



МЕЖДУНАРОДНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ
В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ,
РЕГУЛИРУЮЩЕМ
ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНЫЕ
ПАРТНЕРСТВА И КОНЦЕССИИ



ЕБРР провел ряд оценок состояния законодательства, регулирующего государственно-частные партнерства (ГЧП) и концессии в странах операций ЕБРР, причем последнюю он провел в 2011 году¹. В ходе этих оценок были выявлены сильные и слабые стороны того или иного режима регулирования применительно к сфере действия и эффективности применения соответствующих законов. В них освещаются недостатки нормативно-правового регулирования путем сравнения действующих в регионе законов с современными международно признанными стандартами правового регулирования вопросов частного финансирования инфраструктурных проектов.

Самую последнюю оценку нормативно-правовых режимов регулирования ГЧП/концессий ЕБРР начал проводить в 2016 году и закончит в 2017 году. В настоящей статье, написанной на основе предварительных результатов данной оценки, рассматриваются восемь тенденций, привлекающих повышенное внимание законодателей, которые занимаются подготовкой законопроектов в области ГЧП/концессий, и не отраженных в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов)². В некоторых случаях авторы статьи высказывают свое мнение относительно целесообразности проработки этих тем в ходе правовых реформ в регионе операций ЕБРР.



1



2

1

АЛЕКСЕЙ ЗВЕРЕВ
 КОНЦЕССИИ И
 ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНЫЕ
 ПАРТНЕРСТВА
 ЕБРР
 ZverevA@ebrd.com

2

БРУНО ДЕ КАЗАЛЕ
 ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК,
 ПОЧЕТНЫЙ ЧЛЕН ПАРИЖСКОЙ
 КОЛЛЕГИИ АДВОКАТОВ,
 ЧЛЕН ДЕЛОВОГО
 КОНСУЛЬТАТИВНОГО СОВЕТА
 МЕЖДУНАРОДНОГО ЦЕНТРА
 ПЕРЕДОВОГО ОПЫТА
 В СФЕРЕ ГЧП ПРИ ЕЭК ООН

ПОДГОТОВИТЕЛЬНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

В данном разделе рассматривается тенденция к проведению более детальных подготовительных исследований, являющихся обязательными при реализации проектов в областях ГЧП и концессий.

Например, во Франции закон, регулирующий инициативы по привлечению частного капитала для целей финансирования (ЧКФ), требует дополнительно к проведению подготовительного исследования провести аналитическую оценку финансовой состоятельности (рентабельности) проекта на протяжении всего его жизненного цикла. Кроме того, законом требуется проведение исследования по устойчивости бюджетного обеспечения проекта с согласованием его с министерством финансов до начала проработки самого проекта ЧКФ. Это вызвано тем обстоятельством, что договоры (контракты) о привлечении ЧКФ связаны с выделением средств напрямую из государственных бюджетов, главным образом в форме фиксированных сумм ассигнований в течение длительного периода времени, при отсутствии коммерческих рисков и делегирования оказываемых государством услуг. Таким образом, они подвергают государственных заказчиков финансовым рискам в иной форме по сравнению с рисками финансирования традиционных концессионных договоров и обосновывают необходимость в проведении отдельного исследования по вопросам финансовой устойчивости таких мероприятий.

При заключении концессионных договоров и договоров на строительство, эксплуатацию и передачу (договоры СЭП) в их традиционных формах основную ответственность за финансовые показатели реализации проекта несут концессионер и его кредиторы. Однако в случае дефолта концессионера и досрочного расторжения заключенного договора государственный заказчик несет финансовые убытки. Они могут стать результатом исполнения выданных государственных гарантий (например, относительно минимальных показателей интенсивности дорожного движения или получаемых доходов, или эффективности деятельности другого государственного органа) либо стоимости покупки государством неамортизированных активов по реализуемому проекту.

Как оговаривается в статье 7 Модельного закона о публично-частном партнерстве для государств – участников СНГ³ (Модельный закон СНГ), все проекты ГЧП должны готовиться на основе предварительных финансово-экономических расчетов, позволяющих оценить их рациональность и эффективность с определением оптимальной формы для их успешной реализации. Требование о подготовке финансово-экономического обоснования для проектов ГЧП предусмотрено в статье 9 Модельного закона.

СРАВНИТЕЛЬНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ И ОЦЕНКА СООТНОШЕНИЯ ЦЕНЫ И КАЧЕСТВА

В процессе рассмотрения государственным заказчиком перспектив реализации того или иного проекта ГЧП в рамках его подготовки заказчику нужно провести сравнительные исследования. Они позволяют ему определить, является ли создание такого ГЧП наиболее приемлемым методом производства госзакупок для данного предприятия или услуги. Одной из важных составляющих проводимых заказчиком сравнительных исследований является оценка того, обеспечит ли реализация предлагаемого проекта надлежащее соотношение цены и качества.

