



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ  
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.  
GENERAL

ECE/CECI/2008/5  
24 September 2008

RUSSIAN  
Original: ENGLISH

---

**ЕВРОПЕЙСКАЯ ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОМИССИЯ**

КОМИТЕТ ПО ЭКОНОМИЧЕСКОМУ

СОТРУДНИЧЕСТВУ И ИНТЕГРАЦИИ

Третья сессия

Женева, 3-5 декабря 2008 года

Пункт 2 е) предварительной повестки дня

**ХОД ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРОГРАММЫ**

**ПООЩРЕНИЕ ПЕРЕДОВОЙ ПРАКТИКИ В ИНТЕРЕСАХ ЭФФЕКТИВНОГО  
ПАРТНЕРСТВА МЕЖДУ ГОСУДАРСТВЕННЫМ И ЧАСТНЫМ СЕКТОРАМИ**

**СТРАТЕГИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ  
НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЙ БАЗЫ ДЛЯ РАЗВИТИЯ  
ЭФФЕКТИВНОГО ГЧП**

Записка секретариата

**ВВЕДЕНИЕ**

1. На своей второй сессии (5-7 декабря 2007 года) Комитет по экономическому сотрудничеству и интеграции поручил в рамках своей Программы работы на 2008 год подготовить сравнительный обзор нормативно-правовых основ государственно-частного партнерства (ГЧП) в целях определения того, необходимо ли принять новые законы для повышения эффективности ГЧП (ECE/CECI/2007/2, приложение II, тематическая область: Поощрение передовой практики в интересах эффективного государственно-частного партнерства). Кроме того, Комитет предложил подготовить и обсудить на ежегодной

сессии КЭСИ резюме стратегических рекомендаций по совершенствованию нормативно-правовых основ для развития эффективного ГЧП.

2. На своей первой сессии (28-29 февраля 2008 года) Группа специалистов по государственно-частному партнерству включила вопрос о подготовке этого обзора и резюме стратегических рекомендаций в план своей работы на 2008 и 2009 годы. Было принято решение о том, что эта задача будет решаться в тесном сотрудничестве с Европейским сообществом и другими соответствующими организациями (ECE/CECI/PPP/2008/2, приложение I, пункт 9). Значительное число экспертов выразили свою заинтересованность в том, чтобы принять участие в завершении подготовки этого документа либо путем направления в секретариат соответствующих материалов и информации, либо путем рассмотрения окончательного варианта проекта. Группа специалистов согласовала процедуру и график работы по подготовке этих документов (ECE/CECI/PPP/2008/2, приложение II, пункты A2 и A3).

3. На основе этого поручения секретариат подготовил план-набросок с предлагаемой структурой обзора и изложением отдельных вопросов, которые следует охватить, и предложил экспертам, выразившим готовность принять участие в этой работе, представить свои замечания. Чтобы собрать информацию, необходимую для подготовки этого обзора, секретариат распространил анкету, содержащую вопросы, касающиеся как национального законодательства в области ГЧП, так и практического опыта в деле его применения. Цель этого анкетирования заключалась в попытке выявить эффективную практику в этой области, с тем чтобы получить возможность подготовить рекомендации.

4. Ответы на анкету или тексты соответствующего законодательства были получены от экспертов из 15 стран<sup>1</sup>. В некоторых случаях представленные материалы позволяют судить о существовании конкретных законодательных положений, регулирующих механизмы ГЧП, но не о вопросах, касающихся их практического применения. Поэтому оказалось возможным подготовить лишь предварительные выводы о масштабах и характере применения этих положений в проектах ГЧП или о том, каковы практические последствия других соответствующих законов и положений в этих странах.

---

<sup>1</sup> Этими странами являются: Бельгия, Болгария, Венгрия, Греция, Израиль, Испания, Нидерланды, Польша, Республика Молдова, Словения, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты Америки, Франция, Хорватия и Чешская Республика.

5. Цель настоящего документа заключается в использовании информации, представленной национальными экспертами, для подготовки некоторых предварительных выводов относительно того, что представляет собой эффективная практика в использовании нормативно-правовых основ, благоприятствующих ГЧП, и для разработки рекомендаций относительно возможных улучшений. Основное внимание в рекомендациях уделяется отдельным вопросам в существующем законодательстве, регулирующем государственно-частное партнерство в регионе ЕЭК ООН, в целях выявления потенциальных пробелов и определения ориентиров для возможных улучшений в этой области.

