

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

УДК 342.9

Е. В. Килинкарова

МОДЕЛЬНЫЙ ЗАКОН ДЛЯ ГОСУДАРСТВ — УЧАСТНИКОВ СНГ «О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ»: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТБОРА ЧАСТНОГО ПАРТНЕРА*

В статье анализируются ключевые положения модельного закона для государств — участников СНГ «О публично-частном партнерстве» в части проблем правового регулирования процедур отбора частного партнера: автор исследует вопросы допустимости применения переговоров в рамках отбора частного партнера, а также предусмотренные законом процедуры конкурентного диалога и внесения частного (незапрошенного) предложения.

Ключевые слова: публично-частное партнерство, частный партнер, отбор частного партнера, переговоры, конкурентный диалог, модельный закон СНГ «О публично-частном партнерстве».

E. V. Kilinkarova

MODEL LAW FOR MEMBER STATES OF COMMONWEALTH OF INDEPENDENT STATES "ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP": PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF PROCUREMENT PROCEDURES

The article analyses key provisions of procurement procedures of the Model law "On public-private partnership" for member states of the Commonwealth of Independent States adopted on 28 November, 2014 by the Interparliamentary Assembly of the Commonwealth of Independent States. The author discusses the necessity of introduction of special procurement procedures in special legislation on public-private partnership with the procedures being different from procurement procedures in case of concluding state contracts for governmental needs. After the positive answer on necessity of special procurement rules in cases of public-private partnership the author analyses procurement procedures established in the Model law. Special attention is given to the use of negotiations and the practices of competitive dialogue procedure and private (unsolicited) proposals, unknown for the Russian law.

Keywords: public-private partnership, private partner, procurement procedures, negotiations, competitive dialogue, model law for CIS countries "On Public-Private Partnership".

Килинкарова Елена Васильевна — кандидат юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7/9; kilinkarova.e@jurfak.spb.ru

Kilinkarova Elena V. — candidate of legal sciences, associate professor, St. Petersburg State University, 7/9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; kilinkarova.e@jurfak.spb.ru

* Статья подготовлена в рамках научно-исследовательской работы Санкт-Петербургского государственного университета «Разработка концепции правового регулирования публично-частного партнерства для России и государств — участников СНГ»

Международное сообщество неоднократно обращалось к вопросу гармонизации правового регулирования публично-частного партнерства (далее также — публично-частное партнерство, ПЧП). Наибольшее участие в выработке соответствующих стандартов принимали Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО), Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и группа Всемирного банка. На региональном европейском уровне в соответствующей сфере наиболее активны Европейская экономическая комиссия ООН (ЕЭК), Европейский Союз (для стран ЕС), Содружество Независимых Государств (для стран СНГ), а также Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР).¹

Важной вехой развития правового регулирования публично-частного партнерства на постсоветском пространстве стало принятие 28 ноября 2014 г. на сорок первом заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств Модельного закона «О публично-частном партнерстве» (далее также — Модельный закон СНГ «О публично-частном партнерстве», Модельный закон).²

Модельный закон СНГ «О публично-частном партнерстве» является рекомендательным актом гармонизирующего характера и задумывался разработчиками прежде всего как рамочный закон, который не может охватывать с достаточной степенью детальности правового регулирования все формы публично-частного партнерства. В Концепции Закона отмечается, что данный закон призван регулировать лишь наиболее общие отношения, связанные с сотрудничеством государства и бизнеса, софинансированием социально важных объектов инфраструктуры. Речь идет об основных понятиях закона, о принципах такого партнерства, общей характеристике правового положения участников ПЧП, возможных объектах ПЧП, открытом перечне его форм, порядке заключения соглашения о ПЧП, его содержании, возможных вариантах распределения рисков, гарантиях прав и законных интересов участников, некоторых других общих вопросах.³

Принятый Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ Модельный закон состоит из 33 статей, которые объединены в семь глав: глава 1 «Общие положения», глава 2 «Подготовка проекта публично-частного партнерства и принятие решения о его реализации», глава 3 «Соглашение о публично-частном партнерстве», глава 4 «Отбор частного партнера для реализации проекта публично-частного партнерства», глава 5 «Компания публично-частного партнерства», глава 6 «Уполномоченные органы и организации в сфере публично-частного партнерства» и глава 7 «Заключительные положения». В настоящей статье мы обратим более пристальное внимание на правила отбора частного партнера, ведь нередко именно от

¹ Подробнее о международных рекомендациях в отношении правового регулирования публично-частного партнерства см.: *Килинkarов В. В.* Международные рекомендации в сфере организации публично-частного партнерства // Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / под ред. В. Ф. Попондопуло, Н. А. Шевелевой. М., 2015. С. 203–257.

