например, концессионеру 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 концессионером 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 108–120 и 147–150). В проектном соглашении может быть также предусмотрено, что в случае, когда обстоятельства не исправлены до истечения соответствующего срока, организация-заказчик может прекратить проектное соглашение, при условии предварительного направления уведомления кредиторам и предоставления им возможности осуществить в течение определенного срока право замены концессионера, как оно может предусматриваться в прямом соглашении между ними и организацией-заказчиком. Вместе с тем необходимо установить разумные крайние сроки для исполнения, поскольку нельзя ожидать, что организация-заказчик будет в течение неопределенного времени нести дальнейшие издержки, обусловленные ситуацией нарушения проектного соглашения концессионером. Кроме того, установленные процедуры не должны наносить ущерба праву организации-заказчика вмешиваться в ситуацию для предотвращения риска перебоев в предоставлении услуг концессионером (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 145 и 146).

i) Серьезное нарушение обязательств до начала строительства

18. Концессионер обязан, как правило, выполнить ряд действий до начала осуществления строительных работ. Некоторые такие требования могут даже считаться предварительными условиями для вступления в силу проектного согла-

нения. К событиям, которые во многих случаях оправдывают отзыв решения о выдаче концессии на раннем этапе, относятся следующие:

а) в течение установленного предельного срока не обеспечены необходимые финансовые средства, не подписано проектное соглашение или не создана проектная компания;

б) не получены лицензии или разрешения, необходимые для проведения деятельности, являющейся предметом концессии;

в) в течение установленного срока с момента выдачи концессии не возвращено строительство объекта, не начата разработка проекта или не представлены необходимые для этого планы и чертежи.

19. Прекращение соглашения должно в принципе ограничиваться ситуациями, когда организация-заказчик больше не может разумно ожидать, что выбранный концессионер 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 концессионером его обязательств. Кроме того, концессионер не должен страдать в результате последствий бездействия или ошибки со стороны организации-заказчика или других публичных органов. Например, прекращение проектного соглашения будет, как правило, неоправданным, если неполучение концессионером правительственных лицензий и разрешений в установленный графиком срок не вызвано виной самого концессионера.

ii) Серьезное нарушение обязательств на этапе строительства

20. К событиям, которые могут явиться основанием для прекращения проектного соглашения на этапе строительства, относятся следующие:

а) не соблюдены строительные технические нормы, спецификации или минимальные стандарты проектирования и исполнения работ, а также имеет место неоправданная задержка в выполнении согласованного графика работ;

б) не предоставлены или не возобновлены необходимые гарантии на согласованных условиях;

в) нарушены существенные обязательства, предусмотренные в законе или договоре.

21. Прекращение соглашения должно быть соразмерно степени тяжести нарушения обязательств концессионером 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 соглашения. Однако одна лишь задержка, тем более незначительная по сравнению с установленным в проектом соглашении сроком, может и не быть достаточным основанием для прекращения соглашения, когда во всех других отношениях организация-заказчик в целом удовлетворена способностью и стремлением концессионера выполнить строительные работы, отвечающие установленным стандартам качества.

iii) Серьезное нарушение обязательств на этапе эксплуатации

22. К конкретным случаям нарушения обязательств, которые, как правило, являются основанием для прекращения концессии на этапе эксплуатации объекта, относятся следующие:

a) серьезное несоответствие предоставляемых услуг законодательным и договорным стандартам качества, включая несоблюдение мер по контролю над ценами;

b) неоправданное приостановление или временное прекращение предоставления услуг без предварительного согласия организации-заказчика;

c) серьезное несоответствие установленным стандартам качества уровня технического обслуживания концессионером объекта, оборудования и аппаратуры или неоправданная задержка в исполнении работ по материально-техническому обслуживанию в соответствии с согласованными планами, графиками и расписаниями;

d) несоблюдение санкций, установленных организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, в зависимости от случая, в отношении концессионера за нарушение им его обязанностей.

23. В целях повышения прозрачности и беспристрастности в делах правительства законодательством некоторых стран также предусмотрено прекращение проектного соглашения, если концессионер виновен в налоговом мошенничестве или в совершении других мошеннических деяний либо если его представители или сотрудники замешаны в подкупе публичных должностных лиц и в совершении других актов коррупции (см. также главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 50–52). Эти последние соображения подчеркивают важность разработки эффективных механизмов для борьбы с коррупцией и взяточничеством и предоставления концессионеру возможности подавать жалобы на вымогательство незаконных платежей или противоправные угрозы со стороны должностных лиц принимающей страны.

b) Несостоятельность концессионера

24. Как правило, услуги в области инфраструктуры должны предоставляться непрерывно, и по этой причине внутреннее законодательство большинства стран предусматривает возможность прекращения соглашения, если концессионер 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 концессионеру.

25. В правовых системах, разрешающих создание обеспечительных интересов в самой концессии (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 57), в законодательстве предусматривается, что организация-заказчик в целях обеспечения непрерыв-

ности предоставления соответствующих услуг может, в консультации с держателями такого обеспечения, назначить временного управляющего на период, пока обеспеченные кредиторы, допущенные к участию 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

26. 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.

27. 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 проектного соглашения может быть оспорено только при особых обстоятельствах (например, в случае ненадлежащей мотивировки или злоупотребления полномочиями). В то же время общее и неограниченное право прекращать соглашение в силу публичных интересов может представлять собой не поддающийся оценке риск, на который концессионер 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 инвесторов и ясно оговорена в проекте проектного соглашения, распространяемом вместе с запросом предложений (см. главу III “Выбор концессионера”, пункт 67). Компенсация в случае прекращения соглашения 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 46). Кроме того, в целом целесообразно ограничить осуществление права на прекращение проектного соглашения 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 соглашения в силу публичных интересов в качестве альтернативы другим договорным средствам правовой защиты в случае неудовлетворительного исполнения концессионером его обязательств (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 140–150).

2. Прекращение концессионером

28. В то время как в некоторых правовых системах организация-заказчик может сохранять за собой неограниченное право на прекращение проектного соглашения, основания для прекращения концессионером обычно ограничиваются серьезным нарушением обязательств организацией-заказчиком или другими исключительными обстоятельствами и, как правило, не включают в себя общее право прекращать проектное соглашение по своему усмотрению. Кроме того, в некоторых правовых системах признается не право концессионера на одностороннее прекращение проектного соглашения, а только его право ходатайствовать перед третьей стороной, например компетентным судом, об объявлении проектного соглашения прекращенным.

а) Серьезное нарушение обязательств организацией-заказчиком

29. В целом право концессионера на прекращение проектного соглашения ограничено ситуациями, когда установлено, что организация-заказчик нарушила существенную часть своих обязательств (например, неосуществление согласованных платежей концессионеру или невыдача лицензий, необходимых для эксплуатации объекта, по иным причинам, чем вина самого концессионера). В тех правовых системах, где организация-заказчик имеет право требовать внесения изменений в осуществляемый проект, концессионер может обладать правом на прекращение проектного соглашения 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 73–76).

30. Помимо случаев серьезного нарушения обязательств самой организацией-заказчиком, было бы, возможно, справедливо предоставить концессионеру право прекратить соглашение, если он лишается возможности предоставлять услуги в результате действий других публичных органов, помимо организации-заказчика, таких как принятие определенных мер поддержки, необходимых для обеспечения исполнения проектного соглашения (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 35–60).

31. Хотя для прекращения концессионером не всегда может требоваться окончательное определение суда или другого органа по урегулированию споров, могут

существовать ограничения на средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении концессионером 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, если и до тех пор пока этот контракт не будет признан недействительным судебным или арбитражным решением.

32. Ограничения права концессионера прекратить исполнение своих обязательств, как правило, направлены на обеспечение непрерывности предоставления общедоступных услуг (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 86 и 87). Вместе с тем следует отметить, что если организация-заказчик имеет возможность смягчить последствия нарушения обязательств концессионером, используя свое право вмешательства, то концессионер обычно подобными средствами правовой защиты не обладает. В случае серьезного нарушения обязательств организацией-заказчиком концессионер может понести значительный или даже невосполнимый ущерб, в зависимости от времени, необходимого для получения окончательного решения об освобождении концессионера от его обязательств по проектному соглашению. Эти обстоятельства подчеркивают важность правительственных гарантий в отношении обязательств, принимаемых на себя организацией-заказчиком (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 45–50), и необходимость предоставления сторонам возможности выбора механизмов быстрого и эффективного урегулирования споров (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункты 3–42).

b) Изменение условий

33. Внутреннее законодательство часто позволяет концессионеру прекратить проектное соглашение, если исполнение концессионером его обязательств существенно затрудняется в результате непредвиденного изменения условий и если стороны не договорились о надлежащем пересмотре проектного соглашения с учетом изменившихся условий (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 126–130).

3. Прекращение любой из сторон

a) Препятствия исполнению

34. В законодательстве некоторых стран предусматривается возможность прекращения проектного соглашения сторонами, если исполнение ими своих обязательств необратимо становится невозможным в результате появления обстоятельства, определяемого в проектном соглашении как препятствие, освобождающее от ответственности (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструк-

туры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 132–139). В связи с этим в проектном соглашении 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, соглашение может быть прекращено любой из сторон. Если исполнение проекта становится невозможным по юридическим причинам, например вследствие изменений в законодательстве или в результате судебных решений, затрагивающих действительность проектного соглашения, такое право на прекращение может не обуславливаться истечением определенного срока и может быть осуществлено незамедлительно после изменения законодательства или возникновения другого препятствия юридического характера.

b) Обоюдное согласие

35. Некоторые правовые системы разрешают сторонам прекращать проектное соглашение по обоюдному согласию, как правило, с утверждением такого решения вышестоящим органом. В тех правовых системах, где прекращение по обоюдному согласию может рассматриваться как прекращение предоставления общедоступных услуг, за которое несет ответственность организация-заказчик, ей могут потребоваться надлежащие полномочия, предоставляемые в законодательном порядке.

Е. Последствия истечения или прекращения проектного соглашения

36. По истечении или прекращении проектного соглашения право концессионера на эксплуатацию объекта и предоставление соответствующих услуг, как правило, теряет свою силу. Если не предусмотрено, что инфраструктура будет находиться в полной собственности концессионера, то истечение или прекращение проектного соглашения часто требует передачи активов организации-заказчику или другому концессионеру, который берет на себя ответственность за эксплуатацию объекта. Это может повлечь за собой важные финансовые последствия, которые потребуют детального регулирования в проектном соглашении, особенно в случае прекращения соглашения любой из сторон. Сторонам будет также необходимо согласовать различные меры этапа завершения проекта в целях обеспечения упорядоченной передачи ответственности за эксплуатацию объекта и предоставление услуг.

