

Distr.: General
29 April 2015
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثامنة والأربعون
فيينا، ٢٩ حزيران/يونيه - ١٦ تموز/يوليه ٢٠١٥

الأعمال المزمعة والممكنة مستقبلاً في مجال الاشتراء وتطوير البنية التحتية
مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٢	١ أولاً - مقدّمة
٢	٤٠-٢ ثانياً - الأعمال التي يُقترح الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الاشتراء وتطوير البنية التحتية
٢	١٦-٢ ألف - الإيقاف والحرمان في الاشتراء العمومي
٨	٤٠-١٧ باء - الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص



أولاً - مقدمة

١ - أعدت هذه المذكرة لتمكين اللجنة من النظر في هذه الدورة الثامنة والأربعين في الأعمال الممكنة مستقبلاً في مجال الاشتراء وتطوير البنية التحتية. وتتناول المذكرة مجالين يمكن وضع تشريعات بشأنهما، وهما: الإيقاف والحرمان في الاشتراء العمومي، والشرابات بين القطاعين العام والخاص.

ثانياً - الأعمال التي يُقترح الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الاشتراء وتطوير البنية التحتية

ألف - الإيقاف والحرمان في الاشتراء العمومي

٢ - تسمح المادة ٩ (٢) (و) من قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي (لعام ٢٠١١)^(١) باستبعاد الموردّين من إجراءات الاشتراء العمومي إذا كانت "أهليتهم قد أُسقطت على نحو آخر بمقتضى إجراءات إيقاف أو حرمان إدارية" (في جملة حالات أخرى). ويشير دليل الاشتراء^(٢) المرفق بالقانون إلى أن هذا الاستبعاد من عمليات الاشتراء المقبلة قد يكون مؤقتاً أو دائماً،^(٣) وكثيراً ما يُفرض نتيجة لسوء السلوك أو أعمال الفساد أو السلوك غير الأخلاقي (مثل إصدار بيانات محاسبية خاطئة أو مضلّة أو محاولة إفساد عملية الاشتراء من خلال تقديم إغراءات أو من خلال التواطؤ). ويضيف الدليل أنه ينبغي منح الأشخاص الذين يُدعى ارتكابهم مخالفات حقوق المعاملة وفقاً للأصول القانونية،^(٤) وأن من شأن ارتكاب مخالفات تجارية (مثل عدم إبرام عقد اشتراء أو تنفيذ الالتزامات التعاقدية) أن يؤدي أيضاً، في بعض النظم، إلى فرض جزاءات على الموردّ المعني.^(٥)

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/66/17)، المرفق الأول.

(٢) متاح في الموقع الشبكي التالي:

www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html

(٣) يشير الإيقاف إلى تدابير مؤقتة تمتد عموماً لسنة أو أقل، في حين يشير الحرمان إلى فرض قيود لمدة تصل إلى ثلاث سنوات أو أكثر. وللحرمان عواقب وخيمة، إذ يُحتمل أن يستغرق مدة من الزمن يترتب عنها غياب الشركة عن السوق على نحو يُفقد مكامنها التنافسية في الميدان المعني، إلا أن هناك اختلافاً بين النظم من حيث استخدام المصطلحات في هذا الشأن. انظر أيضاً دليل الاشتراء، التعليق على الدعم الإداري، الفقرة ٦٩.

(٤) دليل الاشتراء، التعليق على المادة ٩ (٢) (و).

(٥) دليل الاشتراء، التعليق على المادة ١٧، الفقرة ١٢.

٣- ولا ينص القانون النموذجي على أي قواعد إجرائية لاستبعاد الموردّين. كما أن دليل الاشتراع لا يتناول مسأليّ الإيقاف والحرمان بمزيد من التفصيل. ومع ذلك، يشدّد الدليل على أن من السّمات الرئيسيّة لنظام اشتراء فعّال وجود آليات لرصد التقيّد بقواعد ذلك النظام ولإنفاذها إذا اقتضت الضرورة وتشمل تلك الآليات مراجعة قرارات موظفي المشتريات وعمليات مراجعة الحسابات والتحقيقات والاعتراض عليها، فضلاً عن الجزاءات وإجراءات الحرمان، التي يمكن أن تنشأ بمقتضى المادة ٢١ بشأن استبعاد الموردّ أو المقاول من إجراءات الاشتراء بسبب تقديمه إجراءات أو من جرّاء مزبّة تنافسية غير منصّفة أو بسبب تضارب المصالح، أو بسبب انتهاك مدوّنة قواعد السلوك حسبما هو منصوص عليه في المادة ٢٦ من القانون النموذجي، أو انتهاك سائر الالتزامات المنصوص عليها في القانون النموذجي.^(٦) وعلاوة على ذلك، يشير الدليل إلى أن "على الدولة المشترعة عموماً أن تضع نظاماً فعّالاً للمعاقبة على فساد الموظفين الحكوميين، بمن فيهم موظفو الجهات المشتريّة، وعلى فساد الموردّين والمقاولين، يسري أيضاً على عمليات الاشتراء، ويهدف إلى تحسين مستوى الحوكمة على نطاق النظام ككل".^(٧) ولوحظ أن فرض عقوبات "فعّالة ومتناسبة وراذعة" عند ارتكاب جريمة فساد يشكّل بدوره أحد المقتضيات الأساسيّة المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.^(٨)

٤- ولئن كان هناك اتفاق عام على أن إجراءات التعليق والحرمان عناصر هامة لدعم التنفيذ الفعّال لقانون الاشتراء ومحاربة الفساد على الخصوص،^(٩) إلا أن ثمة اختلافات كبيرة

(٦) انظر أيضاً دليل الاشتراع، التعليق الوارد في مقدّمة الفصل الثامن (إجراءات الاعتراض).