6. Структурно рекомендации разбиты на следующие ключевые области, касающиеся нормативно-правовых основ в области ГЧП:

- a) **правовая эффективность**, т.е. повышение темпов формирования ГЧП, стандартизированные контракты, мониторинг результативности, урегулирование споров и т.д.;
- b) **обеспечение справедливого режима для инвесторов**, например гарантии от экспроприации без справедливой компенсации; и
- c) **эффективное регулирование в целях защиты общественных интересов**, включая вклад ГЧП в устойчивое развитие.

7. В своем обзоре законов о концессиях Европейский банк реконструкции и развития выделил некоторые общие элементы, из которых складывается передовая практика в этой области<sup>2</sup>. В преломлении к передовой практике в качестве основы для определения ключевых вопросов, которые рассматриваются в настоящем документе, были использованы результаты этой работы, а также Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.

8. Часто утверждается, что главными факторами, сдерживающими создание инфраструктуры, финансируемой из частных источников, являются следующие правовые и институциональные проблемы:

---

<sup>2</sup> См. EBRD Concession Law Assessment по адресу:  
<http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/index.htm>.

- a) неадекватное регулирование как на законодательном, так и на административном уровнях, приводящее к высоким издержкам, связанным с заключением контрактов и проведением торгов, и к низкому уровню пригодности проектов для банковского финансирования;
- b) отсутствие эффективной институциональной базы, адаптированной к целям поощрения ГЧП;
- c) низкая эффективность контрактов и низкая договорная дисциплина;
- d) недостаточно развитая судебная система, не имеющая достаточных правоприменительных рычагов;
- e) отсутствие конкуренции и транспарентности в процедурах отбора; и
- f) непредсказуемость и размытость полномочий в правительстве на проведение переговоров и утверждение проектов.

9. Что касается подходов к этим вопросам в правовой плоскости, то между государствами - членами ЕЭК ООН отмечаются значительные различия. В некоторых странах конкретные законы о ГЧП отсутствуют, но есть законы, обычно о государственных закупках или договорах концессии, которые применяются в отношении ГЧП *mutatis mutandis* (например, Соединенное Королевство). Есть страны, имеющие всеобъемлющие законы о ГЧП (например, Греция). В некоторых странах имеются законы о концессиях, содержащие лишь общие положения, а конкретные законодательные требования устанавливаются только в конкретных секторальных законах (например, Хорватия). В странах с федеративным устройством на федеральном уровне нередко предусматриваются лишь ограниченные правовые обязательства, а различные административные единицы (штаты или провинции) зачастую принимают свое собственное законодательство, уровни детализации которого зависят от накопленного опыта в использовании механизмов ГЧП (например, Бельгия). Есть примеры стран, которые имеют отдельные законы или положения, регулирующие ГЧП, в которых государственным партнером является субнациональная административная единица (региональное или местное правительство) (например, Соединенные Штаты Америки).

10. Новаторский характер механизмов ГЧП означает, что при управлении ими страны либо используют законодательство, которое изначально предназначалось для регулирования деятельности, в значительной мере отличающейся от ГЧП, либо принимают новое законодательство именно для того, чтобы снять неясности

в существующем законодательстве. Во втором случае опыт применения нового законодательства является ограниченным. В силу долгосрочного характера ГЧП трудно делать выводы об общей эффективности законодательства, если оно до сих пор использовалось не на протяжении полного жизненного цикла проектов, а лишь в рамках процедуры проведения торгов и на этапе заключения контракта.

11. Очевидно, что решение о принятии законов, регулирующих ГЧП, в значительной мере будет зависеть от оперативности и заинтересованности органов исполнительной власти. Развитию ГЧП обычно способствует сильная политическая воля, и во многих странах эта задача решается в рамках более широкой административной реформы. Этот механизм является популярным рычагом политики для правительств, которые стремятся обеспечить финансирование развития инфраструктуры без незамедлительного увеличения налогового бремени. Однако отправной точкой в деле внедрения механизмов ГЧП в любой стране с переходной экономикой должны быть оценка соответствующих потребностей конкретной страны и обеспечение того, чтобы главной движущей силой использования структуры ГЧП было не желание вывести расходы за рамки бюджета, а долг за пределы баланса, а повышение эффективности.

