

ЛЕВИН И.Г.
Доктор юриспруденции, дипломированный юрист,
научный сотрудник и аспирант кафедры публичного права,
сравнительного правоведения и русского права
Университета им. Гумбольта (Берлин, ФРГ)

Оценка потребностей по развитию государственно-частного партнерства¹

I. Принципы ОЭСР в отношении использования механизмов государственно-частного партнерства (ГЧП)

1. Вступление, правовая природа рекомендаций

Организация экономического сотрудничества и развития (сокр. ОЭСР, англ. *Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD*) — международная экономическая организация развитых стран, признающих принципы представительной демократии и свободной рыночной экономики и продвигающей эти принципы в странах-членах. В рамках осуществляемой деятельности организация издает рекомендации по отдельным отраслям народного хозяйства, направленные на повышения эффективности конкретного сектора и улучшение качества жизни населения этих стран. В своей деятельности организация опирается на принципы открытости, этической убедительности и инновативности подходов к регулированию конкретнзх секторов национальной экономики.

В рамках осуществления своей миссии ОЭСР разработало рекомендации по организации публичной политики в сфере ГЧП, которые будут рассмотрены в следующей главе. Согласно позиции ОЭСР конкретные рекомендации направлены на создание дополнительной ценности за счет использования механизмов ГЧП посредством повышения бюджетной эффективности процесса государственных закупок.

2. Содержание рекомендаций

Рассматривая рекомендации ОЭСР, можно выделить три основных блока регулирования, которые требуют отдельного рассмотрения.

a. Правовая инфраструктура

По мнению ОЭСР, государственная политика в сфере ГЧП должна строиться на принципах понятности, предсказуемости и снижения транзакционных издержек. Достижение этих целей требует снижения/удаления административных барьеров для организации проектов, а также согласованных действий органов государственной власти в целом. Отдельное внимание следует уделить при этом единообразию действий органов исполнительной власти.

1



Посольство
Великобритании
Астана

Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения посольства Великобритании в Астане.

С регулятивной точки зрения ОЭСР рекомендует внедрение инструментов ГЧП в структуру права государственных закупок. Отдельно стоит подчеркнуть, что механизмы ГЧП являются лишь одним из инструментов инвестиционной политики государства и, соответственно, не должны пользоваться никакими преимуществами со стороны законодателя. В противном случае нельзя исключить опасности неэффективного использования подобных механизмов в практике организации государственных закупок.

Кроме того, действия государства должны принимать во внимание не только государственный резон, но и интересы общества. Для лучшего понимания потребностей общества организация рекомендует проведение регулярных консультаций с представителями гражданского общества, некоммерческих организаций, а также с потенциальными потребителями услуг, предоставляемых на основе инструментов государственно-частного партнерства. В рамках государственно-общественных консультаций органам государственной власти следует обозначить свое понимание термина ГЧП, связанных с его использованием преимуществ и рисков, а также сформулировать горизонт ожиданий в отношении формата и качества услуг, предоставляемых на основе государственно-частного партнерства. Представители потребителей могут взять на себя осуществление функций независимого контроля за процессом оказания услуг на основе государственно-частного партнерства.

b. Институциональная организация единой государственной политики в сфере ГЧП

Институциональная среда является одним из определяющих факторов успешного внедрения механизмов государственно-частного партнерства в систему национальной экономики и права.

Руководствуясь принципами четкого разделения полномочий между институциональными единицами, а также принципом прозрачности и предсказуемости правового регулирования, ОЭСР рекомендует создание следующих организационно-правовых единиц:

- *Создание обособленной организационно-правовой единицы, представляющей государственные интересы в сфере ГЧП* на всех этапах реализации проектов. Помимо представления государственных интересов, к функциям подобной организации следует отнести сокращение транзакционных издержек, вызванных реализацией проектов на основе ГЧП. Представительство государственных интересов осуществляется на всех стадиях реализации проекта, т.е. при структурировании проектов, проведении переговоров с потенциальными инвесторами, а также оказании консультации на этапе реализации (строительства и эксплуатации) проекта.

Подобная структура формируется за счет соответственно обученных чиновников, обладающих полным объемом знаний в области рисков и преимуществ ГЧП. В своей деятельности организация руководствуется принципами недискриминационного доступа к рынку, прозрачности и экономии бюджетных средств, а также принципом недопустимости любых видов коррупции или злоупотребления служебным положением.

- *Структура аудита.* Принимая во внимание требование об интеграции механизмов ГЧП в структуру права государственных закупок, функции аудита проекта должны быть переданы органу, ответственному за общий аудит в сфере государственных закупок.