(٧) دليل الاشتراع، التعليق على المادة ٢١، الفقرة ٣.

(٨) تقضي المادة ٣٠ من الاتفاقية بأن "تجعل كل دولة طرف ارتكاب فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية خاضعاً لعقوبات تُراعى فيها جسامة ذلك الجرم"، ويلاحظ أن عقوبيّ الإيقاف والحرمان تدرجان ضمن العقوبات المتناسبة. انظر أيضاً هذا الدليل: The United Nations Convention against Corruption, A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2013. نص الدليل متاح في الموقع الشبكي التالي: www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Resource_Guide_on_State_Measures_for_Strengthening_Corporate_Integrity.pdf.

(٩) انظر، على سبيل المثال، ما قاله رئيس البنك الدولي، جيم يون كيم، في عام ٢٠١٤ من أن: "الحكومات، على نطاق العالم، تعكف على إنشاء وتحديث هيئات إدارية قادرة على الرد على مزاعم عن ارتكاب مخالفات في المشتريات العامة أو في استخدام أموال المانحين. وهذه الهيئات عنصر بالغ الأهمية في الحركة العالمية لمكافحة الغش والفساد". هذا النصّ متاح على الموقع الشبكي التالي:

<http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/06/25/world-bank-publishes-data-lessons-learned-debarment-cases-2007>.

بين نُظم الإيقاف والحرمان في الممارسة العملية. فقد ذكر فعلاً أن "الإرشادات الخاصة بهذا الموضوع مجزأة بشدة" في البلد الواحد "ما بين أوامر وتعليمات متعددة صادرة عن عدد من السلطات الرقابية [حُذفت الحاشية]، مما يفسح مجالاً واسعاً للبس لدى موظفي المشتريات والمتعاقدين الحكوميين على حدٍ سواء، وهو أمر قد يؤدي إلى عدم الكفاءة في التطبيق وفي تحقيق النتيجة المنشودة".^(١٠)

٥- ويشوب هذا التجزؤ أيضاً النُظم الوطنية والدولية بوجه أعم، كما أفاد بذلك استعراض خلال ندوة حول الموضوع عُقدت في عام ٢٠١٢.^(١١) (استعرضت الندوة نُظم كل من الاتحاد الأوروبي والهند والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وآيرلندا الشمالية والولايات المتحدة الأمريكية (نظام المشتريات الاتحادي) والمصارف الإنمائية المتعددة الأطراف). وتشمل الاختلافات الأهداف المتوخاة من إجراءات الإيقاف والحرمان، وطبيعة الإجراءات، والعقوبات المقررة. وسُجّلت أيضاً اختلافات جمة فيما بين النظم في الاتحاد الأوروبي وفي كندا خلال اجتماع عقده مؤخرًا الفرقة العاملة لأبرز المهنيين في مجال الاشتراء العمومي، التابعة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي،^(١٢) لدى النظر في تنفيذ التوصية التي اعتمدها المنظمة في الآونة الأخيرة بشأن الاشتراء العمومي.^(١٣)

٦- وفيما يتعلق بأهداف الإجراءات، تسعى النظم كافة إلى ردع المخالفات فضلاً عن المعاقبة عليها في حال وقوعها، ولكنّ هناك على العموم هدفين اثنين. فمن ناحية، قد يكون الهدف هو حماية الزبون الحكومي من الجهات، أفراداً ومنظمات، التي ينبغي ألاّ يخطر معها في أعمال تجارية أو التي ينبغي ألاّ يعهد إليها بأموال عامة، سواء أكان الخطر ناشئاً عن عدم الأداء أو السمعة أو هما معاً. ومن ناحية أخرى، قد يركّز النظام على سبيل الأولوية على معاقبة الموردّين الذين يرتكبون مخالفات.

(١٠) Verma, Sandeep, "Sending Contractors on a Holiday: Proposed Rules for an Integrated and Seamless Approach in the Ministry of Defence to Debarment and Suspension of Erring Entities"

(May 23, 2014), at page 1. مُتاح في الموقع الشبكي لشبكة بحوث العلوم الاجتماعية:

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2441040> أو <http://ssrn.com/abstract=2441040>

(١١) Colloquium on suspension and debarment: towards an integrative approach?

http://globalforumljd.org/events/2012/100912_suspension.htm

(١٢) عُقد الاجتماع يومي ٢٧ و ٢٨ نيسان/أبريل ٢٠١٥. مقر منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في باريس، فرنسا.

(١٣) توصية المجلس، ١٨ شباط/فبراير ٢٠١٥، C(2015)2.