1. Передача активов, относящихся к проекту

37. В большинстве случаев активы и собственность, первоначально предоставленные в распоряжение концессионера, и другие материальные средства, связанные с проектом, должны быть возвращены организации-заказчику по истечении или прекращении проектного соглашения (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 23–29). В рамках типичного проекта “строительство–эксплуатация–передача” концессионер также будет обязан передать организации-заказчику материальную инфраструктуру и другие связанные с проектом акти-

вы по истечении или прекращении проектного соглашения. 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 51–55). Следует отметить, что в рамках некоторых проектов активы передаются от концессионера непосредственно другому концессионеру, который является преемником в предоставлении соответствующей услуги.

a) Передача активов организации-заказчику

38. В зависимости от вида активов, подлежащих передаче, могут потребоваться различные механизмы (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 28):

a) *активы, подлежащие передаче организации-заказчику.* Согласно правовой традиции некоторых стран, концессионер в конце срока проекта 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 концессионером. На практике такая норма предполагает установление в ходе переговоров достаточно длительного срока концессии и достаточно высокого уровня доходности, с тем чтобы концессионер мог полностью амортизировать свои инвестиции и выплатить свою задолженность. В законах других стран допускается более гибкий подход, разрешающий организации-заказчику компенсировать концессионеру остаточную стоимость, если такая сохраняется, активов, построенных концессионером;

b) *активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору.* Если организация-заказчик примет решение использовать свое право выкупа этих активов, концессионер обычно вправе получить компенсацию, соответствующую их справедливой рыночной стоимости на соответствующий момент. Вместе с тем, если ожидается, что эти активы будут полностью амортизированы (т.е. финансовые механизмы концессионера не предусматривают какого-либо сохранения остаточной стоимости активов), то выплачиваемая цена может быть лишь номинальной. В договорной практике некоторых стран обычно предусматривается сохранение организацией-заказчиком некоторого обеспечительного интереса в таких активах в качестве гарантии их эффективной передачи;

c) *активы, которые остаются в частной собственности концессионера.* Как правило, такие активы могут свободно вывозиться или реализовываться концессионером.

b) Передача активов новому концессионеру

39. Как это указывалось выше, организация-заказчик в конце срока действия проектного соглашения, возможно, пожелает провести повторные процедуры по выдаче концессии, а не заниматься самостоятельно эксплуатацией объекта (см. пункт 3). Для этой цели полезно было бы предусмотреть в законе требова-

ние о том, чтобы концессионер передал активы в распоряжение нового концессионера. Для обеспечения упорядоченного переходного периода и непрерывности предоставления услуг концессионер должен быть обязан сотрудничать с новым концессионером в процессе передачи объекта. Передача активов одним концессионером другому может потребовать выплаты некоторой компенсации действующему концессионеру в зависимости от того, были или не были амортизированы эти активы.

40. Один из важных элементов, которые следует рассмотреть в этой связи, касается структуры финансового предложения, сформулированного концессионером в ходе процесса отбора (см. также главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 27). В рамках проектов 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 проекта, будут полностью амортизированы (т.е. их стоимость будет полностью возмещена) в течение срока действия проекта. Таким образом, финансовые предложения не будут, как правило, содержать каких-либо предположений об остаточной стоимости активов в конце срока действия проекта. В подобных случаях может не существовать причин *prima facie* для того, чтобы требовать от концессионера-преемника выплаты какой-либо компенсации первоначальному концессионеру, которому может быть предписано предоставить все активы в распоряжение концессионера-преемника бесплатно или лишь за номинальное вознаграждение. Так, если концессионер получил ожидавшуюся им прибыль, то платеж концессионера-преемника за передачу активов будет представлять для последнего дополнительные затраты, которые в конечном итоге будут возмещаться за счет цен, взимаемых преемником в соответствии со вторым соглашением. В то же время, если уровень тарифов, предусмотренный в первоначальном предложении концессионера, основывался на предпосылке сохранения какой-либо остаточной стоимости активов в конце срока действия проекта или если финансовое предложение исходило из предпосылки получения значительных поступлений от третьих сторон, то концессионер может иметь право на компенсацию за активы, передаваемые концессионеру-преемнику.

с) Состояние активов на момент передачи

41. При передаче активов организации-заказчику или непосредственно новому концессионеру по истечении срока концессии концессионер, как правило, обязан их передать 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 обязательством концессионера содержать и передать объект в таком надлежащем состоянии, как того требуют разумные правила эксплуатации, и предоставить ту или иную гарантию этого (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 118). 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 проектного соглашения, в частности прекращения до успешного завершения этапа строительства.

42. Целесообразно разработать процедуры оценки состояния активов, которые должны быть переданы организации-заказчику. Полезным было бы, например, создать комитет в составе представителей организации-заказчика и концессионера для установления того, находятся ли объекты в надлежащем состоянии и отвечают ли они соответствующим требованиям, оговоренным в проектом соглашении. В проекте соглашения может также предусматриваться порядок назначения и круг ведения такого комитета, который может быть наделен полномочиями потребовать от концессионера принятия разумных мер по ремонту или устранению любых дефектов или недостатков, обнаруженных на объекте. Было бы целесообразно предусмотреть проведение за год до прекращения концессии специальной инспекции, по итогам которой организация-заказчик может потребовать от концессионера принятия дополнительных мер по материально-техническому обслуживанию для обеспечения того, чтобы в момент передачи материальные средства находились в надлежащем состоянии. Организация-заказчик, возможно, пожелает потребовать от концессионера предоставления специальных гарантий по обеспечению удовлетворительной передачи объектов (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 118). Организация-заказчик могла бы использовать средства по таким гарантиям для оплаты ремонта поврежденных активов или имущества.

2. *Финансовые механизмы, регулирующие последствия прекращения*

43. Прекращение проектного соглашения может произойти до того, как концессионеру удалось возместить свои инвестиции, погасить задолженность и получить ожидаемую прибыль, что может причинить концессионеру значительные убытки. Убытки может также потерпеть и организация-заказчик, которой, 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 проектные соглашения, как правило, включаются подробные положения, касающиеся финансовых прав и обязательств сторон по прекращении соглашения. Обычные стандарты компенсации, как правило, зависят от того, на каких основаниях было прекращено соглашение. Тем не менее при выработке механизмов компенсации стороны обычно принимают во внимание следующие факторы:

а) *кредиторская задолженность, инвестиции в акционерный капитал и ожидаемая прибыль.* Прекращение проекта, как правило, входит в число событий неисполнения, которые оговариваются в кредитных соглашениях концессионера. 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 концессионер при

прекращении проектного соглашения, 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 было прекращено проектное соглашение. Частичная компенсация может быть ограничена суммой, соответствующей стоимости работ, удовлетворительно выполненных концессионером, а полная компенсация может покрывать всю кредиторскую задолженность. Еще одной категорией убытков, которые иногда принимаются во внимание в механизмах компенсации, являются убытки учредителей проекта по инвестициям в акционерный капитал, в той части этих инвестиций, которая к моменту прекращения еще не была возмещена. Наконец, прекращение также лишает концессионера будущей прибыли, которую может принести объект. Хотя утраченная прибыль обычно не считается фактическим ущербом, в таких исключительных обстоятельствах, как неправомерное прекращение соглашения организацией-заказчиком, в сумму компенсации, причитающейся концессионеру, может быть включена текущая стоимость ожидаемой будущей прибыли;

б) *степень завершенности, остаточная стоимость и амортизация активов.* Договорные схемы компенсации на случай различных оснований прекращения соглашения 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 соглашения. 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 концессионером. В любом случае полная выплата остаточной стоимости производится редко, особенно если поступления от проекта представляют собой единственный источник средств для возмещения инвестиций концессионера. Таким образом, вместо полной компенсации стоимости объекта концессионер часто получает компенсацию лишь за остаточную стоимость активов, которые не были полностью амортизированы к моменту прекращения соглашения.

а) Прекращение в результате нарушения обязательств концессионером

44. Концессионер обычно не имеет права на компенсацию убытков в случае прекращения соглашения, которое было вызвано нарушением обязательств с его стороны. В некоторых случаях концессионер может быть даже обязан выплатить компенсацию за ущерб, причиненный организации-заказчику, хотя на практике виновный в нарушении концессионер, задолженность которого затретьова-

на кредиторами к погашению, редко будет иметь достаточно оставшихся финансовых средств для фактической выплаты компенсации за такие убытки.

45. Следует отметить, что прекращение на основании нарушения обязательств, даже в том случае если оно рассматривается как санкция за серьезное неисполнение, не должно приводить к неосновательному обогащению любой из сторон. Таким образом, прекращение отнюдь не обязательно влечет за собой появление у организации-заказчика права на получение активов без какого-либо платежа концессионеру. Справедливым решением в урегулировании этой проблемы могло бы стать проведение разграничения между различными видами активов в зависимости от порядка распоряжения ими, предусмотренного в проектном соглашении (см. пункт 38):

а) *активы, подлежащие передаче организации заказчику.* В случае, когда проектное соглашение после истечения его срока требует автоматической передачи проектных активов организации-заказчику, прекращение соглашения на основании нарушения обязательств обычно не влечет за собой выплаты компенсации концессионеру за эти активы, за исключением остаточной стоимости удовлетворительно выполненных работ в той ее части, которая еще не была амортизирована концессионером;

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 проектного соглашения либо право требовать, чтобы возможность выкупа этих активов была предоставлена победителю процедур по выдаче нового подряда на проект. Вместе с тем для стимулирования работы концессионера 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 концессионера. Детали формулы расчета финансовой компенсации целесообразно оговорить в проектном соглашении (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 частной собственности концессионера.* Находящиеся в частной собственности концессионера активы, которые не подпадают по категории (а) или (б) выше, обычно могут свободно вывозиться и реализовываться концессионером, 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 концессионера. В подобных случаях в целях обеспечения непрерывности предоставления услуг организация-заказчик может счесть необходимым взять на себя распоряжение активами, даже если это не предусмотрено проектным соглашением. В этих случаях было бы справедливым выплатить концессионеру компенсацию по справедливой рыночной стоимости активов. Вместе с тем в проектном соглашении может быть предусмотрено, что размер компенсации следует сократить на сумму затрат, понесенных

организацией-заказчиком в связи с эксплуатацией объекта или привлечением услуг другого оператора.

b) Прекращение в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком

46. Концессионер обычно имеет право на получение полной компенсации за убытки, понесенные в результате прекращения соглашения на основаниях, относимых на счет организации-заказчика. Компенсация, причитающаяся концессионеру, обычно включает компенсацию стоимости работ и сооружений в той ее части, которая еще не амортизирована, а также убытков, причиненных концессионеру, включая утраченную прибыль, которая обычно рассчитывается на основе доходов концессионера по предыдущим финансовым годам, когда прекращение происходит в ходе этапа эксплуатации, или на основе прогнозов в отношении ожидаемой прибыли в течение первоначально предусмотренного срока проекта. Концессионер может иметь право на полную компенсацию задолженности и акционерного капитала, включая обслуживание долга и утраченную прибыль.

c) Прекращение на иных основаниях

47. При рассмотрении механизмов компенсации в случае прекращения соглашения 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

48. По определению, препятствия, освобождающие от ответственности, представляют собой события, находящиеся вне сферы контроля сторон, и, как общее правило, прекращение соглашения 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 концессионеру, например справедливую компенсацию за уже выполненные работы, в частности, в случае, когда созданные активы, в силу их специфического характера, не могут быть вывезены концессионером или с пользой задействованы им, но могут быть эффективно использованы организацией-заказчиком для предоставления соответствующих услуг (например, мост). Однако, поскольку прекращение соглашения в таких случаях не может быть отнесено на счет организации-заказчика, компенсация, причитающаяся концессионеру, не обязательно должна быть “полной” (т.е. возмещение задолженности, акционерного капитала и утраченной прибыли).

ii) Прекращение в силу публичных интересов

49. В случае, когда в проектом соглашении признается право организации-заказчика на прекращение соглашения в силу публичных интересов, компенсация, подлежащая выплате концессионеру, обычно покрывает компенсацию за те

же позиции, которые включаются в компенсацию, выплачиваемую при прекращении соглашения в результате нарушения обязательств организацией-заказчиком (см. пункт 46), хотя и не обязательно в полном объеме. Для установления справедливого размера компенсации, причитающейся концессионеру, было бы целесообразно различать прекращение в силу публичных интересов на этапе строительства и прекращение по соображениям удобства на этапе эксплуатации:

а) *прекращение на этапе строительства.* При прекращении проектного соглашения на этапе строительства условия компенсации могут быть аналогичными условиям, применяемым 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 концессионером, главным критерием при расчете компенсации, как правило, является общий объем инвестиций, действительно вложенных концессионером на момент прекращения, включая все суммы, фактически выплаченные по кредитным механизмам, предоставленным кредиторами концессионеру, на цели выполнения строительных работ по проектному соглашению, и расходы, связанные с расторжением кредитных соглашений. Еще одним дополнительным вопросом является вопрос о том, имеет ли концессионер право – и в каком объеме – на возмещение утраченной прибыли по той части контракта, действие которой было прекращено по соображениям удобства. С одной стороны, концессионер мог упустить другие деловые возможности, рассчитывая на завершение объекта и его эксплуатацию в течение предусмотренного срока концессии. С другой стороны, обязательство организации-заказчика компенсировать концессионеру утраченную им прибыль может стать запретительным с финансовой точки зрения для осуществления организацией-заказчиком права на прекращение соглашения по соображениям удобства. Одно из решений этой проблемы может заключаться в установлении в проектном соглашении 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 проектного соглашения по соображениям удобства;

б) *прекращение на этапе эксплуатации.* В случае успешного завершения концессионером 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 соглашения 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 концессионера за ряд истекших финансовых лет, однако в некоторых случаях, возможно,

потребуется принять во внимание и другие элементы, такие как предполагаемый доход на основе согласованных тарифов. 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

50. В случае, когда по истечении срока концессии 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 проектном соглашении может быть предусмотрено обязательство концессионера о передаче определенной технологии или ноу-хау, необходимых для эксплуатации объекта инфраструктуры. В проектном соглашении может быть также предусмотрено дальнейшее исполнение концессионером в течение определенного переходного периода определенных обязательств по эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта. В нем может быть далее закреплено обязательство со стороны концессионера обеспечить поставку или содействовать обеспечению поставок запасных частей, которые могут потребоваться организации-заказчику для производства ремонта на объекте. Следует отметить, однако, что концессионер может быть не в состоянии самостоятельно осуществить некоторые из мер переходного периода, о которых говорится ниже, поскольку в большинстве случаев компания-концессионер 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

51. 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 “передачей технологии”. Обязательства по передаче технологии не могут быть возложены на концессионера 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.

52. 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 Объединенных Наций¹. 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.

53. 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 контракта запросить у концессионера 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 концессионер 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.

¹ 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 технологии*, Серия изданий "Разработка и передача технологии", No. 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 технологии развивающимися странами") (United Nations publication, Sales No. E.78.II.D.15). Рассмотрение вопросов передачи технологии в контексте контрактов на строительство промышленных объектов, см. *Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под No. R.87.V.10), глава VI "Передача технологии".

54. 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 проектном соглашении документы, которые должны быть предоставлены. Можно затребовать у концессионера предоставление исчерпывающих и ясно составленных документов на конкретном языке. Может быть целесообразным обязать концессионера провести по просьбе организации-заказчика демонстрационный показ операций, указанных в документации, если эти операции невозможно понять без такого показа.

55. Можно уточнить, в какой момент должна быть предоставлена документация. В проектном соглашении может предусматриваться, что документация должна быть полностью представлена к установленному в контракте сроку завершения строительства. Стороны, возможно, пожелают также предусмотреть, что передача объекта не считается завершённой до тех пор, пока не предоставлена вся требуемая по контракту 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

56. Объем помощи со стороны концессионера, необходимой организации-заказчику, будет зависеть от технологии 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 концессионера в эксплуатации объекта, по крайней мере на первоначальном этапе. В некоторых случаях организация-заказчик может пожелать, чтобы концессионер обеспечил персонал для замещения многих технических постов на объекте, в то время как в других случаях она, возможно, пожелает, чтобы концессионер лишь предоставил технических специалистов, которые в качестве консультантов будут сотрудничать с персоналом организации-заказчика в выполнении некоторых высокоспециализированных операций.

57. С целью оказания организации-заказчику помощи в эксплуатации и материально-техническом обслуживании объекта в проектном соглашении на концессионера может быть возложено обязательство 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 проектному соглашению. Программа эксплуатации и технического обслуживания может включать, например, следующие вопросы: составление организационной схемы, показы-

вающей 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 организационного характера, например, составление графика материально-технического обслуживания или регистрацию работ по материально-техническому обслуживанию. Организация-заказчик может также потребовать от концессионера 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.

58. Эффективной формой обучения персонала организации-заказчика процедурам эксплуатации и материально-технического обслуживания, которую можно предусмотреть в проектом соглашении, является производственное обучение в ходе совместной работы персонала организации-заказчика с персоналом концессионера 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

59. 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 концессионера. Для сторон будет гораздо проще планировать поставки запасных частей и предоставление услуг после передачи объекта, если они предусмотрят и отразят в проектом соглашении потребности организации-заказчика в этом отношении. Вместе с тем, с учетом значительной продолжительности большинства проектов в области инфраструктуры, сторонам, возможно, будет трудно предвидеть и предусмотреть в проектом соглашении потребности организации-заказчика после передачи объекта.

60. Возможным подходом к решению этой проблемы может стать заключение сторонами отдельного контракта, регулирующего эти вопросы². Такой контракт можно заключить ближе к моменту передачи объекта, когда организация-заказчик будет иметь более четкое представление о своих потребностях. В том случае, когда запасные части изготавливаются не концессионером, а для концессионера его поставщиками, организация-заказчик, возможно, предпочтет заклю-

² 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.

чить контракты с этими поставщиками, а не с концессионером, или же, в качестве альтернативы, организация-заказчик может пожелать, чтобы концессионер приобрел их для нее в качестве ее агента.

61. Желательно, чтобы персонал организации-заказчика располагал техническими возможностями для установки запасных частей. С этой целью в проектном соглашении можно оговорить обязанность концессионера предоставить необходимые технические пособия, инструменты и оборудование. Технические пособия должны быть составлены в формате и на языке, понятном для персонала организации-заказчика. Контракт может также содержать требование к концессионеру 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 концессионеру обучить персонал организации-заказчика установке запасных частей.

d) Ремонт

62. В интересах организации-заказчика заключить соглашения, которые обеспечат быстрый ремонт объекта в случае поломки. Во многих случаях концессионер обладает лучшей квалификацией для осуществления ремонта, чем какое-либо третье лицо. Кроме того, если по проектному соглашению организация-заказчик не может раскрывать третьим лицам технологию, поставленную ей концессионером, это может ограничить выбор третьих лиц для осуществления ремонта теми сторонами, которые обеспечивают приемлемые для концессионера гарантии в отношении нераскрытия информации о технологии концессионера. С другой стороны, если значительная часть оборудования изготовлена для концессионера 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 концессионера, если таковые предусмотрены, целесообразно включить их ясное описание и разделить их с обязательствами, принимаемыми на себя концессионером по гарантиям качества применительно к устранению дефектов на объекте.

VI. Урегулирование споров

А. Общие замечания

1. Важным фактором осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, является существующая в принимающей стране правовая основа для урегулирования споров. Инвесторы, подрядчики и кредиторы будут охотнее принимать участие в проектах в тех странах, где они 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 более благоприятного для инвесторов климата законодательные рамки принимающей страны должны закреплять ряд основополагающих принципов, включая, например, следующие: иностранным компаниям должен быть гарантирован доступ к судам на по сути тех же условиях, что и национальным компаниям; стороны частных контрактов должны иметь право выбирать иностранный закон в качестве права, применимого к их контракту; должны быть предусмотрены возможности для приведения в исполнение иностранных судебных решений; и не должно существовать ни неоправданных препятствий для доступа к несудебным механизмам урегулирования споров, ни юридических преград созданию условий для разрешения споров вне рамок судебной системы.

2. Для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, как правило, требуется создание сети взаимосвязанных договорных и других юридических отношений между различными сторонами. Законодательные решения, касающиеся урегулирования возникающих в контексте этих проектов споров, должны учитывать многообразие отношений, что может потребовать различных методов урегулирования споров в зависимости от вида спора и участвующих сторон. Основные виды споров можно разделить на три широкие категории:

а) *споры, возникающие из соглашений между концессионером и организацией-заказчиком и другими правительственными учреждениями.* В большинстве стран гражданское право проектное соглашение регулируется административным правом (см. главу VII “Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам”, пункты 24–27), тогда как в других странах это соглашение в принципе регулируется 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 проектного соглашения. Аналогичные соображения, возможно, применимы и к некоторым контрактам, заключаемым между концессионером 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;

b) *споры, возникающие из контрактов и соглашений, заключенных учредителями проекта или концессионером 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 концессионером и частными компаниями на поставку товаров и услуг, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

c) *споры между концессионером 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.

В. Споры между организацией-заказчиком и концессионером

3. Споры, возникающие из проектного соглашения, часто связаны с проблемами, которые довольно редко возникают применительно к другим видам контрактов. Это обусловлено сложностью проектов в области инфраструктуры и тем фактом, что их осуществление требует длительного времени, причем в этапах строительства и эксплуатации может принимать участие целый ряд предприятий. Кроме того, в таких проектах обычно участвуют правительственные учреждения и они сопряжены с публичными интересами 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 позволяют 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 проектов в области инфраструк-

туры, финансируемых из частных источников. Проблема урегулирования вопроса о жалобах концессионеров в связи с решениями регулирующих учреждений была обсуждена в контексте вопроса о полномочиях на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I “Общие законодательные и институциональные рамки”, пункты 51–53). Вопрос о спорах, возникающих в ходе процесса отбора концессионера (т.е. о преддоговорных спорах), был также рассмотрен в *Руководстве* ранее (см. главу III “Выбор концессионера”, пункты 127–131).

1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров

5. Вопросы, которые наиболее часто вызывают споры в ходе осуществления проектного соглашения, связаны с возможными нарушениями соглашения на этапах строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры или с истечением или прекращением проектного соглашения. 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. Кроме того, длительный срок проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обуславливает важность разработки механизмов, предназначенных для предупреждения, насколько это возможно, возникновения споров в целях содействия сохранению деловых отношений между сторонами.

6. Для достижения вышеупомянутых целей в проектное соглашение 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, которых могут перерасти в спор, если стороны не примут меры по избежанию такого спора. Для случаев, когда спор возникает, предусматривается, что стороны должны обменяться информацией и обсудить существо спора с целью отыскания решения. Если стороны не способны разрешить спор самостоятельно, то любая из сторон может потребовать привлечения независимой и беспристрастной третьей стороны для оказания им помощи в отыскании приемлемого решения. В большинстве случаев механизмы урегулирования споров, связанные с тяжбой сторон, используются только тогда, когда споры не могут быть разрешены с помощью применения 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. Подход, традиционно используемый в некоторых правовых системах, заключается в том, что правительство и его учреждения не могут соглашаться на определенные методы урегулирования споров, в частности на арбитраж. Этот подход часто толкуется ограничительно как не распространяющийся на публичные предприятия промышленного или ком-

мерческого 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 проектного соглашения. Согласно некоторым системам гражданского права, в которых проектные соглашения 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 проектным соглашениям, или могут являться результатом установившейся договорной практики, обычно основывающейся на законодательных нормах или правилах.