12. Это действует в обоих направлениях, поскольку политическая воля может быть слабой также в силу порой негативного общественного отношения к ГЧП, прежде всего потому, что в этих механизмах усматривается некая форма приватизации, которая во многих странах с переходной экономикой проводилась без должного учета передовой организационной практики в этой области. Это по крайней мере отчасти объясняет, почему некоторые страны приняли законы, в которых акцент делается на эффективных гарантиях защиты общественных интересов, а не на содействии использованию механизмов ГЧП. В некоторых странах конкретные законы в этой области отсутствуют просто в силу того, что в них до сих не было проектов ГЧП, для которых эти законы были бы необходимы.

13. На наличие конкретных законов, регулирующих ГЧП, значительное влияние оказывает характер правовой системы и правовые традиции страны. В большинстве стран ЕЭК ООН действует система гражданского права, и законы, регулирующие специфические особенности ГЧП, принимаются для обеспечения необходимой гибкости, которую требуют механизмы ГЧП. С другой стороны, в странах, имеющих традиции общего права, ГЧП часто рассматриваются как форма государственных закупок, которая не требует принятия отдельных законодательных положений. Страны, в которых превалирует система общего права, обычно осуществляют проекты ГЧП, руководствуясь

их общими законами о государственных закупках, а также так называемыми "мягкими" законами (правила, руководящие положения) и прецедентным правом<sup>3</sup>.

14. Важно отметить также, что государства - члены Европейского союза обязаны согласовывать свое законодательство с соответствующими директивами Европейского сообщества, и государства-кандидаты, а также те, которые подумывают о будущем присоединении, обычно предпочитают в какой-то мере делать то же самое. Это означает, что законодательство ЕС имеет важное значение для многих стран региона ЕЭК ООН в силу того, что они либо являются государствами - членами Европейского союза и законодательство Сообщества применяется в них наряду с их национальным законодательством, либо не являются членами Союза, но предпочитают использовать элементы законодательства Сообщества в качестве модели при разработке своих национальных законов. Хотя не все государства - члены Европейского союза имеют конкретные законы, регулирующие ГЧП, они все обязаны выполнять требование о соблюдении определенных статей основополагающего нормативного акта Сообщества. Вместе с тем они носят довольно общий характер и касаются главным образом недискриминационных положений и использования основанного на конкурсном принципе диалога<sup>4</sup> при проведении торгов.

---

<sup>3</sup> Главное различие между системами гражданского и общего права заключается в том, что в общем праве абстрактные нормы выводятся из конкретных дел (прецедентов), тогда как в гражданском праве сначала принимаются абстрактные нормы (т.е. законодательство), которые применяются судами для вынесения решений по конкретным делам. Исторически это различие обусловлено тем, что общее право разрабатывалось на основе обычаев, которые начали формироваться еще до появления каких-либо писаных законов и которые продолжают применяться судами и после появления писаных законов. Истоками гражданского права является римское право - кодифицированный свод Юстиниана.

<sup>4</sup> Это определяется в директиве ЕС 2004/18/ЕС как "гибкая процедура" [закупок]... в которой учитывается не только необходимость поддержания конкуренции между экономическими субъектами, но и необходимость обсуждения заключающими контракты органами всех аспектов контракта с каждым кандидатом". Она конкретно предназначена для использования на рынках, которые являются "особенно сложными" с юридической, финансовой или технической точек зрения. Результатом применения этой процедуры является "окончательное предложение на торгах", которое представляется после завершения диалога с кандидатами и которое должно содержать все элементы, необходимые для исполнения проекта.

## I. ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПРОЦЕССЫ, КАСАЮЩИЕСЯ ГЧП

15. Продолжительность и сложность процедуры подготовки контрактов и их пересмотра после подписания являются важным аспектом правовой эффективности. В некоторых странах контракты довольно просты и должны пересматриваться раз в несколько лет. В других - контракты являются более сложными, но конкретное обязательство относительно пересмотра соглашения не предусмотрено и на практике это может происходить в любое время. Этот сравнительный анализ является полезным для выявления эффективной практики, а также плюсов и минусов в подходе в разных юрисдикциях. Еще одним аспектом, заслуживающим особого внимания и сравнения, является продолжительность времени с начала осуществления проекта до завершения выполнения контракта. Цель заключается в обеспечении баланса между транспарентностью и эффективностью при увеличении вклада со стороны частного сектора, который должен повысить качество принимаемых решений по проекту.

16. Имеющиеся данные свидетельствуют о том, что на международном уровне эффективная практика использования правовой среды, благоприятствующей ГЧП, является следующей.