٧- ويمكن أن تكون النظم أيضاً "تقديرية" كما شاع الاصطلاح على ذلك، أو قد تكون "إلزامية" أو "عقابية"، مما يعكس إلى حد بعيد هذه الاختلافات في الأهداف. فبينما تقضي النظم الإلزامية بفرض عقوبات على الموردّين الذين يثبت ارتكابهم مخالفات، لا تتطلب النظم التقديرية عقوبات معينة، بل تسمح للهيئة التي تتولّى فرض العقوبات بأن تراعي مدى خطر عدم الأداء والعواقب التي يُحتمل أن يرحّج أن يواجهها سوق الاشتراء إذا استبعد أحد الموردّين.

٨- وتكتسي هذه المسألة أهمية أكبر في الحالات التي تشمل فيها العقوبة الاستبعاد لفترة طويلة (سيق مثالاً لعشر سنوات أو أكثر)، وهو أمر يرحّج أن يؤدّي إلى توقف مورّد يزاول أعمالاً تجارية مهمة مع الحكومة عن مزاولة أعماله. وفي الحالات التي لا يكون فيها الاستبعاد إلزامياً، يمكن أن توجد نهج بديلة مثل "مراجعة الذات" (الإقرار بالذنب ووضع برامج لضمان المعايير المناسبة في المستقبل). وتنصّ بعض النظم على إلزامية الاستبعاد بسبب سلوكيات أكثر سوءاً، لكنها تسمح بممارسة السلطة التقديرية بشأن سلوك أقل سوءاً. ويمكن أن تشمل العواقب الأخرى عقوبات مدنية وإدانات جنائية.

٩- ويمتد عبء إثبات ارتكاب مخالفات من "كفاية" الأدلة أو رجحان الأدلة، حسب تقييم الهيئة التي تتولى فرض العقوبات، ليشمل اشتراط وجود إدانة جنائية سابقة. وقد يكون عبء الإثبات الرامي إلى إلغاء قرارات تقضي بالإيقاف أو الحرمان من خلال الاستئناف خفيفاً نسبياً أو ثقيلاً جداً.

١٠- ويترتب على هذا التنوع في الممارسة عواقب أخرى نظراً لتزايد التركيز على "الحرمان عبر الحدود". ويشير تعبير "الحرمان عبر الحدود" إلى القدرة على استبعاد مورّد جرى إيقافه أو حرمانه في بلد أو نظام من إجراءات الاشتراء في بلدان أو نُظم أخرى. وتتطلب هذه المسألة بذل جهود جبّارة في مجال التنسيق بين المصارف المتعددة الأطراف، ولكن ثمة حاجة إلى بذل مزيد من الجهود لتمكين النظم الوطنية وتلك النظم "الدولية" من العمل معاً بفعالية. وقد أشارت الندوة المذكورة آنفاً إلى أن القاعدة التي تقضي بسريان الحرمان المقرّر في بلد أو نظام ما بصورة تلقائية بحيث يُحرّم المورد المعني عبر الحدود في جميع البلدان والنظم قد تكون مفرطة في الصرامة وغير قابلة للتطبيق، لكنها شدّدت على الحاجة إلى وضع نهج موحد بهذا الشأن. ذلك أن التمويل الدولي للبنية التحتية والتنمية يشمل مشتريات يشارك فيها مورّدون قد يكونون يمارسون أنشطتهم في العديد من البلدان، وهناك تركيز متزايد في السياسات العامة وعلى صعيد الممارسة على الاشتراء عبر الحدود.

١١- وفيما يتعلق بمراعاة الأصول القانونية، لاحظ مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة أن الحرمان، خاصة بالنسبة للأفراد والمنشآت الصغرى، هو من الصرامة بحيث إن "توافر معايير واضحة للسلوك والضمانات الإجرائية لمنع التعسف أمر أساسي".^(١٤) وقد أبدت الدول رغبتها في تنفيذ القواعد المناسبة في نظمها الوطنية في سبيل توفير الدعم الملائم لقانون الاشتراء الخاص بها ولسائر القواعد ذات الصلة والامتثال لالتزاماتها بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

١٢- ومع ذلك، فمن الواضح أنه لا يوجد أي معيار موحد يُتخذ مرجعاً بهذا الشأن، وقد أشارت بعض الدول إلى الحاجة إلى نظام موحد عبر الحدود الوطنية. فعلى سبيل المثال، سينظر الإطار الجديد المقترح لنظام المشتريات الخاص بالبنك الدولي في الإذن للمشتريات الممولة من البنك باستخدام نظام المشتريات الخاص بالدولة المعنية (في مقابل اشتراط اتباع نظام المشتريات الخاص بالبنك) في الحالات التي يطبق فيها البلد المقترض (متى كان ذلك مناسباً) قائمة الحرمان الخاصة بالبنك،^(١٥) في جملة حالات أخرى. وفضلاً عن دعم التنفيذ الموحد لمتطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،^(١٦) من اللازم دمج النظم لتجنب ما يفرزه تجزؤها من انطباق معايير مختلفة بشأن السلوك والعقوبات ضمن النظام الواحد (عندما تمول بعض المشتريات من جهة خارجية) وفيما بين النظم التي ينبغي أن تعمل معاً. وتبعاً لذلك، يرتأى أن من شأن وضع نص تشريعي يروم تسهيل الإجراءات والضمانات المناسبة لإجراءات الإيقاف والحرمان أن يساعد بقدر كبير في هذا الصدد، إذ ترد في الفصل الثامن من القانون النموذجي للاشتراء العمومي خيارات مماثلة لما قد تدعو الحاجة إليه، وثبتت جدوى الأحكام ذات الصلة على صعيد الممارسة.