² *Постановление* Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств № 41-9 от 28 ноября 2014 г. URL: http://www.iacis.ru/upload/iblock/18e/prilozhenie_k_postanovleniyu_9.pdf

³ Концепция Модельного закона СНГ «О публично-частном партнерстве» доступна автору как члену рабочей группы по разработке Модельного закона, однако, насколько известно автору, в открытых источниках текст Концепции не размещен.

эффективности соответствующих процедур зависит успех проекта публично-частного партнерства в целом. Указанное обстоятельство предопределяет особый интерес к закрепленным в Модельном законе процедурам, тем более что некоторые из них неизвестны действующему законодательству большинства государств — участников СНГ.

Модельный закон определяет публично-частное партнерство как юридически оформленное на определенный срок, основанное на объединении ресурсов (денежных средств и иного имущества, профессиональных и иных знаний, опыта, навыков и умений) и распределении рисков (в том числе рисков финансирования, строительства, обеспечения доступности или спроса в отношении объекта публично-частного партнерства или соответствующих публичных услуг и связанных с ними рисков) взаимовыгодное сотрудничество публичного и частного партнеров в целях решения государственных, муниципальных и иных общественно значимых задач, находящихся в сфере публичного интереса и контроля (ст. 2 Модельного закона). Перечень форм, в которых может быть реализован проект ПЧП, является открытым — проект может реализовываться посредством заключения и исполнения соглашения о публично-частном партнерстве, участия в компании публично-частного партнерства, а также в любых иных формах в соответствии с законодательством государства и международным договором (ст. 6 Модельного закона).

Особенности проектов публично-частного партнерства проявляются в том числе в том, что в отличие от закупок для государственных нужд предлагаемая цена не может рассматриваться в качестве основного критерия для отбора частного партнера, а в сравнении с обычной закупкой товаров и услуг для государственных нужд публичный субъект не всегда может достаточно четко определить необходимые технические показатели реализуемого проекта и разработка применимого технического решения может быть возложена на частного субъекта с учетом ожидаемого публичным субъектом результата. Наконец, следует учитывать устанавливаемый в законодательстве многих государств запрет на проведение переговоров между публичным субъектом и подрядчиками относительно представленных им предложений, что создает при отборе частного партнера для реализации проекта ПЧП дополнительные препятствия, поскольку весьма маловероятно, что с учетом сложности проектов в области инфраструктуры (особенно при создании нового объекта) и продолжительности их осуществления сторонам удастся согласовать условия соглашения без переговоров и корректив, позволяющих привести такие условия в соответствие с конкретными нуждами проекта.

С учетом изложенных обстоятельств на необходимость существования специальных правил отбора частного партнера наряду со специальным регулированием размещения заказа для государственных и муниципальных нужд ЮНСИТРАЛ обратила внимание еще при разработке Руководства для законодательных органов и Модельных законодательных положений об инфраструктурных проектах, финансируемых из частных источников,⁴ когда посчитала, что положений Типового закона ЮНСИТРАЛ 1994 г. о закупках товаров (услуг) и прилагаемого к нему Руководства

⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>; UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf.

недостаточно для целей отбора лица, участвующего в реализации инфраструктурного проекта, финансируемого из частных источников.