- a) Четкость и эффективность законодательства, регулирующего ГЧП
  - i) важное значение создания четких правовых основ вне зависимости от того, влечет ли это за собой принятие конкретного законодательства в области ГЧП или внесение изменений в существующие законы о концессиях и государственных закупках;
  - ii) закрепление четкого определения ГЧП в законодательстве;
  - iii) в случае необходимости - принятие толковательных положений, конкретно касающихся ГЧП;
  - iv) учет важного значения взаимодополняемости различных законов, касающихся ГЧП, особенно в ходе правовой реформы;
  - v) обеспечение включения в законодательство положений о создании четкой системы средств правовой защиты;

- vi) поощрение по мере возможности принятия и применения единообразных правил процедуры в отношении всех проектов ГЧП;
  - vii) закрепление правовых положений, касающихся создания в государственном секторе четкого механизма связи и координации по всем вопросам, имеющим отношение к политике в области ГЧП и проектам ГЧП в разных секторах и на разных уровнях государственного управления;
  - viii) обеспечение четкости правовых положений, определяющих, в каких секторах или по каким аспектам для ГЧП предусматривается изъятие из обычных требований к государственным закупкам (например, когда на них распространяются иные законы, а не существующее законодательство о ГЧП или концессиях, а также статутное право); и
  - ix) обеспечение интеграции программы ГЧП в бюджетную систему.
- b) Процедуры формирования ГЧП
- i) установление формальных требований к оценке, которая должна производиться до запуска процесса ГЧП, например путем разработки бизнес-модели, демонстрирующей тот тип закупок, который обеспечивает оптимальную отдачу от производимых затрат;
  - ii) прием по принципиальным соображениям только запрошенных заявок;
  - iii) установление требования о том, чтобы во все тендерные уведомления для предварительного отбора участников торгов включалась вся информация, необходимая государственному органу для правильной оценки технического, профессионального и финансового потенциала участника торгов для осуществления проекта;
  - iv) применение принципа свободной конкуренции путем поощрения максимально широкого участия кандидатов, способных выполнить требования, оговоренные в объявлении о проведении торгов, а также путем использования объективных критериев отбора с возможностью оспаривания критериев отбора до проведения торгов посредством подачи апелляции в независимый судебный орган;

- v) создание системы правовых гарантий для обеспечения прозрачности при отборе участников торгов через соответствующее взвешивание как технических, так и экономических факторов и применение принципа прозрачности при изложении намерения завершить исполнение контракта на проведение работ или оказание услуг с государственным органом;
- vi) применение принципа равного отношения во избежание дискриминации на основе государственной принадлежности или любых иных критериев, которые не могут быть объективно оправданы;
- vii) применение принципа пропорциональности в процедуре присуждения контракта во избежание установления таких требований к техническому, профессиональному или финансовому потенциалу, которые несоразмерны с конкретным контрактом или являются чрезмерными;
- viii) применение принципа взаимного признания технических спецификаций, мер контроля, квалификационных требований или сертификаций иностранного участника торгов, если они эквивалентны действующим в стране, где правительство объявляет торги;
- ix) применение принципа защиты общественных интересов посредством учета необходимости сведения к минимуму финансового бремени для заключающего контракт органа, а также потребностей пользователей в услугах более высокого качества;
- x) применение принципа защиты прав частных лиц при обосновании всех решений заключающего контракт органа и обеспечение судебной защиты частных субъектов, участвующих в торгах для заключения контракта; и
- xi) применение принципа защиты окружающей среды и поощрения устойчивого развития за счет учета необходимости сохранения экологического баланса и сбережения природных ресурсов при уточнении критериев отбора участников торгов.

с) Механизм координации ГЧП

- i) введение в действие четких правовых положений о роли и мандате механизма координации ГЧП, который должен иметь полномочия оценивать пригодность проектов с точки зрения критериев ГЧП, участвовать в осуществлении и мониторинге; и
- ii) в странах, где централизованный процесс принятия решений по ГЧП отсутствует, - стимулирование обмена информацией об эффективной практике путем поощрения субнациональных органов к созданию подразделений, выполняющих функции информационно-справочных центров по ГЧП, т.е. централизованных баз данных по проектам.

d) Контрактные вопросы

- i) если это возможно, разработка стандартизированного контракта о ГЧП или, если это невозможно, - перечня обязательных положений, которые необходимо предусматривать в каждом контракте о ГЧП;
- ii) четкое определение - в рамках контрактной процедуры - финансовых, технических, социально-экономических и правовых оснований для принятия решения об осуществлении проекта в рамках ГЧП, перечисление критериев отбора частного партнера, действий, которые могут быть предприняты заключающим контракт органом для подготовки процедуры присуждения контракта (например, привлечение консультантов, проведение предварительных исследований и подготовка проектов контрактов), определение формы и ориентировочного графика применения процедуры присуждения контракта, а также ориентировочного бюджета для проведения работ или оказания услуг в соответствии с условиями контракта; и
- iii) заострение внимания в контракте на результатах, которых необходимо достичь, и на стандартах, которые должны быть соблюдены частным партнером, а не на средствах, с помощью которых эти результаты будут достигнуты.