Подобная организация берет на себя осуществление функций по контролю распределения рисков между участниками проекта, а также проводит проверку экономической обоснованности использования ГЧП на конкретном проекте после его реализации. По результатам подобной проверки компетентный орган формулирует рекомендации по улучшению использования ГЧП в практике государственных закупок.

- *Ответственная за соблюдение бюджетного права структура.* Все ГЧП-проекты реализуются посредством привлечения бюджетных средств. Соответственно, необходимо привлечение государственного органа, который возьмет на себя функции контроля за оправданностью использования публичных средств, а также дает согласие на ассигнование финансовых средств под конкретный проект.

с. Организация и структурирование конкретного проекта

В контексте структурирования проектов следует выделить два основных сегмента регулирования.

- Процесс отбора проектов. Первым шагом на этапе отбора проектов является *предварительный тест*, направленный на выявление экономической обоснованности использования того или иного механизма государственных закупок. Подобный тест включает в себя оценку стоимости финансирования, строительства и эксплуатации конкретного объекта инфраструктуры, а также определение желаемого результата. Помимо этого, предметом тестирования является выявление потенциальных рисков проекта, а также идентификация возможностей по их адекватному распределению между участниками проекта. Выбранная модель распределения рисков подвергается оценке на устойчивость, объему транзакционных издержек и влиянию на конкурентную ситуацию на рынке оказания подобных услуг.

В случае позитивного заключения ответственный орган начинает структурировать договор на основе выбранной модели распределения рисков.

- Структурирование партнерского соглашения. Основой партнерского соглашения является выбранная органом государственной власти и согласованная с инвестором модель разделения рисков между сторонами соглашения.

Особенно полезными с позиций техники составления соглашений является включение *методик квантификации рисков*, а также *инструментов адаптации избранной модели распределения рисков* между сторонами соглашения.

Кроме того, структурированное соглашение должно включать положения относительно организации эксплуатационного периода, т.к. именно на этом этапе зачастую проявляются проблемы, требующие вмешательства сторон соглашения. Приемлемым считается включение положений, ограничивающих возможности изменения договора, что в свою очередь гарантирует его стабильность и правовую определенность.

3. *Резюме*

Представленные рекомендации исходят из *принципа целостного правового регулирования внедрения институтов ГЧП в национальную правовую систему*. В соответствии с этим законотворческим подходом регулирование ГЧП проводится в рамках права государственных закупок. Отдельное внимание уделяется прозрачности и предсказуемости правового регулирования, которые распространяются на все стадии реализации проекта.

Внедрение законодательных постулатов, переданное в ведение обособленной правовой единицы, деятельность которой контролируется внедренными в систему государственных закупок аудиторами и органами бюджетного контроля.

При структурировании конкретного проекта ОЭСР рекомендует проведение предварительных тестов экономической оправданности проекта, а также использование адекватной и гибкой системы разделения рисков между участниками конкретного проекта.

Постоянный обмен опытом и стандартизация проектной и прочей документации может оказать позитивное влияние на внедрение механизмов ГЧП в национальную экономику путем снижения транзакционных издержек.

II. Анализ законодательства РК и потенциалы для проведения правовых реформ

1. Действующее законодательство

ГЧП регулируется в РК различными законами и подзаконными актами. Цель данного заключения – выявление потенциала для проведения реформ. Соответственно, мы рассмотрим лишь те положения, которые определенным образом связаны с рекомендациями ОЭСР и нуждаются в реформировании в целях повышения эффективности использования инструментов ГЧП.

В основе проведенного анализа лежит то же самое разделение регулятивных комплексов, которое было использовано при описании рекомендаций ОЭСР.

а. Правовая инфраструктура

Основой регулирования ГЧП в РК стоит считать претерпевший огромное количество изменений Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года № 167 III «О концессиях». Кроме того, определенный интерес представляют отдельные положения Бюджетного Кодекса, а также Закона Республики Казахстан «О проектном финансировании и секьюритизации».

Рассматривая законодательное регулирование и особенно его техническую сторону, стоит отметить особенную подробность кодифицированных норм. Большое внимание уделяется детальности регулирования, законодатель составляет достаточно длинные нормы, которые при ближайшем рассмотрении не однородны по своей структуре. Иногда они состоят из большого количества частей и пунктов, иногда можно встретить только части, в то время как пункты заменены вкраплениями текстовых абзацев, которые в свою очередь состоят из длинных иногда достаточно витиевато сформулированных предложений. Подобная неоднородность правового регулирования может негативно отразиться на прозрачности норм и одновременно может ввести нормоприменителя в определенное замешательство.

Подобное положение дел усугубляется большим объемом подзаконного правового регулирования посредством постановлений правительства и различных ведомств. Подобные акты негативно влияют на устойчивость и предсказуемость норм соответствующего законодательства. Кроме того, предусмотренная концессионным законодательством дискреция Президента РК может также оказать негативное влияние на эффективность внедрения инструментов ГЧП.