Реализация того или иного проекта ГЧП считается обеспечивающей искомое соотношение цены и качества, если на него затрачено меньше средств, чем на наиболее оптимальный и реально выполнимый альтернативный проект такого рода в государственном секторе (зачастую это гипотетический вариант рассматриваемого проекта) по оказанию таких же (или очень похожих) услуг. Этот альтернативный проект в государственном секторе часто именуется как «сопоставимый проект государственного сектора» (СПГС)⁴. Определение понятия «соотношение цены и качества» прописано во многих из недавно принятых законов в области ГЧП в основном в таких странах с прецедентным правом, как Гана или Тимор-Леште (Восточный Тимор).

Вместе с тем расчеты соотношения цены и качества могут оказаться чрезвычайно трудоемкими, дорогостоящими и требующими много времени, причем не в полной мере объективными. В этой связи рекомендуется подходить к решению данного вопроса с позиций прагматизма.

КРИТЕРИИ ФОРМЫ СОБСТВЕННОСТИ

Вместо того чтобы подчеркнуть традиционно сложившиеся различия между договорами ЧКФ, оплачиваемыми из государственного бюджета, и концессионными договорами, оплачиваемыми деньгами пользователей, в новом российском законе о ГЧП предусмотрены критерии определения формы собственности. В данном законе проект ГЧП определяется как разрешающий возникновение права частной собственности на конкретный объект инфраструктуры. В отличие от ГЧП концессии предусматривают государственную собственность на объекты инфраструктуры.

Согласно данному критерию определения форм собственности в состав концессий, таким образом, включаются традиционные формы концессии, а также некоторые иные формы договорных отношений (например, СЭП), в силу которых по завершении производства работ их результаты становятся государственной собственностью и остаются в ней. Применительно к ГЧП объект инфраструктуры может остаться в частных руках, хотя и не в обязательном порядке.

В Модельном законе СНГ предусмотрено требование о передаче объекта в собственность государства по окончании срока его эксплуатации в рамках проекта в тех случаях, когда объемы государственного финансирования такого проекта превышают объемы финансирования его частным партнером. Аналогичные положения существуют в законодательствах целого ряда стран СНГ.

«Вместе с тем расчеты соотношения цены и качества могут оказаться чрезвычайно трудоемкими, дорогостоящими и требующими много времени, причем не в полной мере объективными».



ПРЕДЛОЖЕНИЯ, ВНЕСЕННЫЕ В ИНИЦИАТИВНОМ ПОРЯДКЕ

Политически деликатные моменты, связанные с внесением предложений в инициативном порядке (то есть частных предложений), могут вызвать мощную волну протестов против принятия закона о ГЧП. В отдельных случаях критики предлагаемого закона считают, что он в недостаточной мере отвечает интересам продвижения частных инноваций, необходимых для развития той или иной страны. В других случаях противники законопроекта утверждают, что его принятие даст необоснованные преимущества представителю частного сектора, вносящему свое предложение в инициативном порядке. Они считают, что это может толкнуть частные компании на путь подкупа чиновников, чтобы выиграть конкурсы на чрезмерно выгодные для них контракты.

В последнее время в законодательной сфере наметилась следующая общая тенденция: государственный партнер рассматривает внесенное в инициативном порядке предложение и, если принимается решение сохранить данный проект для его реализации в форме ГЧП по итогам подготовленного на средства частного партнера технико-экономического обоснования, приступает к организации обычного конкурса (тендера). Внесшей такое предложение стороне предлагается принять участие в данном конкурсе, если она отвечает установленным квалификационным требованиям, и она может получить небольшую денежную компенсацию в случае присуждения данного контракта другому участнику конкурса.

На организованном ЮНСИТРАЛ в 2014 году⁵ коллоквиуме в Вене была достигнута договоренность о том, что данный вопрос, освещенный в Руководстве ЮНСИТРАЛ для

законодательных органов, следует рассмотреть повторно в свете высказанных озабоченностей по поводу наличия коррупционной составляющей в процедуре рассмотрения предложений, внесенных в инициативном порядке.

Положения о частных предложениях прописаны в Модельном законе СНГ, новом законе РФ о ГЧП и в последних поправках к российскому законодательству о концессиях, а также в большинстве других недавно принятых законов о ГЧП и концессиях.

В Сенегале одна из главных причин принятия в 2014 году⁶ нового закона о СЭП заключалась в необходимости обновления положения закона о рассмотрении частных предложений. Этот закон, наверное, самый либеральный из законов в сфере ГЧП в отношении таких предложений, поскольку, как считается, ранее действовавшее в стране законодательство ставило препятствия на пути притока крупных объемов инвестиций из стран Персидского залива. Новый закон открывает перед инициатором таких предложений больше перспектив, например, в форме возможности провести прямые переговоры при определенных обстоятельствах или подать окончательную заявку в тех случаях, когда инициатор предложения не предлагает наилучшие условия.