- е) Процедуры осуществления и мониторинга результативности
- i) закрепление в контракте о ГЧП критериев и механизмов мониторинга результативности, в частности условий государственного контроля за исполнением контракта применительно к показателям результативности, а также частотности проведения проверок;
  - ii) проведение регулярных обзоров результативности для обеспечения оптимальной отдачи на протяжении всего жизненного цикла проекта ГЧП и для оценки применимости данного конкретного типа закупок;
  - iii) ведение регистрационного учета обзоров результативности проектов ГЧП в целях создания централизованной базы данных об эффективной практике, на основе которой можно выработать руководящие принципы и стандарты для отбора, мониторинга и оценки будущих проектов ГЧП;
  - iv) структурирование механизма платежей, с тем чтобы поставить их в зависимость от достижения оговоренных критериев результативности частным партнером; и
  - v) закрепление в соглашении о ГЧП объективной основы для определения того, как можно вносить какие-либо коррективы, вместе с возможными средствами правовой защиты и процедурами урегулирования споров, которые могут быть использованы.

## II. ЗАЩИТА ИНВЕСТОРОВ

17. Для стимулирования развития рынка ГЧП в определенных случаях, как представляется, эффективным решением является принятие единого всеобъемлющего закона, охватывающего все необходимые элементы регулирования ГЧП. В других странах каждый контракт о ГЧП рассматривается на самостоятельной основе, и поэтому применить стандартизированные правила, которые охватывали бы все проекты ГЧП, будет трудно. Вне зависимости от подхода важно избегать создания для инвесторов таких правовых условий, которые являются слишком сложными как для самих инвесторов, так и для государственных органов, стремящихся обеспечить применение одинаковых правил в отношении всех механизмов ГЧП. Помимо своего национального законодательства страны имеют обязательства в соответствии с различными международными договорными инструментами, такими как: соглашения Всемирной торговой организации,

двусторонние инвестиционные договоры, соглашения о свободной торговле, антисубсидиарные правила ЕС, Конвенция о Международном центре по урегулированию инвестиционных споров и Декларация ОЭСР о международных инвестициях.

18. Были выявлены следующие виды эффективной практики содействия подключению инвесторов к проектам ГЧП.

- a) Справедливое отношение к участникам торгов
  - i) обеспечение прозрачности процесса отбора через четкое определение критериев отбора и недопущение придания в этом процессе чрезмерного веса техническим факторам;
  - ii) предоставление потенциальным участникам торгов информации о технических требованиях и требованиях к результативности, о прогнозах поступлений и их основе, процедурных требованиях, критериях отбора спонсоров, а также об ожидаемых механизмах регулирования и разделения рисков;
  - iii) предоставление права не прошедшим отбор участникам торгов на получение полных данных о причинах отклонения их предложения, а также предоставление им возможностей для оспаривания решения государственного органа в суде; и
  - iv) обеспечение всем участникам торгов одинакового доступа к информации об условиях и критериях отбора при подготовке их заявок.
- b) Контрактные механизмы для распределения и смягчения рисков
  - i) установление требований к минимальным суммам страхования применительно к областям, которые непосредственно затрагивают общественные интересы (например, физический ущерб, требования третьих сторон и ответственность работодателя), и оставление других областей (например, временное прекращение работ, скрытые дефекты) на усмотрение частного партнера;
  - ii) создание атмосферы широких возможностей и совместного лидерства, в которой директивные органы и руководители программы ГЧП

взаимодействуют с партнерами из частного сектора в обстановке открытости и уважения; и

- iii) установление государственным органом меньшего числа уровней управления и выделение меньшего числа сотрудников для централизованной поддержки при предоставлении максимальной автономии партнерам-исполнителям как из частного, так из государственного сектора.