Положительной оценки заслуживает регулирование принципов концессионного соглашения, которые по своей структуре полностью соответствуют рекомендациям ОЭСР, а также предпринятая попытка введения определенной типологии ГЧП и связанное с этим разделение проектов на институциональные и договорные партнерства. Подобная типология полностью соответствует международной практике. К огромному сожалению эта типология не нашла продолжения в рассматриваемом законе и скорее всего носит символический характер. Эмпирический анализ на основе данных АО «Казахстанский Центр ГЧП»² говорит о доминировании на практике концессионных соглашений.

Кроме того, следует выделить интеграцию ГЧП в Бюджетный Кодекс РК. Правовое регулирование осуществляется в отдельной главе. На основе этого можно сделать вывод,

² URL: http://kzppp.kz/ru/project/map?area_id=&f1=&f2=&f3=&title=&investor_name=&f4=&f5= (обращение 14.05.14).

что концессионные соглашения по крайней мере *de jure* полноценно интегрированы в бюджетное планирование, что в свою очередь является серьезной преградой для нецелевого использования публичных средств в рамках ГЧП.

b. Институциональная инфраструктура

В рассматриваемом правовом регулировании большое внимание уделено вопросам институциональной инфраструктуры реализации проектов ГЧП. Институциональная среда состоит из большого количества государственных и квазигосударственных актеров различного уровня власти, которые в той или иной мере принимают участие в реализации проектов на основе ГЧП.

В законодательстве о концессионных соглашениях выделяются органы бюджетного контроля, орган управления государственной собственностью, а также рассмотренный в ст. 7 Закона орган государственного планирования.

Основные функции координации подготовки и реализации проектов на основе применения института концессии законодатель передал уполномоченному органу государственного планирования, при этом достаточно обширно отрегулировав степень и объем его компетенций. Особенно следует подчеркнуть в контексте проводимого исследования следующие типичные для координационного органа функции:

- Согласование конкурсной документации;
- Согласование договоров концессии;
- Утверждение методики определения стоимости объекта концессии и суммарной стоимости участия государства в проекте;
- Осуществление межотраслевой координации в области организации концессионных проектов;

Перечисленные функции носят прежде всего консультационный характер, тем самым лишая орган собственного усмотрения и реального влияния на процесс реализации проекта.

Помимо уполномоченного органа государственного планирования в системе концессионного законодательства фигурируют органы бюджетного контроля и управления государственной собственностью, которые не только осуществляют соответствующий контроль, но и активно участвуют в согласовании проекта. Тем самым, на лицо определенное *смешение* функций участия в проекте и контроля за его реализацией.

Кроме того, концессионное и бюджетное законодательство изобилуют требованиями о привлечении различных республиканских министерств и региональных ведомств в целях согласования деталей концессионного проекта. Подобное распределение компетенций и привлечение дополнительных актеров стоит рассматривать с позиций транзакционных издержек. Участие третьих лиц, формат которого заранее толком не определен, замедляет или даже ставит под угрозу реализацию проектов, а также «отпугивает» инвесторов, создавая дополнительные бюрократические преграды для создания социальной инфраструктуры.

Анализируя институциональную инфраструктуру, отдельного внимания заслуживает созданная на основе соответствующего постановления Правительства Республики Казахстан АО «Казахстанский центр ГЧП».

Находящееся в собственности государства общество берет на себя осуществление следующих функций:

- Экспертиза экономической обоснованности проектов, реализуемых на основе ГЧП;
- Экспертиза предоставленной конкурсной документации, оценка технико-экономического обоснования;
- Составление заключения по предоставленным проектам концессионных договоров;

- Разработка методологии оценки экономической обоснованности государственных инвестиций.

Рассматривая разумность выбранного институционального дизайна, в первую очередь стоит выделить положительные стороны подобного подхода. Создание организации, которой переданы эксклюзивные функции оценки положительно сказывается на эффективном внедрении инструментов ГЧП. Предусмотренная методологическая деятельность поможет стандартизации процесса проведения государственных закупок. Кроме того, регламентирование функций организации в одном нормативном акте представляет собой предсказуемый план действий и масштаб для оценки эффективности деятельности центра.

С другой стороны, передача важных элементов организации процедуры государственных закупок частно-правовой структуре ставит под угрозу достижение публичного блага, а также снижает конкуренцию на рынке экспертов. Монополизация экспертизы подавляет готовность рыночных игроков и прежде всего международных агентств принять участие в повышении эффективности использования инструментов государственных закупок.