9. Странам, желающим разрешить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, важно ликвидировать возможные юридические препятствия и в четкой форме оговорить полномочия национальных организаций-заказчиков на согласование методов урегулирования споров. 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 проектных соглашениях 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.

a) “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 намереваются заявить эта сторона, могут вызвать споры, такие события или претензии должны быть доведены до сведения другой стороны в кратчайшие возможные 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.

b) Партнерство

12. Другим инструментом, который может быть использован в качестве средства избежания споров, является партнерство. Цель партнерства состоит в том, чтобы создать – с помощью совместно разработанных официальных стратегий и уже с самого начала осуществления проекта – обстановку доверия, коллективной работы и сотрудничества в отношениях между всеми ключевыми сторонами, принимающими участие в проекте. Опыт показывает, что партнерство играет полезную роль, так как оно позволяет избегать споров и укрепляет приверженность сторон эффективной работе, направленной на достижение целей проекта. Партнерские отношения разрабатываются ключевыми сторонами проекта на специальных семинарах, которые обычно организует организация-заказчик. На первом семинаре участники достигают общего понимания концепции партнерства, определяют цели проекта для всех сторон и разрабатывают процедуры оперативного решения важнейших вопросов. В конце этого семинара составляется проект “устава партнерства”, который подписывается участниками в ознаменование их приверженности совместной работе в интересах успешной реализации проекта. В таком уставе обычно предусматривается процедура решения возникающих вопросов, предназначенная для определения порядка рассмотрения претензий и урегулирования других проблем, начиная с наименьшего возможного уровня управления и, по возможности, на наиболее раннем этапе. Если в установленные сроки решение не достигнуто, то соответствующий вопрос передается на следующий уровень управления проектом. Посторонние для проекта лица привлекаются к урегулированию соответствующего вопроса только в том случае, если лица, ответственные за реализацию проекта, не пришли к согласию.

c) Переговоры при участии помощника

13. Цель этой процедуры состоит в том, чтобы оказать содействие сторонам в процессе переговоров. В начале осуществления проекта стороны назначают

помощника. Его функция состоит в оказании содействия сторонам в урегулировании любых споров, причем он не высказывает своего субъективного мнения по спорным вопросам, а, скорее, побуждает стороны к тщательному анализу существа их дела. Такая процедура является особенно полезной в случае участия нескольких сторон, когда без услуг такого помощника будет трудно организовать переговоры и согласовать различные мнения.

d) Согласительные процедуры и посредничество

14. Термин “согласительные процедуры” 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. Согласительная процедура отличается от переговоров между сторонами в споре (которые стороны, как правило, начинают после возникновения спора) в том, что согласительная процедура 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 согласительной процедурой и арбитражем заключается в том, что согласительная процедура 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 такого решения. На практике для обозначения таких согласительных процедур используются различные термины, включая “посредничество”. В то же время в правовой традиции некоторых стран между “согласительными процедурами” и “посредничеством” проводится разграничение, с тем чтобы подчеркнуть тот факт, что при согласительных процедурах третья сторона стремится сблизить стороны в споре, с тем чтобы помочь им снять свои разногласия, в то время как посредничество представляет собой более далеко идущую процедуру, так как посреднику разрешается предлагать условия урегулирования спора. Вместе с тем термины “согласительные процедуры” и “посредничество” весьма часто используются в качестве синонимов.

15. Согласительные процедуры все более широко используются в различных частях мира, в том числе в таких регионах, где они в прошлом не были распространены. Эта тенденция нашла свое отражение, в частности, в создании ряда частных и публичных органов, предлагающих заинтересованным сторонам свои услуги по организации согласительных процедур. Обычно согласительные процедуры носят частный, конфиденциальный и неформальный характер, что облегчает их применение. Такие процедуры могут быть также оперативными и недорогостоящими. В рамках согласительных процедур посредник может выполнять разнообразные функции и, как правило, действует более активно, чем простой помощник. 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 посредника 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 случаях, когда в споре участвуют несколько сторон и достижение соглашения путем прямых переговоров вызывает, таким образом, сложности.

16. Если стороны предусмотрят в проектном соглашении согласительную процедуру, то им будет необходимо согласовать ряд процедурных вопросов с тем, чтобы повысить вероятность урегулирования споров. Решению таких процедурных вопросов во многом способствует включение в контракт ссылки на какой-либо согласительный регламент, например на Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ¹. Различные международные и национальные организации разработали другие своды правил согласительной процедуры.

е) Необязательная экспертная оценка

17. Такая оценка представляет собой процедуру, в рамках которой нейтральной третьей стороне поручается провести оценку существа спора и предложить возможное решение. Она служит своего рода “проверкой фактов”, показывающей сторонам в споре возможный результат более дорогостоящих и обычно требующих более значительных затрат времени обязательных процедур, таких как арбитражное или судебное разбирательство. Эта процедура играет полезную роль в том случае, когда сношения сторон затруднены, поскольку они занимают непримиримые позиции, или когда они четко не осознают слабых сторон своих позиций и сильных сторон позиций противной стороны. Вслед за необязательной экспертной оценкой обычно проводятся переговоры, будь то прямые или при содействии помощника.

ф) Мини-разбирательство

18. Эта процедура представляет собой инсценировку разбирательства, в рамках которой оперативный персонал каждой стороны представляет дело в “суд”, состоящий из старших должностных лиц каждой стороны и третьего нейтрального лица. После представления материалов по делу, которое обычно осуществляется в заранее установленные сроки, должностные лица проводят переговоры при содействии помощника, функции которого выполняет нейтральное лицо, с тем чтобы попытаться достичь соглашения на основе вопросов, проясненных в ходе “разбирательства”. В них часто принимают участие юридические советники сторон, которые помогают вычлнить соответствующие вопросы. Основная цель такого мини-разбирательства состоит в том, чтобы проинформировать стар-

¹ Официальный текст Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ, см. *Официальные отчеты 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 А (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.8)). Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ также издан 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 32/52 от 4 декабря 1980 года.

ших должностных лиц о вопросах, относящихся к существу спора, и дать возможность провести проверку фактов дела, что поможет спрогнозировать возможные результаты реального разбирательства.

g) Оценка старшими должностными лицами

19. Эта процедура аналогична мини-разбирательству, однако она в меньшей степени носит характер тяжбы сторон и в большей мере строится на основе подхода, ориентированного на достижение консенсуса. Эта процедура начинается с представления документов, содержащих резюме позиций каждой из сторон, вслед за чем стороны в краткой форме представляют свои ответы. На “совещании по оценке”, работой которого руководит помощник, старшие должностные лица каждой из сторон выступают с краткими устными заявлениями, в которых разъясняются вопросы, содержащиеся в документах с изложением позиций, или другие моменты, поднятые сторонами или помощником. После этого совещания с целью достижения соглашения проводятся переговорные заседания, также под председательством помощника. И мини-разбирательство, и оценка старшими должностными лицами являются, как представляется, менее жесткими процедурами проверки фактов дела, чем необязательная экспертная оценка, и в силу этого они, по всей видимости, будут в меньшей степени стимулировать принятие трудных решений в отсутствие соответствующего коммерческого давления.

h) Рассмотрение технических споров независимыми экспертами

20. 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).

21. 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 69–79). 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 ему принять соответствующее решение, должны быть оговорены в проектном соглашении. В некоторых крупных проектах в области инфраструктуры консультации независимого эксперта могут быть, например, запрошены концессионером во всех случаях, когда между концессионером 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 вопро-

сам или, если это уместно, инженера-контролера может сыграть особенно полезную роль применительно к тем положениям проектного соглашения, которые требуют предварительного согласия организации-заказчика на осуществление концессионером определенных действий, например, в случае окончательного разрешения на эксплуатацию объекта инфраструктуры (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 78).

22. Услуги независимых экспертов часто использовались для разрешения технических споров, возникающих из контрактов на строительство, причем в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, 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 концессионером не обязательно будет соответствовать содержанию споров, которые обычно возникают из контрактов на строительство. Это объясняется тем, что относительные позиции организации-заказчика и концессионера по проектному соглашению 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 концессионером, поскольку последний обычно не получает платежа от организации-заказчика до завершения строительных работ.

i) Комиссии по рассмотрению споров

23. В соответствии с проектными соглашениями по крупным проектам в области инфраструктуры часто учреждаются постоянные комиссии, состоящие из экспертов, назначаемых обеими сторонами, возможно, при помощи какого-либо компетентного органа, для цели оказания помощи в урегулировании споров, которые могут возникнуть на этапах строительства и эксплуатации (в настоящем *Руководстве* используется термин “комиссии по рассмотрению споров”). Процедуры рассмотрения споров такой комиссией могут носить неформальный и оперативный характер, а также могут быть приспособлены к особенностям спора, находящегося 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.

24. В соответствии с процедурой учреждения комиссий 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. Такие 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), и 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 проектных соглашений 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.

25. 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 помогают 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 существа 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 спора 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.

26. Учитывая, как правило, длительный срок реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, многие обстоятельства, имеющие отношение к осуществлению таких проектов, могут измениться до истечения срока концессии. Хотя воздействие таких изменений может автоматически регулироваться проектным соглашением (см. главу IV «Сооружение

и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 126–130), 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 проектного соглашения 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.

27. 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, то 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, знако-

мыми 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.

28. 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 проектном соглашении. Было бы целесообразно оговорить в проектном соглашении с максимально возможной точностью полномочия, которыми наделяется комиссия по рассмотрению споров. Что касается характера ее функций, то в соответствии с проектным соглашением 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 проектное соглашение 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 проектном соглашении может быть предусмотрено, что комиссия будет выполнять свои функции в течение определенного срока после истечения или прекращения проектное соглашение, 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).

j) Необязательный арбитраж

29. Эта процедура иногда используется в тех случаях, когда методы, в меньшей мере носящие характер тяжбы сторон, такие, как переговоры при участии помощника, согласительная процедура или урегулирование комиссией по рассмотрению споров, не привели к успеху. Необязательный арбитраж проводится таким же образом, что и обязательный арбитраж, и к нему могут применяться те же правила, за тем исключением, что эта процедура заканчивается вынесением рекомендации. Согласно этой процедуре предусматривается, что стороны в случае, если спор по-прежнему останется неразрешенным после необязательного арбитража, перейдут непосредственно к его судебному урегулированию. Сто-

роны, обращающиеся к такой процедуре, делают это по следующим соображениям: а) у них имеются оговорки относительно обязательного характера арбитража; или б) они рассматривают ее в качестве стимула, позволяющего избежать арбитражного или судебного разбирательства, так как – применительно к арбитражу – возвращаться во второй раз к той же процедуре было бы нецелесообразно, и – применительно к судебному разбирательству, – так как оно связано с большими затратами времени и средств.

к) Арбитраж

30. За последние годы арбитраж все более широко используется для урегулирования споров, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников. Арбитраж, как правило, используется для урегулирования как споров, возникающих в ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, так и споров, связанных с истечением или прекращением проектного соглашения. Арбитражу, часто проводимому в ином государстве, чем принимающая страна, отдают предпочтение – и во многих случаях требуют организации подобных процедур – частные инвесторы и кредиторы, особенно иностранные, 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 проектного соглашения. Стороны могут избрать арбитрами лиц, которые обладают специальными знаниями по конкретным видам проектов. Они могут избрать место проведения арбитражного разбирательства. 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. Может быть сохранен конфиденциальный характер процедур и арбитражных решений, тогда как в случае судебных процедур и решений это, как правило, невозможно. Кроме того, приведение в исполнение арбитражных решений в других странах, чем страна их вынесения, облегчено в результате широкого круга участников Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года².

31. Что касается, в частности, проектов в области инфраструктуры при участии 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 государств³. В соответствии с этой Конвенцией, к которой в настоящее время присоединилось 131 государство, был учрежден Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). МЦУИС является самостоятельной междуна-

² См. United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, воспроизведена 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).