c) Одностороннее вмешательство правительства и урегулирование споров

- i) предоставление частному партнеру компенсации в случае одностороннего пересмотра, модификации или прекращения контракта о ГЧП заключившим контракт органом по соображениям, обусловленным общественными интересами;
- ii) обеспечение механизмов урегулирования споров, ставящих в равное положение партнеров как из частного, так и из государственного сектора и позволяющих первым оспаривать решения вторых;
- iii) предоставление полной компенсации за переведенные активы, которые служат первичным обеспечением в случае неисполнения контракта, но предоставление возможности государственному сектору вычесть его фактические потери (например, затраты на исправление положения), обусловленные неисполнением обязательств частным партнером;
- iv) предоставление кредитору прав на вмешательство в случае неисполнения обязательств частным партнером, включая право его замены новым подрядчиком;
- v) оценка активов, возвращаемых государству, на иной основе, чем в тех случаях, когда это происходит по вине правительства (например, доля первоначальной стоимости в противовес восстановительной стоимости с учетом амортизации); и
- vi) допущение экспроприации исключительно в тех случаях, когда ставкой являются общественные интересы, и только при условии выплаты инвестору полной компенсации, а также допущение обжалования решения регулирующего органа и суммы компенсации в суде.

### III. ЗАЩИТА ОБЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ

19. Эффективная практика использования благоприятствующих законодательных основ свидетельствует о том, что общие принципы государственной политики, способствующие созданию более благоприятных условий для регулирования ГЧП и одновременно обеспечивающие необходимые условия для защиты общественных интересов, являются следующими.

- a) Информирование общественности, проведение консультаций и доступ к правосудию
  - i) обеспечение - на этапе планирования - максимально возможной информированности общественности и ее участия в процессе принятия решений с учетом целей, характера, предмета и масштабов проекта ГЧП;
  - ii) создание и регулярное обновление базы данных по контрактам о ГЧП, содержащей всю соответствующую информацию, за исключением конфиденциальной коммерческой и промышленной информации, когда такая конфиденциальность охраняется законом в целях защиты законных экономических интересов;
  - iii) ограничительное толкование конфиденциальности информации с учетом того, что раскрытие информации служит общественным интересам;
  - iv) установление требования о том, чтобы заключающий контракт орган консультировался с будущими пользователями услуг, которые будут предоставляться по линии ГЧП, на этапе планирования проекта, а также информировал их об их правах в рамках этого процесса и о процедурах, которые будут использоваться при осуществлении этих прав;
  - v) обеспечение защиты интересов потребителей с точки зрения количественных требований и ценовых лимитов при условии справедливой отдачи от инвестиций; и
  - vi) допущение возможности обращения пользователей услуг, предоставляемых частным партнером в рамках проекта ГЧП, с требованием о возмещении убытков.

- b) Обеспечение оптимальной отдачи от вложенных средств
- i) выбор компаратора в государственном секторе, с тем чтобы дать возможность государственному органу правильно оценить потенциальные выгоды до принятия решения по проекту ГЧП;
  - ii) создание механизмов распределения рисков в рамках проекта ГЧП в целях обеспечения долгосрочной защиты налогоплательщиков от будущей ответственности и обеспечения реальной отдачи от вложенных средств<sup>5</sup>;
  - iii) использование основанного на конкурсном принципе диалога в тех случаях, когда заключающий контракт орган не может определить технические спецификации или юридические и финансовые критерии для проекта или когда он не может установить эти критерии на том уровне или при той степени детализации, которые необходимы для применения открытых или ограничительных процедур;
  - iv) обеспечение доступа к счетам проектов ГЧП для регулирующих органов в целях установления надлежащей пользовательской платы и проверки соблюдения установленных требований; и

---

<sup>5</sup> Здесь важно особо отметить такие аспекты, как доступность по средствам, ограниченность бюджетных ассигнований и закрепленные в юридическом порядке бюджетные лимиты в рамках регулирования ГЧП. В связи с этим обращаем ваше внимание на одно издание ОЭСР, в котором говорится, что "во многих странах установлены пределы, в которых государственные органы второго и третьего звена могут осуществлять заимствования, а во многих случаях они вообще не могут заимствовать средства. Существуют также страны, в которых, согласно бюджетным нормам, ограничиваются размеры государственных расходов, дефицита или долга. В отсутствие таких лимитов государственные ведомства, например местный орган власти, может заимствовать средства для финансирования традиционных проектов закупок и обслуживать долг за счет ожидаемых будущих поступлений. В подобных случаях сам проект и осуществляемые для него заимствования могут быть допустимыми, несмотря на запрещение заимствований в соответствии с закрепленными в юридическом порядке бюджетными ограничениями" (см. *Public-Private Partnership in Pursuit of Risk Sharing and value for Money*, OECD, 2008, pp. 44ff).