Еще один вопрос для рассмотрения законодателями касается того, в какой мере частные предложения соответствуют общему политическому курсу того или иного государства в области развития страны.

В законодательстве о ГЧП необходимо найти баланс между стимулированием частнопредпринимательской и инновационной деятельности и защитой государства от чрезмерных финансовых рисков, при этом обеспечивая

также, чтобы частные предложения не превращались в средства обхода конкурсных (тендерных) процедур, позволяющих удовлетворить выявленные потребности той или иной страны.

КОНКУРЕНТНЫЙ ДИАЛОГ

Проведение конкурентного диалога (переговоров) может оказаться очень полезным способом обсуждения сложных контрактов, требующих привлечения узкоспециализированных технических или финансовых экспертов, которыми не располагают государственные заказчики или которых они не могут привлечь в качестве консультантов. Вместе с тем это сопряжено с проведением параллельных переговоров, что чревато серьезными рисками в плане обеспечения прозрачности и честной конкурентной борьбы в ходе таких переговоров. Такой переговорный процесс может также создать условия для сговора, если государственный заказчик не владеет в полной мере методикой проведения конкурсов.

В принятой в 2004 году Директиве ЕС о производстве закупок проведение конкурентного диалога разрешалось только при заключении контрактов особой сложности (статья 29)⁷. Но из самых последних принятых в 2014 году директив ЕС о производстве закупок⁸ проведение конкурентного диалога разрешается в более широком диапазоне обстоятельств. К этим обстоятельствам относятся отсутствие легкодоступных альтернативных решений, необходимость в принятии инновационных решений или отсутствие у государственного заказчика возможностей для разработки достаточно точно сформулированных технических спецификаций.

Содержание Модельного закона СНГ имеет более ограничительный уклон и, как представляется, предусматривает наиболее оптимальное решение этого вопроса по крайней мере для стран с развивающейся экономикой. В этом законе говорится следующее:

«В случае реализации особо сложных проектов публично-частного партнерства, обуславливающих объективную невозможность самостоятельного определения публичным субъектом наиболее эффективных технических, юридических и финансовых форм реализации проекта, в целях определения наиболее выгодной формы реализации проекта допускается проведение конкурентного диалога с частными лицами».

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПРЯМЫХ ДОГОВОРОВ

В большинстве случаев закрытие финансовой сделки по проекту ГЧП требует заключения одного или нескольких прямых договоров между государством, кредиторами и гарантами, а также с основными подрядчиками и операторами проекта. Заключение прямого договора позволяет кредиторам согласовать с гарантом принятие – на случай ненадлежащего исполнения концессионером своих обязательств – мер по защите интересов кредиторов и государства. Кроме того, таким договором предусматривается замена концессионера, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, и продолжение процесса предоставления государственных услуг.

В Модельном законе СНГ содержится 16 ссылок на прямые соглашения. Это свидетельствует об их значимости как средства создания благоприятных условий для закрытия финансовой сделки по проекту ГЧП. Включение положений о прямых договорах в тот или иной закон о ГЧП может сэкономить много времени, которое участники проекта в противном случае могли бы потратить на обсуждение этого вопроса, что большинство кредиторов считает потенциальным препятствием на пути заключения проектного соглашения.

СРЕДСТВА ФИНАНСИРОВАНИЯ ГЧП

В ряде недавно принятых законов о ГЧП⁹ содержится требование о создании фонда для целей финансирования подготовительной работы по проекту, проведения оценок или подготовки технико-экономических обоснований и процесса выбора победителей конкурсов. На выделяемые на эти цели средства государственные заказчики в странах с развивающимися рынками могут привлечь внештатных консультантов до заключения договоров о ГЧП с частными партнерами, которые зачастую лучше знают технологии и методы проектного финансирования. Внешняя помощь такого рода становится важным вкладом в мероприятия по наращиванию потенциала государственных заказчиков.

В порядке оказания помощи государственным органам в вопросах разработки схем и содержания проектов ГЧП ЕБРР в 2014 году запустил Программу (механизм) финансирования работ по подготовке инфраструктурных проектов¹⁰. Аналогичные фонды уже созданы или

¹ См. по адресу: <http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/ppp-concessions/sector-assessment.html> (по состоянию на 17 января 2017 года).

² См. по адресу: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/uncitral-legislative-guide-privately-financed-infrastructure-projects> (по состоянию на 17 января 2017 года).

³ См. по адресу: <http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/ppp-concessions.html> (по состоянию на 17 января 2017).