(١٤) A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, note 8 supra, at page 23.

(١٥) انظر "Procurement in World Bank Investment Project Finance Phase II: Developing the Proposed New Procurement Framework"، para. 44. متاح في الموقع الشبكي التالي:
https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/procurement-policy-review-consultationsopenconsultationtemplate/materials/procurement_in_

(١٦) يعكف فريق استعراض التنفيذ (وهو فريق عامل تابع لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد)، في جملة أمور أخرى، على النظر في اقتراحات "للوقوف على التحديات والممارسات الجيدة، والنظر في الاحتياجات من المساعدة التقنية، وذلك بغية ضمان تنفيذ الاتفاقية بفعالية"، سيعالجها الفريق خلال اجتماعه السادس الذي سيعقد في فيينا يومي ٢٥ و٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٥. انظر، أيضاً، الموقع الشبكي:
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/1-5June2015/V1501964a.pdf>

١٣- وقد كانت بيانات اللجنة بشأن التوقيت الأنسب لإسناد الولاية التشريعية موضع نظر بخصوص هذا الموضوع. والمسألة الأولى بهذا الشأن هي ما إذا كان من المرجح أن تكون إجراءات الإيقاف والحرمان قابلة للمناسقة ولإعداد نص تشريعي توافقي بشأنها. ويرتأى أن الاختلافات التي تشوب النظم القائمة، حسب المعلومات المتاحة، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة ما إذا كان النظام عقابياً في المقام الأول أم تقديرياً، وبشأن العواقب المترتبة ذات الصلة - بمعنى أن الاختلافات تنشأ عن تنفيذ القواعد الإجرائية واستخدامها. ولا يبدو أن هناك خلافاً بشأن المبادئ الأساسية للقواعد - التي تقضي بأنه ينبغي أن تجسّد الالتزامات بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بشأن أمور في جملتها فرض عقوبات على الشطط في الاشتراء تكون "فعّالة ومتناسبة وراذعة".

١٤- وقد تعتبر اللجنة تبعاً لذلك أن من الممكن وضع نصوص تشريعية على أساس التوافق، ولكن قد تكون ثمة حاجة إلى مزيد من التفصيل بشأن نطاق أي نص يوضع في المستقبل وبشأن المسائل السياسية التي سيجري التداول بشأنها. وبالنظر إلى أهمية الإيقاف عبر الحدود في الاشتراء العمومي، ربما اعتبرت اللجنة أيضاً أن وضع نص تشريعي بشأن هذا الموضوع سيسهم في تعزيز قانون التجارة الدولية فيما يتعلق بالاشتراء العمومي.^(١٧)

١٥- ولكنّ اللجنة شدّدت أيضاً على أنه ينبغي عدم وضع نصوص تشريعية إذا كان في هذا العمل ازدواج مع أعمال متعلقة بالموضوع نفسه تضطلع بها هيئات إصلاح قانوني أخرى، وينبغي الاضطلاع بعمل تحضيري لاستبانة أي مجالات ازدواج محتملة قبل إحالة أي موضوع إلى فريق عامل.^(١٨) وفي هذا الصدد، تبين المشاورات الأولية أن وضع معيار للأونسيرال لن يشكّل ازدواجاً مع الأنشطة التي تضطلع بها حالياً هيئات الإصلاح الأخرى المعنية، بل إنه سيكملها في واقع الأمر.

١٦- وبناءً على ذلك، يوصى بأن تأذن اللجنة للأمانة بتقصّي إمكانية وضع نص تشريعي يتناول هذا المجال. وسوف تشمل الأعمال التحضيرية بهذا الخصوص إجراء مزيد من المشاورات مع الجهات المعنية من أصحاب المصلحة، بما فيها على الخصوص البنك الدولي ومصارف إنمائية أخرى متعدّدة الأطراف ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة والدول، لدراسة الفرضيات والاستنتاجات المذكورة أعلاه، وتفادي ازدواجية الجهود. وقد أعربت المؤسسات المذكورة عن ترحيبها بمشروع وضع قواعد ومعايير دولية في هذا المجال، ولا سيما في شكل نص تشريعي قابل للتنفيذ. بمرونة، كما أعربت عن استعدادها للانخراط فيه.

(١٧) A/68/17، الفقرتان ٣٠٣ و ٣٠٤.

(١٨) المرجع نفسه.