- v) проведение регулярных проверок в форме независимого аудита и опубликование результатов аудиторских проверок.
- c) Природоохранные правила
  - i) установление юридического требования о необходимости учета в рамках контракта о ГЧП определенных целей в области устойчивого развития в числе критериев, регулирующих присуждение контракта; и
  - ii) установление принципа "платит загрязнитель" для предотвращения и возмещения экологического ущерба, причиняемого частным партнерам в рамках ГЧП.

#### **IV. ВЫВОДЫ**

##### **A. ПРАВОВАЯ ЭФФЕКТИВНОСТЬ И ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ**

20. Опыт свидетельствуют о том, что законодательные меры, имеющие отношение к ГЧП, могут принимать различные формы: законодательство о ГЧП, законы о концессиях, государственных закупках и секторальном регулировании или сочетание нескольких из законодательных мер, применение которых находится также под влиянием других законов более общего характера, затрагивающих общий деловой климат (например, законодательство в области конкуренции, законы о частных контрактах, законы об акционерных обществах, налоговое законодательство, законы о труде и найме, законы о защите прав потребителей, законодательство о банкротстве, законы, касающиеся инфраструктурных секторов, имущественное законодательство, законы об иностранных инвестициях, законы об интеллектуальной собственности, природоохранное законодательство, законы о приобретении или отчуждении собственности, бюджетное законодательство, а также правила урегулирования споров и арбитража).

21. Нормативно–правовые основы, поощряющие участие частного сектора в развитии общественной инфраструктуры, должны обеспечивать четкие, гибкие и стабильные правовые условия вместе с положениями о справедливом режиме для инвесторов. Кроме того, привлечение частного сектора будет оказывать позитивное воздействие на координирующие органы в государственной администрации и будет способствовать четкому озвучиванию тех целей, которых надлежит достичь.

22. Опыт стран, которые стали объектами обзора, свидетельствует об общей потребности в правовой определенности правил, регулирующих механизмы ГЧП. Для обеспечения максимальной эффективности ГЧП, а также рационального управления в деле создания и использования этих механизмов действенная законодательная база на национальном уровне должна обеспечивать предсказуемость и безопасность для инвесторов, а также защищать общественные интересы и гарантировать право на доступ к информации, участие в принятии решений и доступ к правосудию для бенефициаров проектов и общественности в целом.

23. По общему мнению, здесь необходим баланс, а потому законодательство, регулирующее ГЧП, не должно носить чрезмерно предписывающего характера, а должно по мере возможности устанавливать лишь общие параметры таким образом, чтобы партнеры как из государственного, так и из частного сектора могли наиболее эффективно разрабатывать и осуществлять эти проекты без ущерба для общественных интересов.

24. Необходим правильный баланс между законодательством общего характера и конкретными законами для обеспечения того, чтобы проекты ГЧП могли использоваться в тех случаях, когда они обеспечивают оптимальную отдачу от вложенных средств и гарантии защиты общественных интересов на всех этапах осуществления проектов. При этом важнейшая задача заключается в установлении стандартов, обеспечивающих прозрачность при регулировании максимально возможного круга механизмов ГЧП без их "зарегулирования".

## **В. УЧЕТ СПЕЦИФИКИ ПРАВОВЫХ УСЛОВИЙ В СТРАНАХ**

25. При определении того, какой подход следует взять на вооружение, страны, как представляется, лучше всего перенимают опыт тех стран, в которых политические, экономические, правовые условия и системы управления являются аналогичными. Имеется множество примеров заключения контрактов в странах с переходной экономикой в обстоятельствах, когда режим регулирования развит слабо или вообще отсутствует. В этих случаях инструментами регулирования могут служить отдельные соглашения о ГЧП.

26. Положения, регулирующие особенности финансовых балансов в контрактах о ГЧП, также обычно радикально разнятся между проектами в странах с переходной экономикой, где часто бывает гораздо труднее предсказывать, оценивать и регулировать риски, и проектами в развитых странах с их более стабильным деловым климатом. В этих странах концессионер обычно добивается максимально возможной защиты от непредвиденных рисков. Иногда он даже получает право на внесение коррективов в случае любого

существенного неблагоприятного события, которое ему неподконтрольно (хотя сегодня оговаривание такого механизма в столь обобщенном виде в целом будет считаться слишком расплывчатым).