⁴ См. по адресу: www.eib.org/epes/g2g/index.htm – (Руководство 1) (по состоянию на 17 января 2017 года).

⁵ См. по адресу: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014.html> (по состоянию на 17 января 2017 года).

⁶ Закон по СЭП №05/2014 от 10 февраля 2014 года.

⁷ См. по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32004L0018> (по состоянию на 17 января 2017 года).

«В настоящий момент ведутся обсуждения и тестирование на практике ряда других идей и концепций, по мере того как все больше и больше стран испытывают тягу к проведению экспериментов с созданием ГЧП».

находятся в процессе создания другими международными финансовыми организациями (МФО), в том числе Азиатским банком развития (АзБР) и Группой Всемирного банка.

Для устранения необходимости в получении множества государственных гарантий, многолетних бюджетных ассигнований или специальных разрешений согласно законодательству о бюджете создаются гарантийные фонды, например такие фонды созданы в Бразилии. Они также могут способствовать экономии проектных издержек и ограничению объемов финансовых обязательств государства.

Средства инвестиционных фондов в сфере ГЧП позволяют заполнить временные или структурные финансовые бреши. Например, законопроектом Ганы в сфере ГЧП предусматривается создание схемы оказания поддержки для устранения дефицита рентабельности при реализации проектов, которые являются экономически прибыльными, но в финансовом отношении нежизнеспособными.

НА ПЕРВОМ МЕСТЕ ЛЮДИ

Правительства должны произвести расчеты, чтобы определить, перевешивают ли потенциально негативные последствия реализации проекта ГЧП для общества или состояния окружающей среды потенциальные выгоды от его реализации, а также рассмотреть пути смягчения всех отрицательных последствий его реализации. Социально-экономические и природоохранные последствия реализации проектов учтены в текстах ряда новых законов в сфере ГЧП, например, в законах Ганы или Восточного Тимора, которыми предусматривается

расширение масштабов участия заинтересованных сторон в решении этих проблем в целях повышения уровня устойчивости структуры и процесса выполнения контракта о создании ГЧП.

Кроме того, в Модельном законе СНГ подчеркивается необходимость привлекать граждан начиная с этапа выбора поданных заявок (например, методом опроса представителей общественности) и заканчивая этапом реализации проекта (путем регулярного проведения для этого мероприятий по обмену информацией и применения эффективных процедур работы с жалобами).

МФО, в том числе ЕБРР и Всемирный банк, а также иные кредитные организации требуют соблюдения строгих природоохранных и социальных норм и финансируют в сфере ГЧП или концессий только те проекты, по которым проводилась оценка их воздействия на окружающую среду¹¹.

В прошлом году по линии Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН) в Бангкоке и Женеве были организованы семинары-практикумы на тему «Для ГЧП люди на первом месте» и опубликованы руководства по ГЧП, содержащие новые критерии определения «пользы для людей»¹².

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Со времени своего возникновения, примерно в 1990 году, рынок в сфере создания ГЧП демонстрирует довольно стремительную динамику своего развития. Как следствие этого продолжаются процессы эволюции государственной политики, методов подготовки и осуществления проектов в сфере ГЧП. Тенденции, ставшие предметом рассмотрения в настоящей статье, – это всего лишь некоторые из наиболее интересных особенностей и договорных форм, оказавшихся в последнее время в центре внимания. В настоящий момент ведутся обсуждения и тестирование на практике ряда других идей и концепций, по мере того как все больше и больше стран испытывают тягу к проведению экспериментов с созданием ГЧП. Авторы настоящей статьи внимательно отслеживают ход различных экспериментов в нормативной и формировании тенденций в законодательной сферах, причем некоторые из них могут стать предметом будущей статьи.

⁸ См. по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0024> (по состоянию на 17 января 2017 года).

⁹ В качестве примеров можно привести регулирующие сферу ГЧП законы Вьетнама, Индии и Таиланда и законопроект Ганы в этой сфере.

¹⁰ См. по адресу: <http://www.ebrd.com/news/2014/ebrd-launches-infrastructure-project-preparation-facility.html> (по состоянию на 17 января 2017 года).

¹¹ В своей деятельности Всемирный банк и Международная финансовая корпорация (МФК) соблюдают положения руководств МФК в областях охраны окружающей среды, здравоохранения и техники безопасности. Свод природоохранных стандартов ЕБРР размещен на веб-сайте ЕБРР: <http://www.ebrd.com/who-weare/our-values/environmental-and-social-policy.html>.

¹² См. по адресу: <http://www.unece.org/info/media/news/economic-cooperation-and-integration/2016/putting-people-first-in-pps-for-sustainable-development/doc.html> (по состоянию на 17 января 2017 года).