باء- الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

(أ) الخلفية والأنشطة المنجزة منذ انعقاد دورة اللجنة لعام ٢٠١٤

١٧- نظرت اللجنة، في دورتها السابعة والأربعين، في تقرير عن حلقة تدارس عُقدت في آذار/مارس ٢٠١٤، وهي الحلقة التي خلصت إلى أن نصوص الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص موضع تقدير شديد، إلا أنها غير مستعجلة بالقدر الكافي، كما أنها في حاجة إلى تحديث. وبناءً على ذلك، أوصت الندوة اللجنة بأن تسند الولاية اللازمة بخصوص وضع قانون نموذجي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص ودليل اشتراعي يُرفق به (وتحديد نطاق العمل المتوخى).^(١٩) وتضاربت آراء الدول الأعضاء، في تلك الدورة، بشأن التوصيات ما بين مؤيد وغير مؤيد.

١٨- وسلّمت اللجنة بأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع مهم للدول الأعضاء (وبخاصة للبلدان النامية) وللجهات المانحة،^(٢٠) لكنها امتنعت، بعد المناقشة، عن إسناد الولاية المطلوبة، وإن لم تستبعد إمكانية النظر في هذه المسألة مجدداً متى أصبحت موارد الأفرقة العاملة متاحة. وراعت اللجنة في قرارها هذا عاملين أساسيين هما: (أ) أن وضع نص تشريعي بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص سيكون مشروعاً لا يستهان به وسيستغرق وقتاً طويلاً، مع أن نطاق مشروع من هذا القبيل قد حُدّد في ندوة لعام ٢٠١٤، و(ب) أن من الممكن استخدام نصوص الأونسيترال الحالية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص لمواءمة وتحديث القوانين في هذا المجال على المستوى الوطني. وفي هذا الصدد، لم تقبل اللجنة استنتاجات الندوة التي أوصت كذلك بوضع قانون نموذجي بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.^(٢١)

(١٩) A/CN.9/821، الفقرتان ١٢٠ و ١٢١.

(٢٠) أحاطت اللجنة علماً بأن حلقة التدارس أكدت مجدداً "الإمكانات التي تتيحها الشراكات بين القطاعين العام والخاص من حيث تقديم مساهمات هائلة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة، وخصوصاً ملء فجوة كبيرة في تمويل البنى التحتية أشار إليها العديد من الدراسات التجريبية والمعلقين. ورأت الحلقة أن الحاجة الناشئة عن تلك الفجوة هي أشد حدة في البلدان النامية، وأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص مع مشغّلين صغار من القطاع الخاص (مثل المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة) يمكنها أيضاً أن تدعم التنمية المحلية والإقليمية. وسلّم بأن التجارب مع الشراكات التي هي دون المستوى اللازم والشراكات المتعثرة تُبرز الحاجة إلى نموذج تشريعي فعال تستخدمه الدول في صوغ ممارسات ومعايير فضلى تتيح تكوين شراكات ناجحة وفعالة بين القطاعين العام والخاص". الوثيقة A/CN.9/807، الفقرة ١٣(ز).

(٢١) A/69/17، الفقرة ٢٥٥ (ج).

١٩- وأذنت اللجنة أيضاً للأمانة بأن تباشر أعمالاً تحضيرية محدودة: (أ) للمضي قدماً في الأعمال التحضيرية لوضع نصوص تشريعية في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على مستوى داخلي وعن طريق مشاورات غير رسمية، لتضمن تمكّن أي فريق عامل من تناول هذا الموضوع إذا صدرت ولاية بذلك، و(ب) لمساعدة اللجنة على مواصلة النظر فيما إذا كانت ستضطلع بمهمة وضع نص تشريعي في هذا المجال، وهي مسألة ستواصل اللجنة مناقشتها في هذه الدورة الثامنة والأربعين.^(٢٢)

٢٠- وتبعاً لذلك، باشرت الأمانة مشاورات إلكترونية وهاتفية محدودة مع خبراء وممثلين للدول والمنظمات المانحة/المعنية بالإصلاح، ولا سيما البنك الدولي والمصارف الإنمائية الإقليمية ولجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي. ويعرض هذا القسم من المذكرة استنتاجات تلك المشاورات بشأن المسألتين المذكورتين آنفاً واللتين تقدّمان معاً لإبراز ارتباطهما ارتباطاً وثيقاً.

٢١- وهكذا طلبت الأمانة إلى الخبراء وغيرهم من المشاركين ما يلي: (أ) أن يستقوا من البلدان أو المناطق التي يعملون فيها معلومات من شأنها أن تساعد في إصلاح النصوص الخاصة بالمشاريع الممولة من القطاع الخاص، و(ب) أن يعيدوا النظر في أحكام تلك النصوص في ضوء التعليقات التي أُبدت في دورة اللجنة التي عُقدت في عام ٢٠١٤.