В настоящее время с определенной долей уверенности можно утверждать, что по пути создания специального правового регулирования процедур отбора частного партнера для проекта публично-частного партнерства идет большинство государств, активно применяющих данную форму решения задач, находящихся в сфере публичного интереса и контроля. Так, в Европейском Союзе, где отсутствует специальная директива, комплексно регулирующая публично-частное партнерство либо специально посвященная регулированию процедур заключения соглашений о публично-частном партнерстве, ряд процедур, которые были предусмотрены в классической и секторальной директивах 2004 г. по вопросам заключения публичных контрактов (прежде всего речь идет о процедуре конкурентного диалога), ориентированы на проекты публично-частного партнерства,⁵ а в 2014 г. была принята отдельная директива по заключению договоров концессии.⁶ Таким образом, Европейский Союз пошел по пути создания специального правового регулирования процедур заключения договора, который наиболее часто применяется в Европе для реализации проектов публично-частного партнерства. Тем же путем пошли и разработчики Модельного закона, закрепив в главе 4 основы правового регулирования отбора частного партнера, которые, однако, распространяются не только на договор концессии, а представляют собой общие правила, применимые к любому соглашению о публично-частном партнерстве.

Модельный закон СНГ «О публично-частном партнерстве» предусматривает две процедуры отбора частного партнера — конкурс на право заключения соглашения о публично-частном партнерстве и переговоры о заключении соглашения публично-частного партнерства без проведения конкурса, при этом по общему правилу применяются конкурсные процедуры. Заключение соглашения о публично-частном партнерстве путем проведения переговоров возможно лишь в исключительных случаях, которые определены в п. 2 ст. 25 Модельного закона. В частности, заключение соглашения в рамках процедуры переговоров возможно:

— в случае возникновения потребности публичного субъекта в определенных товарах, работах, услугах в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой

⁵ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors // Official Journal of the European Union. 30.04.2004. L 134/1-L134/113; Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public work contracts, public supply contracts and public service contracts // Ibid. 30.04.2004. L 134/114-LL134/240.

⁶ 26 февраля 2014 г. были приняты новые директивы, которые призваны заменить директивы 2004 г. (по вопросам заключения публичных контрактов см.: Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts // Ibid. 28.03.2014. L 94/1-L94/64; Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC // Ibid. L 94/65-L94/242; Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC // Ibid. L 94/243-L94/374). Государства — члены ЕС должны привести свое национальное законодательство в соответствие с положениями указанных директив до апреля 2016 г., за исключением отдельных положений, для которых предусмотрены более длительные сроки имплементации.

⁶ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts // Ibid. L 94/1-L94/64.

силы или иных чрезвычайных обстоятельств, обуславливающих невозможность проведения конкурса;

— при реализации краткосрочного (не превышающего пяти лет) проекта публично-частного партнерства стоимостью не более суммы, определенной национальным законодательством;

— при реализации проекта публично-частного партнерства, связанного с обеспечением обороноспособности и безопасности государства;

— если никто, кроме определенного лица, в силу принадлежащих ему исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, иных исключительных прав, земельного участка, иного объекта недвижимости и иного имущества, выступающего непременным условием реализации проекта публично-частного партнерства, не может выполнить соответствующие работы, оказать услуги или выполнить иные действия, необходимые для реализации проекта публично-частного партнерства.

Следует особо отметить, что перечень случаев, в которых возможно заключение соглашения о публично-частном партнерстве без проведения конкурса, является открытым: отбор частного партнера путем проведения переговоров допускается и в иных исключительных случаях, которые могут быть установлены законодательством соответствующего государства при условии, что заключение соглашения о публично-частном партнерстве без проведения конкурса в наибольшей степени отвечает публичному интересу.

Оценивая соответствующие модельные положения, необходимо учитывать следующее. Несмотря на то что современные международные стандарты правового регулирования публично-частного партнерства исходят из того, что при отборе частного партнера предпочтение должно отдаваться конкурсным процедурам, а не переговорам, тем не менее в исключительных случаях отбор частного партнера без обращения к конкурсу признается допустимым. Так, в соответствии с разъяснениями ЮНСИТРАЛ в Руководстве для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, применение переговоров может быть оправдано в определенных случаях — речь идет как раз о ситуациях, в которых Модельный закон СНГ допускает проведение переговоров в отсутствие конкурса. Кроме того, ЮНСИТРАЛ не рекомендует устанавливать закрытый перечень обстоятельств, допускающих отбор частного партнера без обращения к конкурсу, и указывает на то, что переговоры могут использоваться для отбора частного партнера и в других ситуациях, когда в рамках установленной процедуры орган, занимающийся отбором частного партнера, получает разрешение на использование переговоров без проведения конкурса по веским причинам, связанным с публичным интересом.⁷ Подобный подход о допустимости применения процедур переговоров применяется в странах Европейского Союза, поскольку возможность заключения публичных контрактов по результатам переговоров в отсутствие конкурса предусмотрена директивами ЕС.⁸