27. В развитых странах региона ЕЭК ООН частному партнеру нередко обеспечивается лишь очень ограниченная защита такого характера (например, только в случае дискриминационных или специфических изменений в законодательстве). В конечном счете определяющим фактором для регулирующего учреждения является оценка риска в конкретных условиях, в которых осуществляется проект ГЧП.

28. Имеющиеся данные свидетельствуют о том, что как в странах с переходной экономикой, так и в развитых странах, вне зависимости от правовых положений, часто бывает необходимо находить инновационные решения с учетом специфики каждого проекта<sup>6</sup>.

29. Можно прийти к выводу о том, что страны, делающие выбор в пользу принятия конкретного законодательства, регулирующего ГЧП, часто демонстрируют твердую политическую приверженность осуществлению проектов ГЧП. Такое законодательство обычно преследует цель четко определить функции и обязанности различных государственных учреждений и повысить уровень транспарентности процедур закупок и прав инвесторов. Контрактный подход, который чаще всего используется в странах с системой общего права, как правило, обеспечивает бóльшую гибкость, поскольку позволяет вносить изменения в контракты на любом этапе жизненного цикла проекта. Он облегчает также распространение эффективной практики за счет стандартизации контрактных положений, которые имеют общий характер для всех проектов ГЧП.

30. Данное различие на практике является не столь однозначным, поскольку в юрисдикциях с системой гражданского права ощущается определенная степень влияния общего права, чаще всего через воздействие наднациональных норм, включая законодательство ЕС, что приводит к привнесению определенных элементов общего права в систему гражданского права.

---

<sup>6</sup> "Public-private partnerships in central and eastern Europe: structuring concession agreements", Christopher Clement-Davies, в Law in Transition (2007), EBRD.

31. В пользу системы гражданского права можно привести следующие доводы: поскольку здесь действует законодательство, регулирующее такие области, как общественные работы и закупки, это обеспечивает более высокую степень правовой определенности с точки зрения инвесторов. В то же время система гражданского права гарантирует правовую определенность, обеспечивая защиту прав инвесторов от возможных нарушений со стороны будущих правительств. Эффективность законодательства в системе гражданского права зиждется на демократическом процессе (работа представительного собрания), итоги которого нельзя аннулировать без отмены конкретного закона. В системе гражданского права, как представляется, по крайней мере в принципе меньше возможностей для дискреционного использования полномочий или злоупотребления ими и, следовательно, выше степень правовой ясности.

32. Можно утверждать, что, несмотря на очевидные различия, оба подхода (в рамках законодательства в системе гражданского права и контрактных механизмов в системе общего права) в конечном счете достигают одной и той же цели: повышения степени правовой определенности для участников торгов и кредиторов и ускорения процесса закупок.

### **С. ПРАКТИЧЕСКИЕ ЗАДАЧИ**

33. В связи с этим предложить единый шаблонный подход всем странам невозможно. Характер законодательных мер, которые будут принимать разные страны, будет зависеть главным образом от природы их правовых систем, существующего законодательства, опыта, накопленного в применении механизмов ГЧП, целого ряда политических соображений, которые включают в себя, в частности, отношение к вовлечению частного сектора в оказание государственных услуг, взаимоотношения между профессиональной гражданской службой и избираемыми руководящими органами и, например, возможные намерения относительно присоединения к Европейскому союзу.

34. Но главное значение имеют способы применения законов. В некоторых случаях принимаются толковательные положения для внесения ясности в те правовые требования, которые либо слишком сложны, либо носят чрезмерно общий характер. Практика рационального управления в этой области находит отражение в степени ориентации на конкретные действия, которая позволяет государственным органам максимально оперативно выявлять проблемы и принимать меры для их эффективного решения, а также в четкой приверженности ценностям государственной службы при принятии решений относительно наиболее подходящих процедур государственных закупок.

35. Следует подчеркнуть роль судебной системы не только потому, что она должна обеспечивать уважение законов, но и потому, что она формирует юридическую практику либо посредством дальнейшего толкования законов, либо - в тех странах, где конкретное законодательство, регулирующее ГЧП отсутствует, - посредством установления прецедентов, которые имеют последствия для будущего применения механизмов ГЧП. Даже наилучшее рамочное законодательство будет оставаться неэффективным, если правоприменительные механизмы будут слабыми или вообще отсутствуют или если высокий уровень коррупции подрывает систему отправления правосудия. Независимая судебная система, низкий уровень коррупции и нормативно-правовые гарантии, противодействующие злоупотреблению государственными средствами, - все это важные факторы, которые будут способствовать формированию реального партнерства между частным и государственным секторами к взаимной выгоде для всех.

-----