٢٢- وقد قدّم المشاركون معلومات هامة عن نُظم الشراكات بين القطاعين العام والخاص في مختلف المناطق، خصوصاً في أفريقيا وأوروبا وأمريكا الشمالية وأمريكا الجنوبية. وتشير تلك المعلومات إلى التقارب الناشئ في المسائل السياسية، وإلى وجود اختلافات في بعض المناطق، ولا سيما فيما يتعلق بمدى اتّخاذ الشراكة بين القطاعين العام والخاص شكل امتيازات في المقام الأول (بدل ما يُصطلح عليه في بعض الأحيان الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تدفع فيها السلطة العمومية التكلفة). ففي الشراكة بين القطاعين التي تتخذ شكل امتيازات، يُدفع الأجر من خلال رسوم تفرض على أطراف ثالثة، بينما في الشراكات التي تدفع فيها السلطة العمومية التكلفة، يكون الأجر مؤكّداً أكثر بحيث يتأتى من القطاع العام في الغالب، ولذا فإنّ الخطر التجاري متفاوت في هذين النوعين من الشراكات. ومع ذلك، اتفق على أنّ هناك العديد من أوجه التشابه من حيث التخطيط والإعداد والاشتراء بين هذين النوعين من الشراكات بين القطاعين العام والخاص، إلا أنّ ثمة اختلافات فيما بين النُظم المؤسسية والتعاقدية والقانونية في الممارسة العملية. وتبعاً لذلك، اعتُبر أنّ تحديد العناصر الأساسية المشتركة بين كلا هذين النوعين من الشراكات بين القطاعين العام

(٢٢) المرجع نفسه، الفقرة ٢٦٠.

والخاص أمر عملي، بحيث يتسنى أن تتناول الصيغة المنقحة للنص التشريعي العناصر المشتركة بين جميع أنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٢٣- ومن ثم يمكن أيضاً التركيز اللازم على المتطلبات الإضافية للشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تتخذ شكل امتيازات (والتي تختلف أكثر عن النظم الحديثة للاشتراء العمومي الخاص بمشاريع البنية التحتية الكبيرة، وعن الشراكات بين القطاعين التي تدفع فيها السلطة العمومية التكلفة). وأتفق على أن من شأن هذا النهج أن يتسق مع النهج المتبع في الصكوك الحالية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، وأن يطبق مفهوم "الشراكات الأساسية بين القطاعين العام والخاص" الذي نوقش في ندوة العام ٢٠١٤.^(٢٣) غير أن الخبراء يفيدون أيضاً بأن هناك زيادة في الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تدفع فيها السلطة العمومية التكلفة (وهو نوع كان أقل شيوعاً من الشراكات التي تتخذ شكل امتيازات في الفترة التي وُضعت فيها صكوك مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص)، وبذلك يتعين أن يبين أي نص جديد الحاجة، باعتبار الآثار المترتبة عن هذه الشراكات بين القطاعين العام والخاص في الميزانية، إلى إبداء المزيد من التعليقات على اختيار المشاريع وأسس المقارنة لأفضل قيمة مقابل الثمن.

٢٤- وعلاوة على ذلك، كان هناك اتفاق واضح على أن بعض الأجزاء من الصكوك المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في حاجة إلى التبسيط، وأنه يمكن الآن الصياغة التشريعية لبعض الإرشادات الحالية، بحيث تواكب تطورات الأسواق. ولئن كان من الممكن إدراج الشراكات المؤسسية بين القطاعين العام والخاص (بل وينبغي ذلك في نظر الخبراء)، فإن النهج الأخرى المستجدة - مثل التحالف التعاقدية على تنفيذ المشاريع - ستكون عصية بقدر أكبر على المعالجة بصورة مناسبة، ومن ثم يوصى بعدم إدراجها.

٢٥- واستعرض المشاركون مجموع نصوص مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص لتحديد أيها بحاجة إلى دمج أو تعديل أو إعادة صياغة أو حذف، والوقوف على والنصوص أو الأحكام الجديدة اللازمة. وقد أخذت استنتاجات الندوتين اللتين عُقدتا في عامي ٢٠١٣ و ٢٠١٤ بعين الاعتبار في هذه العملية. وتتيح الأمانة جداولاً تتضمن الاستنتاجات المتعلقة بكل قسم فرعي من الدليل التشريعي وكل توصية من التوصيات التشريعية وكل حكم من الأحكام التشريعية النموذجية.^(٢٤) وفيما يلي ملخص موجز لتلك الاستنتاجات:

(٢٣) A/CN.9/821، الفقرة ٢٧.

(٢٤) هناك نسخ متاحة باللغة الإنكليزية فقط من هذه الجداول، وهي تقع في نحو ٥٠ صفحة. وسوف تترجم الجداول لاحقاً، وفقاً لقرار تصدره اللجنة بهذا الشأن.

٢٦- فيما يتعلق بـ"مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص": تعديل الصياغة بحيث تجسّد التّهُج الحديثة الخاصة بمفاهيم المصلحة العامة الأساسية وأسس المقارنة لأفضل قيمة مقابل الثمن والاستدامة وغير ذلك من المسائل المصطلحية والتعاريف، وتمييز الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي يتولّى فيها الشريك في المشروع مسؤولية تقديم خدمات عامة كاملة أو محدودة، مراعاةً لنطاق الشراكات الأساسية بين القطاعين العام والخاص والممارسة الحديثة.

٢٧- فيما يتعلق بـ"معلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص": تبسيط النص وحذف أي مناقشة لا داعي لها، وشرح الاختلافات القائمة بين النوعين الرئيسيين من الشراكة بين القطاعين العام والخاص (كما سلفت الإشارة إلى ذلك)، وتحديث النص بإدراج تجارب حديثة مناسبة، وإدراج ما يلزم من إحالات مرجعية إلى قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي.