Конкурс является предпочтительной формой отбора частного партнера, поскольку переговоры, проводимые вне рамок регламентированных конкурсных

⁷ *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников.* Издание ООН. Нью-Йорк. 2001. С. 103–108.

⁸ См., например, ст. 30–31 классической Директивы 2004/18/ЕС от 31 марта 2004 г.

процедур, могут быть сопряжены с рядом недостатков, в частности, они могут не обеспечивать того же уровня прозрачности и объективности, который достигается при проведении конкурса, а значительная свобода усмотрения при таких переговорах может способствовать злоупотреблениям. Кроме того, далеко не всегда публичный субъект обладает необходимыми кадровыми ресурсами, которые позволят провести на должном уровне переговоры в отношении сложных инфраструктурных проектов. Однако решение о том, является ли приемлемым для конкретного государства заключение соглашения о ПЧП путем проведения переговоров без обращения к конкурсным процедурам, принимается на законодательном уровне каждым конкретным государством. В то же время анализируемый Закон — это модельный акт, который отражает признанные на международном уровне допустимыми процедуры отбора частного партнера, что позволяет оценить положительно закрепление в Модельном законе СНГ соответствующих положений.

В соответствии с п. 3 ст. 25 Модельного закона СНГ переговоры (как и конкурсные процедуры) должны соответствовать принципам открытости и прозрачности, равного недискриминационного отношения к участникам процедур, равного доступа участников процедур к информации, а также ясности, определенности, полноты и достаточности критериев отбора частного партнера.

Кроме того, определенные требования к процедуре переговоров закреплены в ст. 27 Модельного закона. Во-первых, проведение переговоров допускается только на основании решения о реализации проекта ПЧП, которое подлежит опубликованию в установленном порядке; во-вторых, проведение переговоров должно быть обеспечено с максимально возможным количеством потенциальных партнеров; в-третьих, при проведении переговоров выбор частного партнера осуществляется на основании критериев, обеспечивающих заключение соглашения, которое в наибольшей степени отвечает публичному интересу.

Модельный закон СНГ допускает проведение переговоров не только как самостоятельной процедуры отбора, но в том числе и в рамках конкурса на заключение соглашения. При этом в рамках конкурсной процедуры отбора переговоры могут использоваться на разных этапах конкурса: они могут предшествовать этапу подачи конкурсных предложений в рамках процедуры конкурентного диалога, а могут проводиться уже после определения победителя конкурса в отношении вопросов, не определенных в конкурсной документации и победившем конкурсном предложении.

Процедура конкурентного диалога была заимствована из опыта государств Европейского Союза, где соответствующая процедура получила законодательное регулирование с 2004 г.⁹

В соответствии с положениями директивы 2004/18/ЕС от 31 марта 2004 г. конкурентный диалог представляет собой процедуру, в рамках которой с приглашенными к участию частными лицами проводятся переговоры с целью выработки одного или нескольких решений по реализации проекта, в отношении которого (которых) в последующем осуществляется конкурсный отбор частного партнера.

Директива допускает применение процедуры конкурентного диалога только по особо сложным проектам, в отношении которых публичный субъект объективно не в состоянии определить надлежащее техническое решение либо юридическую

⁹ Статьи 28–29 классической Директивы 2004/18/ЕС от 31 марта 2004 г.

и (или) финансовую форму проекта. Наиболее часто подобные сложности возникают при реализации сложных инфраструктурных проектов, поэтому процедура конкурентного диалога очень часто используется для заключения соглашений по проектам публично-частного партнерства.