³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, No. 8359).

родной организацией, поддерживающей тесные связи со Всемирным банком. МЦУИС предоставляет возможности для согласительной процедуры и арбитражного разбирательства споров между странами-участниками и инвесторами, являющимися физическими или юридическими лицами других участвующих в Конвенции государств. Обращение к согласительной процедуре 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 в отношении существующего спора, так и в отношении определенного класса 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.

32. Рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями могут также предусматриваться в двусторонних инвестиционных соглашениях. Согласно таким договорам принимающее государство обычно предоставляет инвесторам, являющимся физическими или юридическими лицами другого подписавшего государства, ряд заверений и гарантий (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 ЮНСИТРАЛ⁴.

i) Суверенный иммунитет

33. Законодатель, возможно, пожелает рассмотреть свои законодательные положения, касающиеся вопроса о суверенном иммунитете, и, если это будет сочтено целесообразным, разъяснить, в каких областях организации-заказчики могут или не могут сослаться на эту концепцию. В тех случаях, когда арбитраж допускается и когда стороны проектного соглашения 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 арбитражно-

⁴ Официальный текст Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, тридцать первая сессия, Дополнение № 17 (A/31/17)*, глава V, раздел C (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том VII, 1976, часть первая, глава II, раздел A (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.77.V.1)). Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ также издан в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.77.V.6). Регламент дополнен типовой арбитражной оговоркой, которая гласит: “Любой спор, разногласие или требование, возникающие из или касающиеся настоящего договора, либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ”. Применение Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 31/98 от 15 декабря 1976 года.

го 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, концессионеров, 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.

34. 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.

35. 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 проектном соглашении 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 необходимыми 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

36. Эффективность арбитражного соглашения зависит от законодательного режима в месте арбитража. Если законодательный режим арбитража в принимающей 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. В силу этого 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, на-

пример, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже⁵.

37. 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 30) 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.

l) Судебное разбирательство

38. Как это указывалось ранее, существуют правовые системы, в которых урегулирование споров, возникающих из проектных 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.

39. 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 проектных соглашений. 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. Может также учитываться и то, что в той мере, в которой проектные соглашения затрагивают вопросы публичного порядка и

⁵ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17)*, пункт 332 и приложение I. В своей резолюции 40/72 от 11 декабря 1985 года Генеральная Ассамблея 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.

защиты публичных интересов, государственные суды находятся в лучшем положении, чтобы должным образом обеспечить выполнение соответствующих положений.

40. 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, лучше подходит для эффективного урегулирования споров. 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.

41. 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 проектного соглашения, являются дополнительными факторами, которые следует принимать во внимание. Кроме того, с учетом высокотехнического характера и большой сложности вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, стороны будут также учитывать последствия использования услуг арбитров, выбранных на основе их особых знаний и опыта, по сравнению с использованием внутренних судов, которым может не доставать специальных знаний или опыта в решении технических вопросов в той области, в которой возник спор. Еще одно соображение может быть связано с конфиденциальностью арбитражного разбирательства, относительной неформальностью арбитражных процедур и, возможно, более значительной гибкостью, которой могут обладать арбитры при вынесении решения о надлежащих средствах правовой защиты, причем все эти факторы могут благоприятно сказаться на поддержании и развитии долгосрочных отношений, установление которых предполагается в проектных соглашениях.

С. Споры между учредителями проекта и между концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками

42. Во внутреннем законодательстве обычно признается, что стороны коммерческих сделок, и в особенности международных коммерческих сделок, имеют право договариваться о том, в каком судебном 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 согласительная процедура как до арбитража, так и в сочетании с ним. Контракты, заключаемые между

концессионером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, 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 проектного соглашения (и, во все большей степени, применительно к спорам между кредиторами), часто отдают предпочтение судебным процедурам для урегулирования споров, возникающих между ними и концессионером 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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.

Д. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры

43. В зависимости от вида проекта концессионер может предоставлять товары или услуги различным физическим и юридическим лицам, таким, например, как находящиеся в правительственной собственности коммунальные компании, закупающие у концессионера 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.

44. 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 концессионера, или могут ограничиваться теми клиентами, которые являются физическими лицами, выступающими в некоммерческом качестве. Обязательство концессионера 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 стандартных бланков для изложения претензий или выделения специаль-

ных 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 обращения лиц, которым были причинены убытки, к судам.

45. Если клиентами являются коммунальные компании (например, компания по водоснабжению) или коммерческие предприятия (например, крупная фабрика, закупающая электроэнергию непосредственно у независимого производителя), которые свободно выбирают услуги, предоставляемые концессионером, 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может и не существовать. В то же время в тех случаях, когда клиентами концессионера являются предприятия, находящиеся в государственной собственности, их способность согласовывать методы урегулирования споров может быть ограничена нормами административного права, которыми подчиняются вопросы об урегулировании споров с участием государственных учреждений. Странам, которые хотели бы допустить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров между концессионером и его клиентами – предприятиями, находящимися в государственной 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 проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принимающая страна может внести существенный вклад в обеспечение благоприятного климата для частных инвестиций в инфраструктуру. Повышение юридической определенности и благоприятная правовая база позволят кредиторам и спонсорам проектов 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 “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 30–60).

2. В разделе В рассматривается ряд отдельных аспектов законодательства принимающей страны, которые, хотя и не обязательно, имеют прямое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, могут оказать воздействие на их осуществление (см. пункты 3–52). В разделе С описывается возможное влияние некоторых международных соглашений на осуществление в принимающей стране проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. пункты 53–57).

B. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

3. Помимо вопросов, относящихся к законодательству, непосредственно затрагивающему проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, 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. 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 решения суда и выплаты надлежащей компенсации в соответствии с нормами, действующими в принимающей стране, и в соответствии с международным правом. 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 в области инфраструктуры. Помимо специальных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 45–50), важную роль применительно к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, 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 частные инвестиции в проекты в области инфраструктуры.

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. 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. 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. Источником положения о защите инвестиций могут также являться и многосторонние договоры.

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. Правовое регулирование вопросов собственности

7. Желательно, чтобы в законах принимающей страны, касающихся 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 концессионера приобретать, продавать и передавать собственность, а также лицензировать ее использование. Конституционные положения, защищающие права собственности, сыграли важную роль в стимулировании частных инвестиций во многих странах.

8. Если земельный участок, на котором сооружается объект, передается в собственность концессионера, важно, чтобы собственность на земельный участок могла быть четко и безоговорочно установлена с помощью надлежащих процедур регистрации и публичного оповещения. Концессионеру и кредиторам потребуются ясные доказательства того, что право собственности на земельный участок 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.

9. Кроме того, необходимо обеспечить эффективные механизмы для защиты в принудительном порядке права собственности и имущественных прав, предоставленных концессионеру, от нарушения со стороны третьих лиц. Такая защита должна также распространяться на сервитуты и права прохода, которые могут потребоваться концессионеру 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 30–35).

3. Обеспечительные интересы

10. Как это указывалось ранее (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 52–61), в случае проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обеспечительные механизмы могут быть сложными и состоять из различных форм обеспечения, в том числе фиксированного обеспечения в материальных активах концессионера (например, ипотека и залог активов), залога акций концессионера 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.

11. Различия в видах обеспечения или ограничения применительно к средствам правовой защиты, предусматриваемым законодательством принимающей страны, могут вызвать обеспокоенность потенциальных кредиторов. 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 обеспечительных сделок.

12. В некоторых 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 обычной коммерческой деятельности. В некоторых правовых системах предусмотрены обеспечительные интересы без права владения, и, таким образом, активы могут быть приняты в качестве обеспечения без вступления в фактическое владение ими; 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; 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; в других странах продажа через суд может выступать в качестве основного механизма взыскания. В некоторых системах определенные виды обеспечения имеют преимущественную силу по сравнению с требованиями привилегированных кредиторов; в других системах требования привилегированных кредиторов имеют преимущественную силу по сравнению с любыми видами обеспечения. В ряде стран оформление обеспечительных интересов 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.

13. 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 по-

требоваться, 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 исполнительного производства.

14. 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 действий по определению тех активов, которые могут быть предоставлены в качестве обеспечения. В ряде правовых систем допускается создание обеспечительного интереса, 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 интереса, который связан 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.

15. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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.

16. К настоящему времени международные межправительственные органы еще не разработали всеобъемлющего унифицированного режима или модели для разработки внутренних законодательных положений, регулирующих вопросы обеспечения. Вместе с тем правительствам можно рекомендовать принять во внимание те усилия, которые в настоящее время предпринимаются в этой области различными организациями¹. Модель для подготовки современного законо-

¹ В настоящее время ЮНСИТРАЛ занимается подготовкой конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. Этот проект конвенции направлен на обеспечение определенности и прозрачности, на содействие модернизации правового регулирования вопросов уступки дебиторской задолженности и на расширение возможностей получения денежных средств и кредита по более доступным ставкам. Нормы, содержащиеся в проекте конвенции, способствуют достижению этих целей, в том числе за счет признания действительности уступок дебиторской задолженности и содействия применению такой практики, особенно в отношении будущих требований и оптовых уступок, а эта практика стала основой новых источников кредита на международных рынках капитала. Ожидается, что проект конвенции будет окончательно доработан в 2001 году. Другой международной инициативой является проект конвенции о международных

дательства об обеспечительных интересах может быть найдена в Типовом законе об обеспеченных сделках, который был подготовлен Европейским банком реконструкции и развития (ЕБРР) для оказания помощи усилиям по реформированию законодательства, предпринимаемым в странах Центральной и Восточной Европы. Помимо общих положений по вопросам о том, кто может создавать и кто может получать обеспечительное право, а также общих норм относительно обеспеченной задолженности и обремененного имущества, в Типовом законе ЕБРР об обеспеченных сделках охвачены и другие вопросы, такие как создание обеспечительных прав, интересы третьих сторон, обращение взыскания на обеспечение и процедуры регистрации.

4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности

17. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, 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; такие решения могут содержать 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, а это может потребовать принятия уголовно-правовых положений, направленных на борьбу с нарушениями прав интеллектуальной собственности.

18. 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 года². Конвенция

интересах в мобильном оборудовании, подготовкой которого занимаются Международный институт по унификации частного права (МИУЧП) и другие организации. Основная цель конвенции МИУЧП состоит в том, чтобы предусмотреть создание нового международного интереса в мобильном оборудовании и последствия его создания; этот интерес будет определен таким образом, чтобы охватить не только классические обеспечительные интересы, но и их все более широко признаваемый функциональный эквивалент, а именно интерес лизингодателя по договору о лизинге. Проект конвенции МИУЧП и предварительные проекты протоколов к нему (к числу которых относится предварительный проект протокола о специальных вопросах, касающихся авиационного оборудования, предварительный проект протокола о специальных вопросах, касающихся железнодорожного подвижного состава, и предварительный проект протокола о специальных вопросах, касающихся космической собственности) охватывают те категории дорогостоящего мобильного оборудования, которые, по своей природе, будут перемещаться через национальные границы или за пределами таких границ на регулярной основе в ходе обычной коммерческой деятельности и которые могут быть идентифицированы уникальным образом.

² Как она пересмотрена 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 и с поправками, внесенными 2 октября 1979 года.

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 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.

19. Другими важными документами в области международной защиты прав промышленной собственности являются Мадридское соглашение относительно международной регистрации знаков 1891 года³, Протокол к Мадридскому соглашению 1989 года и Общая инструкция к Мадридскому соглашению и Протоколу к ней 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 правовом режиме торговых знаков 1994 года упрощает и унифицирует процедуры подачи заявок на регистрацию торговых знаков, внесения изменений после регистрации и возобновления действия.