٢٨- فيما يتعلق بـ"المحالات القانونية الأخرى ذات الصلة": الاكتفاء بإجراء تبسيط طفيف.

٢٩- فيما يخص "الإطار التشريعي والمؤسسي العام": إدخال تنقيحات بغية إقامة توازن أكثر فعالية بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؛ وبغية دعم قدرة السلطات العمومية؛ ومعالجة التدابير التحضيرية واختيار المشاريع؛ وتوسيع نطاق الآليات المؤسسية اللازمة وجوانب الحوكمة بالمؤسسات المعنية (بما يشمل، على سبيل المثال، السلطات المعنية بالمنافسة وأيضاً الوحدات واللجان المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي توجد في الغالب الأعم في الدول التي تستخدم الشراكات بين القطاعين العام والخاص والتي تستلزم، كما لاحظت الندوة، أحكاماً إضافية في أي نص تشريعي جديد).^(٢٥)

٣٠- فيما يتعلق بـ"مخاطر المشاريع والدعم الحكومي": إجراء مناقشة أكثر وضوحاً لثلاثة جوانب اقتصادية للمشاريع المتوخّاة، وإجراء مناقشات لمخاطر محدّدة وتقاسم المخاطر؛ والتوسّع في تناول الروابط القائمة بين توزيع المخاطر وتوفير الضمانات والحصول على أفضل قيمة مقابل الثمن والمزايا الاقتصادية العامة التي ينطوي عليها المشروع، وإصدار توصيات بشأن الشفافية في القطاع العام.

٣١- وفيما يخص "تشديد البنية التحتية وتشغيلها: الإطار التشريعي واتفاق المشروع": تناول أشكال التعاقد، والقيود التي تحد من حرية التعاقد والمقتضيات الدنيا للتعاقد (مع إمكانية توسيع نطاق اتفاق المشروع)؛ وتعميق المناقشة بشأن ترتيبات وتبعات التعاقد من

(٢٥) A/CN.9/821، الفقرات ٣٥-٤٠.

الباطن، وبشأن إعادة التفاوض، وإعادة التمويل وتعديل العقود خلال مدة المشروع (كما يشمل مواصفات العقد)؛ وتوضيح إمكانية امتداد اتفاق المشروع إلى مجموعة من الوثائق.^(٢٦) فضلاً عن ذلك، إضفاء مزيد من الوضوح بشأن نطاق نشاط صاحب الامتياز، وبشأن شتّى مفاهيم ملكية (واكتساب ملكية) موقع المشروع، وبشأن التعريفات والرسوم، و ضمانات تكميلها وتخفيف المخاطر السياسية (التي قد يكون بعضها قابلاً للتفاوض بشأنه، بينما تُعتبر أخرى ضمانات قانونية دنيا). وفيما يتعلق بتشغيل البنية التحتية، من اللازم توفير مزيد من التوجيه بشأن المعايير والالتزامات الواقعة على الطرف الذي يتولّى المشروع، وتنفيذ تعليمات السلطة العمومية، والحدود الزمنية المناسبة للامتيازات. ويوصى بإضفاء مزيد من الشفافية من حيث إتاحة الشروط الرئيسية لوثائق المشروع للجمهور.

٣٢- وفيما يتعلق بـ"مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه": معالجة الحدود الزمنية للمشاريع؛ وقضايا الاستثمار وتحقيق المخاطر؛ وتنقيح النص لضمان الربط على نحو أفضل بين إدخال تعديلات على مدة اتفاق المشروع وبين إنهائه.

٣٣- وفيما يتعلق بـ"تسوية النزاعات": إضفاء مزيد من الطابع العملي على الإرشادات؛ وإدراج توصيات أوضح بشأن استخدام التحكيم والحالات التي يكون فيها الاحتكام إلى هيئات التحكيم خطوة أولية إلزامية؛ والأخذ بتحكيم الطوارئ؛ وتوسيع نطاق الإرشادات بشأن جهات التحكيم الوطنية لتسوية النزاعات مقارنة بجهات التحكيم الدولية، وبشأن ضمان استقلالية جهة التحكيم، واختيار القانون المحتكم إليه، والنزاعات الناشئة فيما بين أصحاب الأسهم والأطراف المفرضة والشركاء التنفيذيين في اتحادات الشركات (الكونسورتيومات) والمنظمين الرقابيين والمشغلين والمعاقدين والمتعاقدين من الباطن، وأيضاً بين السلطات العمومية والشريك في المشروع.

٣٤- وتحدّد الجداول، على حدّ سواء، الحالات التي يمكن فيها صوغ توصيات تشريعية أو أحكام جديدة والحالات التي ينبغي فيها تحديث الإرشادات الحالية أو تنقيحها، ويمكن ملاحظة تباين التجارب على صعيد الممارسة في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولكنّ ثمة مجموعة متسقة من الاقتراحات يمكن دمجها في دليل تشريعي منقّح ترفّق به توصيات تشريعية وأحكام نموذجية، على أن تدمج العناصر الثلاثة وتُعرض معاً.^(٢٧)

(٢٦) تضاربت الآراء بشأن ما إذا كانت أجزاء من النص الحالي غير لازمة ومن ثم يمكن حذفها.