Указанный подход к пониманию процедуры конкурентного диалога был принят разработчиками Модельного закона СНГ. Как предусматривает п. 9 ст. 26 Закона, после объявления о проведении процедуры с каждым частным лицом, приглашенным к участию, проводятся переговоры по всем вопросам реализации проекта ПЧП с целью выработки наиболее эффективных форм реализации проекта. Проведение переговоров продолжается до тех пор, пока не будут выработаны одна или несколько форм реализации проекта, в отношении которых будут проводиться дальнейшие процедуры отбора частного партнера. После завершения процедуры конкурентного диалога его участникам направляются приглашения представить конкурсные предложения в отношении избранной формы реализации проекта.

Таким образом, процедура конкурентного диалога используется в тех случаях, когда публичный субъект в силу сложности проекта объективно не имеет возможности самостоятельно определить наиболее эффективную форму реализации проекта.

Помимо процедуры конкурентного диалога для привлечения частных субъектов к решению вопроса о технических аспектах проекта публичным субъектом может быть проведено несколько этапов подачи конкурсных предложений, что также допускается Модельным законом. В частности, в соответствии с п. 9 ст. 26 Закона конкурсная документация может предусматривать несколько этапов подачи конкурсных предложений: первый этап, предполагающий подачу конкурсного предложения по критериям конкурса и иным вопросам, имеющим технический характер, и второй этап, в рамках которого подаются итоговые конкурсные предложения по всем критериям конкурса. Возможность выработки в рамках двухэтапной подачи конкурсных предложений наиболее эффективной формы реализации проекта обеспечивается положением о том, что при подаче конкурсных предложений в несколько этапов конкурсная документация может быть уточнена или дополнена по итогам рассмотрения конкурсных предложений, поданных в рамках первого этапа. При подаче конкурсных предложений в несколько этапов победитель конкурса подлежит определению на окончательном этапе конкурсных предложений, и если иное не предусмотрено конкурсной документацией, результаты оценки предыдущих этапов не учитываются при оценке конкурсных предложений, поданных на последующих этапах подачи конкурсных предложений.

Наконец, в связи с рассмотрением новелл правового регулирования процедур отбора частного партнера для целей реализации проектов публично-частного партнерства необходимо упомянуть о предусмотренной в ст. 8 Модельного закона возможности для частного лица разработать предложение о реализации проекта в качестве проекта публично-частного партнерства, которое подлежит обязательному рассмотрению органом, уполномоченным на принятие решения о реализации проекта публично-частного партнерства. Решение об отказе в реализации проекта публично-частного партнерства может быть принято уполномоченным органом только в ограниченных случаях, перечень которых устанавливается правовыми актами государства.

Вместе с тем следует понимать, что порядок разработки предложения о реализации проекта не влияет на процедуру отбора частного партнера. Так, если

уполномоченный орган принимает решение о реализации проекта публично-частного партнерства на основании частного предложения, то отбор частного партнера должен осуществляться по общим правилам главы 4 Модельного закона. Законодательству зарубежных государств известны системы поощрения разработчика предложения в рамках процедуры отбора частного партнера (в частности, система бонуса (bonus system) и система лучшего и финального предложения (best and final offer system)),¹⁰ однако подобные правила не нашли закрепления в Модельном законе. Единственная дополнительная гарантия для разработчика частного предложения состоит в праве на полную компенсацию разумных и обоснованных расходов, понесенных на разработку соответствующего предложения: компенсация выплачивается публичным партнером или, если это предусмотрено конкурсной документацией, лицом, отобранным для реализации проекта (п. 2 ст. 8 Модельного закона).

Таковы, на наш взгляд, ключевые положения Модельного закона СНГ «О публично-частном партнерстве» в части правового регулирования процедур отбора частного партнерства. Закон предлагает эффективные и прогрессивные процедуры, учитывающие общепризнанные рекомендации, разработанные на международном уровне, а также опыт государств, являющихся лидерами в области реализации проектов публично-частного партнерства. Соответствующие положения бесспорно могут быть рекомендованы для закрепления в национальном законодательстве государств — участников Содружества Независимых Государств.

Статья поступила в редакцию 13 марта 2015 г.

¹⁰ *Килинкарлова Е. В.* Предложения частного партнера о реализации проекта публично-частного партнерства (незапрошенные предложения) // Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / под ред. В. Ф. Попондопуло, Н. А. Шевелевой. С. 334–336.