20. Применительно к промышленным образцам Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года⁴ 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.

³ Как оно пересмотрено 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.

⁴ С Монакским дополнительным актом 1961 года, Стокгольмским дополнительным актом 1967 года с поправками, внесенными 28 сентября 1979 года, и Инструкцией к Гаагскому соглашению о международном депонировании промышленных образцов 1998 года.

21. Наиболее всеобъемлющим многосторонним соглашением по вопросам интеллектуальной собственности является в настоящее время Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности (“Соглашение ТРИПС”), которое было заключено под эгидой Всемирной торговой организации (ВТО) и вступило в силу 1 января 1995 года. Оно охватывает следующие области интеллектуальной 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; топология интегральных микросхем; и нераскрываемая информация, включая коммерческую тайну и исследовательские 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 последнем варианте. Большинство основных положений Парижской конвенции включены в Соглашение ТРИПС путем ссылки 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 гражданской и административной 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 с целью обеспечения возможности эффективной принудительной защиты прав интеллектуальной собственности их держателями.

5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности

22. Если правительство принимает на себя ответственность за предоставление необходимого для реализации проекта земельного участка, 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 27–29). Во многих странах существует законодательство, регулирующее процедуры принудительного приобретения, и это законодательство, вероятно, будет применяться к принудительному приобретению собственности, необходимой для реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

23. 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 провести обзор действующих положений о принудительном приобретении в публичных интересах, с тем чтобы оценить их адекватность для потребностей крупных проектов в области инфраструктуры и определить, предусматривают ли такие положения 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, с тем чтобы избежать повышения проектных затрат.

6. Правила, касающиеся правительственных контрактов, и административное право

24. Во многих правовых системах, относящихся к традиции гражданского права или сформировавшихся под ее воздействием, предоставление общедоступных услуг может регулироваться сводом правовых норм, известным как “административное право” и регулиующим 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 коммерческому договору. Различия между этими двумя видами договоров могут быть значительными.

25. 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 частной договаривающейся стороной (см. главу V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 26, 27 и 49). Дополнительные права могут включать широкие права на контроль и инспекцию, а также право налагать на частного оператора 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 частной договаривающейся стороны (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 126–130). В некоторых правовых системах урегулирование споров, вытекающих из правительственных договоров, отнесено к исключительной компетенции специальных судебных органов, занимающихся рассмотрением только административных дел, причем в ряде стран эти органы не являются составной частью судебной системы (см. главу VI “Урегулирование споров”, пункты 38–41).

26. Специальные правовые режимы, применимые к операторам инфраструктуры и поставщикам общедоступных услуг, существуют не только в правовых системах, упомянутых выше. Хотя в правовых системах, относящихся к традиции общего права или сформировавшихся под ее воздействием, такого принци-

пиального разграничения между административными и частными договорами не проводится, аналогичные последствия могут достигаться различными способами. Хотя в таких правовых системах обычно считается, что правопорядок лучше всего обеспечивается в том случае, если деятельность правительства регулируется обычным частным правом, однако в целом признается, что административные органы не могут на основании договора ограничить осуществление своих суверенных функций. Органы управления не могут создавать препятствия 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.

27. 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 участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры разработан целый ряд контрольных механизмов и средств правовой защиты, таких как возможность обращения в беспристрастные органы урегулирования споров и схемы полной компенсации за неправомочные действия правительства. Если подобной защиты не предоставляется, 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 беспокойство в отношении долгосрочной стабильности договорных отношений, требуемых для реализации проектов в области инфраструктуры.

7. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам

28. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам, играет важную роль в связи с контрактами, заключаемыми концессионером с суб-

подрядчиками, 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 в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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 частного международного права, учитывая вероятность того, что контракты, заключаемые концессионером, будут содержать определенные международные элементы.

29. В тех случаях, когда планируется сооружение новой инфраструктуры, концессионеру 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 товаров (Вена, 1980 год)⁵ или другим международным документам, регулирующим отдельные виды договоров, таким как Конвенция МИУЧП о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 год)⁶, разработанная Международным институтом по унификации частного права (МИУЧП).

8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

30. В большинстве проектов, связанных с развитием новой инфраструктуры, учредители проекта будут создавать проектную компанию в качестве отдельного юридического лица в принимающей стране (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 12–18). 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 процедура образования юридического лица, управление компанией, выпуск акций и их

⁵ *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.

⁶ *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 928 May 1988, vol. I.*

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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункт 59)

31. Хотя могут использоваться различные формы корпораций, общий момент заключается в том, что владельцы (или акционеры) компании-концессионера потребуют ограничить свою ответственность стоимостью своих акций в капитале компании. Если предполагается, что концессионер 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 коммерческими компаниями облигаций, долговых обязательств или иных ценных бумаг, позволит концессионеру привлечь средства инвесторов на рынке ценных бумаг, что облегчит финансирование некоторых проектов в области инфраструктуры.

32. В законодательстве следует оговорить обязанности директоров и управляющих проектной компании, включая базовые нормы, регулирующие порядок привлечения к уголовной ответственности. В то же время можно 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 концессионер 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 100–101).

33. Важно надлежащим образом урегулировать в законе процесс принятия решений как на собраниях акционеров, так и на заседаниях органов управления компаний (например, совета директоров или наблюдательного совета). Защита прав акционеров и, в особенности, акционеров, не обладающих контрольным пакетом, от злоупотреблений со стороны акционеров, осуществляющих руководство или обладающих контрольным пакетом акций, является важным элементом современного законодательства, регулирующего деятельность акционерных обществ. В то же время ключевое значение имеют механизмы урегулирования споров между акционерами. Целесообразно признать право акционеров ре-

гулировать ряд дополнительных вопросов, касающихся управления компанией-концессионером, через соглашения, заключаемые между самими акционерами, или через договоры об управлении, заключаемые с директорами компании-концессионера.

9. Правовое регулирование вопросов налогообложения

34. Помимо возможных налоговых стимулов, которые в целом могут действовать в принимающей стране или которые могут быть специально предоставлены для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. главу II “Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка”, пункты 51–54), важную роль в принятии инвестиционных решений частными компаниями играет общий режим налогообложения в принимающей стране. Кроме оценки воздействия налогообложения на затраты по проекту и ожидаемую норму прибыли, частные инвесторы учитывают такие вопросы, как общая прозрачность внутренней системы налогообложения, свобода 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.

35. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, связаны с привлечением значительных заемных средств и 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 “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 122–125).

36. 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 регистрации инвестора, а двойное налогообложение устраняется за счет использования системы зачета иностранного налога; величина налогов в стране регистрации уменьшается на сумму уже выплаченных иностранных налогов. Если страна регистрации инвестора руководствуется этим подходом, то сумма налоговых обязательств инвестора не может быть меньше той суммы, которую он должен был бы выплатить в стране регистрации. В соответ-

ствии с другим подходом к налогообложению иностранный доход, с которого уже был выплачен иностранный налог, освобождается от налогов страны регистрации инвестора. Согласно территориальному подходу, иностранный доход инвестора полностью освобождается от налогов страны его регистрации. Инвесторы, зарегистрированные в странах, где используются две последние системы налогообложения, 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”.

37. Стороны, участвующие в проекте, могут испытывать обеспокоенность 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 ликвидации концессионера. Инвесторы могут прийти к выводу, что платежи, используемые для уменьшения налогов в соответствии с режимом страны их регистрации (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. Поскольку иностранные налоговые зачеты разрешены только в отношении иностранных подоходных налогов, инвесторам необходимо удостовериться в том, что любой подоходный налог, уплачиваемый в принимающей стране, соответствует определению подоходного налога, используемому налоговым органом его собственной страны. 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.

38. Одна из особых проблем, возникающая применительно к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников и связанным 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 с целью 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.

39. 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, концессионер может также выплачивать муниципальные или провинциальные налоги. Помимо подоходного налога могут взиматься определенные сборы, которые нередко начисляются и должны выплачиваться до получения концессионером каких-либо доходов. К их числу относятся нало-

ги на продажи, иногда называемые “налогами с оборота”, налоги на добавленную стоимость, налоги на собственность, гербовые сборы и импортные пошлины. В ряде случаев можно принять специальные положения, предоставляющие льготы и на эти виды платежей.

10. Правила и процедуры отчетности

40. Законодательство ряда стран требует от компаний соблюдать международно признанные стандартные процедуры отчетности и использовать услуги дипломированных бухгалтеров или бухгалтеров-аудиторов. Это, в частности, объясняется тем, что во многих странах принятие стандартных процедур отчетности используется в качестве меры, направленной на достижение единообразия в стоимостной оценке коммерческих операций. Применительно к выбору концессионера 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 “Выбор концессионера”, пункты 38–40). Кроме того, стандартные процедуры отчетности чрезвычайно важны для аудиторских проверок доходов компаний, которые, возможно, потребуются провести регулирующему органу для применения тарифных структур и контроля за исполнением со стороны концессионера (см. главу IV “Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение”, пункты 39–46).

41. 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, 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, финансируемых из частных источников, 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 права, которые могут запрещать распределение дивидендов в течение финансовых лет, завершающихся с отрицательным сальдо.

11. Охрана окружающей среды

42. Охрана окружающей среды включает широкий круг вопросов от утилизации отходов и вредных веществ до переселения людей, перемещаемых в результате осуществления крупных проектов землепользования. Широко признано, что охрана окружающей среды является важнейшим условием устойчивого развития. Вероятно, что на реализацию проектов в области инфраструктуры на самых различных уровнях будет оказывать прямое воздействие природоохранительное законодательство, причем экологические вопросы чаще всего вызывают споры. Законодательство в области охраны окружающей среды может включать многие требования, такие как получение согласия различных экологических органов, доказательство отсутствия неисполненных экологических обязательств, заверения в постоянном соблюдении экологических стандартов, обязательства возместить ущерб окружающей среде и требования об уведомлении. Такое законодательство нередко требует получения предварительного разрешения на осуществление некоторых видов коммерческой деятельности, и это требование может быть особенно жестким в отношении определенных видов инфраструктуры (например, очистка сточных вод, сбор отходов, угольные теплоэлектростанции, передача электроэнергии, дорожное строительство и железные дороги).

43. 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 выдаче подряда на проект 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 из этих стран доказала свою целесообразность практика привлечения представителей общественности к участию в процедурах, ведущих к выдаче экологических лицензий. В законодательстве могут быть также установлены подлежащие применению штрафные санкции и указаны стороны, которые могут нести ответственность за нанесение ущерба окружающей среде.

44. 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 век⁷ и Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию⁸, 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 года⁹; и Конвенция о защите и использовании трансграничных водных путей и международных озер 1992 года¹⁰.

12. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей

45. 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 43–45); или другие защитные меры.

46. С точки зрения концессионера 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.

13. Правовое регулирование вопросов несостоятельности

47. 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 V “Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения”, пункты 24 и 25). Обеспечение непрерывности предоставления услуг может быть достигнуто за

⁷ 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 I, приложение II.

⁸ Там же, приложение I.

⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, No. I-34028 (еще не опубликована).

¹⁰ *Ibid.*, vol. 1936, No. I-33207 (еще не опубликована).