В заключение рассмотрения институциональной инфраструктуры следует обратить внимание на основной пробел существующего правового регулирования – исключение потенциальных потребителей услуг, а также других заинтересованных лиц из процесса концептуализации, реализации и эксплуатации проекта на основе применения инструментов ГЧП. Как было верно отмечено в рекомендациях ОЭСР, участие потребителей и прочих организаций в оценке эффективности проекта благотворно скажется на качестве реализуемого проекта, а также даст импульсы и опыт для лучшей реализации будущих проектов.

с. Процесс организации государственных закупок и структурирования партнерских соглашений

Последним рассматриваемым элементом существующего регулирования являются нормы права в отношении организации процесса государственных закупок и структурирования партнерских соглашений.

Позитивной оценки заслуживает регулирование процесса государственных закупок в целом и процедуры оценки экономической эффективности как центрального звена права государственных закупок в частности. Разработанные Правительством РК и Центром ГЧП стандарты полностью соответствуют мировым стандартам. Полнота правового регулирования позволяет сделать вывод, что законодатель (пусть даже и в лице органов исполнительной власти) стремится к полноценному регулированию и созданию условий для стандартизации соответствующих процедур.

Рассматриваемые правовые акты также согласуются с мировыми стандартами в пункте четкости правового регулирования процедуры государственных закупок. Особо стоит подчеркнуть ясность регулирования процедуры консультаций и выдачи разъяснений в рамках проведения конкурса и описание требований к конкурсной документации, а также регулирование вопросов аффилированности определенного круга лица как условие дисквалификации в рамках конкурсных процедур.

Помимо этого, стоит подчеркнуть, что проводимая Центром ГЧП экспертиза по крайней мере *de jure* интегрирована на всех этапах реализации проекта, что позволяет с теоритической точки зрения компенсировать недостатки на уровне концептуализации проекта и проведения конкурса по отбору инвестора.

Кроме того, присутствующая в законе типология партнерских соглашений в купе с конкретизирующими типовыми договорами позволяет оптимизировать содержание договоров с позиций разделения рисков между участниками проекта. Например, концессионное законодательство предусматривает выдачу государственных гарантий на

потребление товаров, что в свою очередь снижает экономические риски инвестора и позитивно сказывается на устойчивости долгосрочного партнерства между государством и частным бизнесом.

Однако, проведенный анализ выявил ряд слабых мест в существующем праве. Так, не в одном нормативном акте не содержится *положений о сроках проведения экспертизы экономической обоснованности проектов*. Бесспорно, у многих проектов существуют свои особенности и сроки оценки напрямую зависят от глубины оценки. Тем не менее, отсутствие сроков негативно влияет на инвестиционный климат, создавая пространство для административного произвола и нарушения прав инвесторов.

Кроме того, действующее право не содержит *положений в отношении этапа эксплуатации* созданного на основе ГЧП инфраструктурного объекта, хотя на практике именно на этом этапе зачастую возникают проблемы, требующие государственного вмешательства и заметных финансовых субсидий. Вдобавок, не до конца понятными остаются *механизмы бюджетного контроля* на этапе реализации проекта, а также оценки его экономической эффективности после его завершения. Не стоит тешить себя мыслью о том, что управление рисками заканчивается по завершению конкурсных процедур!

2. Потенциалы для реформ

На основе проведенного анализа законодательства и подзаконных актов РК в отношении регулирования ГЧП можно выделить следующие требующие законодательного вмешательства вопросы:

- Ясность и прозрачность норм права – единый подход;
- Сокращение объема подзаконных актов;
- Либерализация экспертного рынка;
- Минимизация процедур согласования с заинтересованными министерствами и ведомствами;
- Регулирование возможностей для привлечения негосударственных игроков;
- Фиксирование средних сроков проведения экспертизы и процедур согласования;
- Регулирование эксплуатационного этапа;
- Регулирование оценки бюджетной эффективности по результатам реализации проекта.

III. Вывод

Действующее законодательство РК вызывает с экспертной точки зрения смешанные чувства.

С одной стороны, регулирование процесса организации и проведения государственных закупок за редким исключением соответствует международным стандартам. Нормы права направлены на обеспечение максимальной прозрачности процесса, а также достижение равного доступа для всех экономических игроков.

С другой стороны, процесс создания ГЧП насыщен бюрократическими препонами, непрозрачными процедурами согласований, отсутствием ясных сроков для принятия решений. Вдобавок, полностью отсутствует регулирование в отношении пост-конкурсной стадии реализации проекта, что лишает партнеров параметров разрешения конфликтов и инструментов долгосрочного, построенного на доверии партнерства.

Реформирование законодательства в этой части не только необходимо, но и послужит мощным рычагом для запуска новых инфраструктурных проектов.

Май 2014 г.