счет разработки правовых рамок, которые позволяют спасти предприятия, столкнувшиеся с финансовыми трудностями, например, через реорганизацию или аналогичные процедуры. Если процедуры банкротства становятся неизбежными, 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 преимущественном порядке за счет средств, полученных от обеспечения, и какой порядок очередности устанавливается для требований обеспеченных кредиторов. Как было отмечено выше, значительная доля задолженности концессионера выступает в форме “первостепенных” ссуд, погашения которых кредиторы требуют в приоритетном порядке по сравнению с погашением субординированной задолженности концессионера (см. “Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников”, пункт 58). Возможности кредиторов по принудительному исполнению таких соглашений о субординации будут зависеть от наличия в стране правил и законодательных положений, регулирующих установление очередности требований кредиторов по делам о несостоятельности. Правовое признание автономии сторон в установлении договорной субординации различных типов ссуд может облегчить финансирование проектов в области инфраструктуры.

48. 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 концессионера; и положения о признании недействительными сделок, совершенных должником непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности.

49. В случае крупных проектов в области инфраструктуры несостоятельность концессионера 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.

14. Меры по борьбе с коррупцией

50. 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 взяточничество.

51. Важным шагом в этом направлении может стать принятие законов, учитывающих международные соглашения и стандарты, касающиеся обеспечения объективности при ведении публичной коммерческой деятельности. Важные стандарты содержатся в двух резолюциях Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций: в резолюции 51/59 от 12 декабря 1996 года, в которой Ассамблея приняла Международный кодекс поведения государственных должностных лиц, и в резолюции 51/191 от 16 декабря 1996 года, в которой она приняла Декларацию Организации Объединенных Наций о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных коммерческих операциях. В число других важных документов входит Конвенция по борьбе со взяточничеством иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 года, которая была разработана под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития.

52. Кроме того, важно, чтобы нормы, регулирующие деятельность организаций-заказчиков и осуществление контроля за исполнением публичных контрактов, обеспечивали необходимую степень прозрачности и объективности. В случае отсутствия таких норм следует разработать и принять надлежащие законодательные и регламентирующие 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.

С. Международные соглашения

53. помимо внутреннего законодательства принимающей страны на реализацию проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, 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

54. Членство в многосторонних финансовых учреждениях, таких как Всемирный банк, Международная ассоциация развития, Международная финансовая корпорация, Многостороннее агентство по гарантированию инвестиций и региональные банки развития, может оказывать непосредственное воздействие на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, по самым различным вопросам. Впервые, 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 концессионером (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, дости-

жение которых они стремятся обеспечить в связи с поддерживаемыми ими проектами (например, соблюдение международно признанных экологических стандартов; долгосрочная устойчивость проекта, распространяющаяся за пределы срока первоначальной концессии; прозрачность и объективность при отборе концессионера и распределении предоставленных кредитов).

2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли

55. 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 проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, 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

56. В контексте переговоров по основным видам телекоммуникаций, результаты которых были оформлены как часть генерального соглашения о 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.

57. Другим важным специальным секторальным международным соглашением является заключенный в Лиссабоне 17 декабря 1994 года и вступивший в

силу 16 апреля 1998 года Договор об 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 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 “Выбор концессионера”, 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”, 74

общая роль __ в финансировании проектов в области инфраструктуры “Введение”, 66

страховое покрытие и гарантии, предоставляемые __ “Введение”, 72–74

Административная координация

выдача лицензий и разрешений I, 27–29

общая информация I, 23–29

__ подготовительных мер I, 25–26

Административное право

__ принимающей страны VII, 24–27

Активы (см. Строительная площадка и активы)

Акционерный капитал (см. также Правительственная поддержка)

__, необходимый для учреждения проектной компании IV, 15–16

общая роль __ в финансировании проектов в области инфраструктуры “Введение”, 57

Арбитражные решения (см. также Урегулирование споров)

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных __
VI, 30,37

Водоснабжение и канализация

расчленение в секторе __ “Введение”, 38–39

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) VII, 19

Всемирная торговая организация (ВТО) VII, 21

Генеральное соглашение о торговле услугами (ГСТУ) VII, 56

Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности VII, 21

Соглашение __ о телекоммуникациях VII, 56

соглашения, заключенные под эгидой __ VII, 55

Всемирный банк (см. также *Международные финансовые учреждения*) “Введение”, 64, 75, 77; I, 32; II, 61–63; III, 1, 18, 80; VI, 31; VII, 54

Вспомогательные источники поступлений (см. *Правительственная поддержка*)

Выдача концессии без проведения конкурентных процедур

меры, направленные на повышение прозрачности при __ III, 90–96

обстоятельства, допускающие __ III, 89

программные соображения III, 85–88

Выдача подряда на проект (см. *Выдача концессии без проведения конкурентных процедур*, *Незапрошенные предложения*, *Предварительный отбор участников процедур*, *Процедуры отбора*)

Гарантии исполнения

виды, функции и характер и т.д. __ IV, 109–110

преимущества и недостатки различных видов __ IV, 111–117

срок __ IV, 118

Договор об Энергетической хартии VII, 57

Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР)

Типовой закон об обеспеченных сделках VII, 16

Законодательные органы

определение __ “Введение”, 16

Законодательство (см. также *Конституционные, законодательные и институциональные рамки*)

общее __ и специальное __ по отдельным секторам I, 10–14

последующие изменения в __ IV, 122–125

Залог (см. *Обеспечительные интересы*)

Запасные части

поставки __ после истечения или прекращения проектного соглашения V, 59–61

Запрос предложений (см. *Выдача концессии без проведения конкурентных процедур*, *Незапрошенные предложения*, *Предварительный отбор участников процедур*, *Процедуры отбора*)

Защита потребителей

законодательство принимающей страны о __ VII, 45–46

Институциональные инвесторы

общая роль __ в финансировании проектов в области инфраструктуры
“Введение”, 60

Инфраструктура

история развития услуг в области __ “Введение”, 1–3
переходные меры в секторах __ “Введение”, 44–46
политика в области __ “Введение”, 23–29
расчленение секторов __ “Введение”, 32–34
структурная перестройка секторов __ “Введение”, 30–46

*Ипотека (см. Обеспечительные интересы)**Исключительные права (см. также Конкуренция)*

__ и объем концессий I, 20–22

Исламские финансовые учреждения

общая роль __ в финансировании проектов в области инфраструктуры
“Введение”, 63

Компенсация

__ за дополнительные работы IV, 76
__ за приостановление или задержку IV, 77
__ за увеличение затрат IV, 45–46, 126–130
__ и меры по контролю над тарифами IV, 45–46
__ и продление проектного соглашения V, 8
__ причитающаяся при прекращении (см. Прекращение)

Конкуренция

возможности для __ в различных секторах “Введение”, 28–29
защита от __ (как одна из форм правительственной поддержки) II, 55–57
политика в области __ и монополии “Введение”, 24–27

*Конституционное право (см. Конституционные, законодательные и институциональные рамки)**Конституционные законодательные и институциональные рамки*

__ и долгосрочная устойчивость проектов I, 6
__ и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников I, 7–9
прозрачность __ I, IV

справедливость __ I, V
структурная организация законодательства I, 10–14

Концессионер (см. также *Проектная компания*)

определение __ “Введение”, 15
структурная организация __ IV, 12–18

Концессия

аннулирование __ (см. *Прекращение*)
залог __ IV, 56–57
области, в которых выдаются __ I, 18
определение __ “Введение” 13
переуступка __ IV, 62–63
повторные процедуры по выдаче __ V, 7
срок действия __ (см. *Проектное соглашение*)
учреждения, уполномоченные на выдачу __ I, 16–17
цель и объем __ I, 19–22

Коррупция

Декларация Организации Объединенных Наций о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных коммерческих операциях (резолюция Генеральной Ассамблеи 51/191) VII, 51
Конвенция ОЭСР о борьбе со взяточничеством иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 года VII, 51
__ и процесс отбора III, 12
__ в качестве основания для прекращения V, 23
Международный кодекс поведения государственных должностных лиц (резолюция 51/59 Генеральной Ассамблеи) VII, 51
меры против __ в принимающей стране VII, 50–52

Кредитные гарантии (см. *Правительственная поддержка*)

Кредиторы

__ в качестве заинтересованных сторон “Введение”, 72–73
права __ на вмешательство (см. *Нарушение обязательств и средства правовой защиты*)

Международные финансовые учреждения

__ в качестве заинтересованных сторон “Введение”, 74
гарантии, предоставляемые __ II, 61–71
общая роль __ в финансировании проектов в области инфраструктуры “Введение”, 64–65
правила о закупках, разработанные __ III, 18
членство принимающей страны в __ VII, 54

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
роль __ VI, 31

МИУЧП

Конвенция __ о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 год)
VII, 29

проект конвенции __ о международных интересах в мобильном оборудова-
нии VII, 16 (сноска 1)

Модернизация–собственность–эксплуатация (МСЭ)

определение __ “Введение”, 19, 20

Модернизация–эксплуатация–передача (МЭП)

определение __ “Введение”, 19, 20

Монополия

__ и политика в области конкуренции “Введение”, 24–27

Налоговое законодательство

__ принимающей страны VII, 34–39

Налоговые и таможенные льготы

__ как одна из форм правительственной поддержки II, 37–39

Нарушение обязательств и средства правовой защиты

общие соображения IV, 141–142

определение “серьезного нарушения обязательств” V, 15

права кредиторов на вмешательство V, 12, 17

права организации-заказчика на вмешательство IV, 143–146

уведомление с требованием устранить последствия нарушения V, 17

Незапрошенные предложения (см. также Выдача концессии без проведения конкурентных процедур, Предварительный отбор участников процедур, Процедуры отбора)

программные соображения III, 98–108

процедуры для рассмотрения __ III, 107–117, 123

Неисполнение обязательств (см. Нарушение обязательств и средства правовой защиты)

Несостоятельность

законодательство принимающей страны о __ VII, 47–49

__ концессионера V, 24–25

Обеспечительные интересы

- ___ в акциях проектной компании IV, 61
- ___ в коммерческой дебиторской задолженности IV, 58–60
- ___ в материальных активах IV, 54–55
- ___ в нематериальных активах IV, 56–57
- законодательство принимающей страны об ___ VII, 10–16
- общая информация IV, 52–53
- Типовой закон ЕБРР об обеспеченных сделках VII, 16

Облегчение и содействие развитию торговли

- общие международные соглашения об ___ VII, 55

Общедоступные услуги

- определение ___ “Введение”, 10

Объекты инфраструктуры

- публичная собственность и эксплуатация публичным предприятием “Введение”, 48–49
- публичная собственность и эксплуатация частным предприятием “Введение”, 50–51
- частная собственность и эксплуатация частным предприятием “Введение”, 52–53

Организация-заказчик

- ___ в качестве стороны проекта “Введение”, 69–70
- контроль за строительными работами со стороны ___ IV, 77–78
- определение ___ “Введение”, 17
- утверждение и изменение проектных планов по требованию ___ IV, 72–76
- финансовые обязательства ___ IV, 47–51

Организация Объединенных Наций

- Конвенция ___ о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) VII, 29

Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)

- Конвенция о борьбе со взяточничеством иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках VII, 51

Ответственность

- ___ концессионера перед пользователями и третьими сторонами IV, 105–107

Охрана окружающей среды

- Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года VII, 44

Всемирная хартия природы (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи, приложение) VII, 44

Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 года VII, 44

Конвенция о защите и использовании трансграничных водных путей и международных озер 1992 года VII, 44

Конференция Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию 1992 года VII, 44

Повестка дня на XXI век VII, 44

природоохранительное законодательство принимающей страны VII, 42–44

Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию VII, 44

Передача технологий

— по истечении или прекращении проектного соглашения V, 51–55

Переоборудование—собственность—эксплуатация (ПСЭ)

определение — “Введение”, 20

Переоборудование—эксплуатация—передача (ПЭП)

определение — “Введение”, 20

Платежи

— организации заказчика IV, 48–49

Полномочия

— на выдачу концессий I, 15–22

— на регулирование услуг в области инфраструктуры (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, 40–41

Правительственная поддержка

бюджетные меры для — II, 34

определение — II, 30–31

политические соображения — II, 32–34

формы __

вспомогательные источники поступлений II, 58–60

налоговые и таможенные льготы II, 51–54

публичные кредиты и кредитные гарантии II, 37–39

субсидии II, 42–44

суверенные гарантии II, 45–50

участие в акционерном капитале II, 40–41

Правительство

определение __ “Введение”, 16

Правовое регулирование вопросов, относящихся к договорам

__ действующее в принимающей стране VII, 28–29

Правовое регулирование вопросов собственности

__ в принимающей стране VII, 7–9

Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

__ в принимающей стране VII, 30–33

Предварительный отбор участников процедур

__ и внутренние преференции III, 43–44

критерии __ III, 38–40

приглашение к __ III, 35–37

процедуры __ III, 47–50

участие консорциумов в процедурах __ III, 41–42

Прекращение

компенсация, причитающаяся по __ V, 27, 36, 38–40, 43–49

__ концессионером V, 28–33

изменение условий V, 33

серьезное нарушение обязательств организацией-заказчиком V, 29–32

__ любой из сторон V, 34–35

обоюдное согласие V, 35

препятствия исполнению V, 34

общие соображения V, 9–13

__ организацией-заказчиком V, 14–27

в силу публичных интересов V, 26–27

неплатежеспособность концессионера V, 24–25

серьезное нарушение обязательств концессионером V, 15–23

передача связанных с проектом активов по __ V, 37–42

новому концессионеру V, 39–40

организации-заказчику V, 38

состояние активов в момент передачи V, 41–42

этап завершения и меры в переходный период после __ V, 50–62

Препятствия, освобождающие от ответственности

определение __ IV, 132–134

последствия возникновения __ IV, 135–139

Принудительное приобретение

законодательство принимающей страны по вопросу о __ VII, 22–23

__ земельного участка, необходимого для строительной площадки IV, 27–29

Проектирование–строительство–финансирование–эксплуатация (ПСФЭ)

определение __ “Введение”, 20

Проектная компания (см. также Концессионер)

залог акций __ IV, 61

общая роль __ в качестве стороны проекта “Введение”, 71

определение __ “Введение”, 15

передача контрольного пакета акций __ IV, 64–68

сфера деятельности __ IV, 17

уставные документы __ и принимаемые на их основе нормативные акты IV, 18

Проектное соглашение

заключение __ IV, 9–11

определение __ “Введение”, 14

право, регулирующее __ IV, 5–8

прекращение __ (см. *Прекращение*)

продление __ V, 6–8

содержание __ и законодательство IV, 1–4

срок действия __ V, 2–5

Проектное финансирование

__ и оценка риска (в целом) II, 3–5

коммерческие ссуды “Введение”, 58

концепция __ “Введение”, 54–55

сочетание публичного и частного финансирования “Введение”, 67

субординированная задолженность “Введение”, 59

финансирование за счет рынка капитала “Введение”, 61–62

Проекты в области инфраструктуры

источники финансирования __ “Введение”, 56–67

основные стороны __ “Введение” 68–77

Промышленная и интеллектуальная собственность

Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года VII, 20

Договор о патентной кооперации 1970 года VII, 18

Договор о правовом режиме торговых знаков 1994 года VII, 19

законодательство принимающей страны о __ VII, 17–21

Мадридское соглашение относительно международной регистрации знаков VII, 19

Общая инструкция VII, 19

Протокол VII, 19

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года VII, 18

Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности VII, 21

Процедуры выдачи подряда на проект (см. Выдача концессии без проведения конкурентных процедур, Незапрошенные предложения, Предварительный отбор участников процедур, Процедуры отбора)

Процедуры отбора (см. также Выдача концессии без проведения конкурентных процедур, Незапрошенные предложения, Предварительный отбор участников процедур)

договорные условия III, 67–70

документация III, 32–33

запрос предложений III, 59–70

квалификационные данные участников процедур (см. также *Предварительный отбор участников процедур*) III, 63

комитет по выдаче подряда III, 28–29

конфиденциальность переговоров при __ III, 118

критерии оценки III, 23–24, 73–77

круг потенциальных участников процедур III, 20

обжалование __ III, 127–131

объективность __ III, 10–13

одноэтапные и двухэтапные __ III, 52–58

определение проектных требований III, 21–22

отчет о __ III, 120–126

переговоры с участниками процедур III, 25–26, 83–84

подготовка к __ III, 27–33

представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений III, 78–82
прозрачность законов и процедур I, II, 14–16
разъяснения и изменения запроса предложений III, 71–72
—, рассматриваемые в *Руководстве* III, 3–4
спецификации и эксплуатационные показатели III, 64–66
тендерное обеспечение III, 62
техничко-экономические обоснования III, 30–31, 61
уведомление о выдаче подряда на проект III, 119
частичное возмещение расходов на участие в ___ III, 45–46
экономия и эффективность при ___ III, 6–9

Публичная инфраструктура

определение ___ “Введение”, 10

Публичные кредиты (см. Правительственная поддержка)

Публичные органы

определение ___ “Введение”, 16

Региональные банки развития (см. Международные финансовые учреждения)

Регулирующее учреждение

институциональные механизмы I, 36–38
независимость и автономия ___ I, 37–38
обжалование решений ___ I, 49–50
определение ___ “Введение”, 18
организационная структура, персонал и бюджет ___ I, 43–45
полномочия ___ I, 39–42
процесс и процедуры регулирования I, 46–48
секторальная компетенция и мандат ___ I, 33–35
урегулирование споров между поставщиками общедоступных услуг I, 51–53

Рекомендации по законодательным вопросам

цель ___ “Введение”, 5–6

Ремонт

___, необходимый после истечения или прекращения проектного соглашения V, 62

Риски

гарантии от конкретных ___ II, 45–50, 61–74
законодательное распределение ___ II, 21
___ и распределение ___ II, 8–10

- коммерческие __ II, 17–18
- __ на этапах строительства и эксплуатации II, 14–16
- политические __ II, 13
- распределение и уменьшение проектных __ II, 21–29
- __, обусловленные событиями вне сферы контроля сторон II, 12
- __, связанные с обменным курсом, и другие финансовые __ II, 19–20

Риски, связанные с проектами (см. Риски)

Руководство для законодательных органов

- проекты, охватываемые __ “Введение”, 4
- терминология, используемая в __ “Введение”, 9–20
- цель __ “Введение”, 4, 7

Сервитуты

- __, необходимые для осуществления проекта IV, 30–32

Соглашения о приобретении продукции (см. также Правительственная поддержка (суверенные гарантии))

- __, заключаемые организацией-заказчиком или другим публичным органом IV, 50–51

Страхование

- роль страховщиков в качестве заинтересованных сторон “Введение”, 75
- __, требующееся в ходе этапа эксплуатации объекта инфраструктуры IV, 119–120

Строительная площадка и активы

- амортизация и остаточная стоимость __ V, 3, 40, 43(b)
- ипотека или залог __ IV, 54–55
- передача __ (см. Прекращение)
- приобретение земельного участка IV, 27–29
- собственность на __ IV, 20–26

Строительство

- гарантийный период для строительных работ IV, 79
- изменения, вносимые по требованию организации-заказчика и т.д. IV, 73–76
- контроль за __ IV, 77–78
- рассмотрение и утверждение строительных планов IV, 72

Строительство–аренда–эксплуатация–передача (САЭП)

- определение __ “Введение”, 19 (c)

Строительство–лизинг–эксплуатация–передача (СЛЭП)

определение __ “Введение”, 19 (с)

Строительство–передача–эксплуатация (СПЭ)

определение __ “Введение”, 19 (b)

Строительство–собственность–эксплуатация (ССЭ)

определение __ “Введение”, 19 (e)

Строительство–собственность–эксплуатация–передача (ССЭП)

определение __ “Введение”, 19 (d)

Строительство–эксплуатация–передача (СЭП)

определение __ “Введение”, 19 (a)

передача активов в рамках проектов __ V, 37

Субподряды

выбор субподрядчиков IV, 100–101

право, регулирующее __ IV, 102–104

Субсидии

__ как одна из форм правительственной поддержки II, 42–44

*Суверенные гарантии (см. Правительственная поддержка)**Тарифы*

корректировки __ в результате изменения условий IV, 121, 124–125

методы контроля над __ IV, 39–44

правомочие концессионера взимать __ IV, 37–38

программные соображения относительно контроля над __ IV, 45–46

установление __ и контроль над ними IV, 36

Телекоммуникации

расчленение в секторе __ “Введение”, 35

Техническая помощь

__ после истечения или прекращения проектного соглашения V, 56–58

Транспорт

расчленение в секторе __ “Введение”, 40–43

Урегулирование споров

арбитраж VI, 30–37

важность эффективных механизмов __ VI, 1

- комиссии по урегулированию споров VI, 23–28
- коммерческие споры VI, 2 (b), 42
- мини-разбирательство VI, 18
- необязательная экспертная оценка VI, 17
- необязательный арбитраж VI, 29
- оценка старшими должностными лицами VI, 19
- партнерские отношения VI, 12
- переговоры с участием помощника VI, 13
- приведение в исполнение арбитражных решений VI, 36–37
- “раннее оповещение” VI, 11
- рассмотрение технических споров независимыми экспертами VI, 20–22
- свобода договариваться о методах __ VI, 7–9
- согласительные процедуры и посредничество VI, 14–16
- споры между концессионером и организацией-заказчиком VI, 2 (a), 3–41
- споры между поставщиками общедоступных услуг I, 51–53
- споры с участием клиентов и пользователей объекта инфраструктуры VI, 2 (c), 43–45
- суверенный иммунитет и арбитраж VI, 33–35
- судебные процедуры VI, 38–41
- цели __ VI, 5–6

Учредители проекта

- общая роль __ в качестве сторон проекта “Введение”, 71

Форс-мажор (см. Препятствия, освобождающие от ответственности)

Цены (см. Тарифы)

Экономические условия

- последующие изменения в __ IV, 126–130

Эксперты и консультанты

- общая роль __ в осуществлении проекта “Введение”, 76–77
- роль __ в процедурах отбора III, 29

Эксплуатация инфраструктуры

- непрерывный характер предоставления услуг IV, 86–87
- подключение и доступ к сетям инфраструктуры IV, 90–93
- принудительное обеспечение соблюдения правил пользования IV, 96–97
- равный режим для клиентов или пользователей IV, 88–89
- расширение предоставления услуг IV, 84–85
- требования о раскрытии информации IV, 94–95
- эксплуатационные стандарты IV, 82–83

Электроэнергия

расчленение в секторе __ “Введение”, 36–37

ЮНИДО

Руководящие принципы __ по развитию инфраструктуры посредством проектов “строительство–эксплуатация–передача” (СЭП) “Введение”, 9; III, 1

ЮНСИТРАЛ

Арбитражный регламент __ VI, 32

проект конвенции __ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле VII, 16 (сноска 1)

Согласительный регламент __ VI, 16

Типовой закон __ о закупках товаров (работ) и услуг III, 2, 25, 37 (сноска 4), 38 (сноска 5), 44, 51, 60 (сноска 6), 62 (сноска 7), 81, 104, 121, 124, 127

Типовой закон __ о международном торговом арбитраже VI, 36

Типовой закон __ о трансграничной несостоятельности VII, 49