(٢٧) ليس ثمة دراسة مستقلة لجوانب الشراكة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بالاستثمار، على اعتبار أن هناك توافقاً في الآراء على أن هذا الجانب سوف يكون مطابقاً للأحكام ذات الصلة من قانون الأونسيترال النموذجي للاستثمار، كما أُتفق على ذلك في ندوة عام ٢٠١٤، انظر الوثيقة A/CN.9/821، الفقرات ٩٠-٩٥.

٣٥- ويرى الخبراء، بعد إجراء هذه العملية، أن نطاق العمل المطلوب لتحقيق هذا الهدف ليس واسعاً ويمكن الاضطلاع به في غضون سنة واحدة تقريباً بحكم محدودية الرقابة من جانب الأمانة. ورئي أن مشروع إعداد قانون نموذجي كامل هو مشروع يتطلب كثيراً من الموارد، وبالنظر لعدم اليقين الذي أعرب عنه في الندوة بشأن ما إذا كان هذا المسعى ممكناً،^(٢٨) يرى الخبراء والمشاركون أن تضمين أحكام تشريعية نموذجية أو توصيات تشريعية في متن صيغة منقحة للدليل التشريعي سيكون التوازن اللازم في هذه المرحلة بين سهولة استخدام النص، من جهة، ومحدودية الموارد المسلّم بها، من جهة أخرى. وفضلاً عن ذلك، فإن الخبراء والمشاركين يسلّمون بأن الحاجة إلى صيغة منقحة من هذا القبيل لنصوص الأونسيترال على المدى القصير أمس منها إلى قانون نموذجي ودليل اشتراع على مدى أطول.

(ب) التوصيات

٣٦- خلال المشاورات، أشارت عدّة دول أعضاء (متقدمة وأخرى نامية)، وبعض الجهات المانحة والمنظمات الإقليمية إلى أنها سترحّب بنص تشريعي حديث بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص وستستخدمه. وقد تلقّت الأمانة بياناً رسمياً من أحد البلدان النامية بدعم إعداد نصوص تشريعية في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص. غير أن بعض الدول لا تزال مترددة في تخصيص موارد لإعداد نص من هذا القبيل في إطار فريق عامل. وقد سبقت أسباب شتى لهذا التردد، أهمها قيود الميزانية التي يواجهها القطاع العام، ونقص الخبرة في هذا المجال بقدر يمكن من مشاركة حقيقية في هذا المسعى، والضغط من أجل استخدام الموارد البشرية المتاحة داخل الدول في مشاريع وطنية في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص بدل التركيز على وضع قواعد ومعايير دولية. ومن ناحية أخرى، فإن الخبراء العاملين في الميدان والمنظمات المانحة على استعداد للتطوع بخدماهم دعماً للعمل المضطلع به في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص داخل الأونسيترال، ودعماً لوضع دليل تشريعي منقح على نحو ما نوقش أعلاه.

٣٧- وبناءً على إمكانية إعداد نص تشريعي حديث بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، قامت الأمانة بتحليل الإرشادات الأخيرة الصادرة عن اللجنة بشأن مدى جدوى تنفيذ مشروع لهذه الغاية، والشكل الذي قد يتّخذه هذا المشروع في حال اعتباره مجدداً.

٣٨- وقد دأبت اللجنة على تأكيد أهمية إعداد نصوص تشريعية عن طريق مفاوضات رسمية في إطار فريق عامل، نظراً لأن الشفافية والتعددية اللغوية والشمول التي تنطوي عليها

(٢٨) A/CN.9/821، الفقرة ١٢٢.

عملية التفاوض الرسمية تساعد على قبول تلك النصوص وانطباقها على المستوى العالمي.^(٢٩) وخلصت اللجنة أيضاً إلى ضرورة تقييم التوازن بين النهج الرسمي وإعداد نصوص تشريعية عن طريق دراسات تُعدها الأمانة والاستعانة بخبراء خارجيين وعقد ندوات أو حلقات تدارس ("طرائق العمل غير الرسمية") تبعاً لطبيعة الموضوع المعني.^(٣٠)

٣٩- وعلى ضوء الاستنتاجات المتعلقة بطبيعة ونطاق العمل المحدد في القسم الفرعي (أ) أعلاه، وما يرجح من التزام الدول الأعضاء بأي مشروع لإعداد نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، لعل اللجنة تؤدّ النظر في كيفية الاضطلاع بأي ولاية لتنقيح صكوك مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. فعلى سبيل المثال، من الخيارات المناسبة الممكنة إنشاء آلية تسمح بمناقشة المسائل المعنية على نطاق واسع أثناء عملية إعداد النص لتشجيع المشاركة والدعم الواسعين من جانب المنظمات الإقليمية، ومنها المصارف الإنمائية المتعددة الأطراف متى أمكن ذلك. وسيكون الهدف المتوخى من آلية من هذا القبيل هو ضمان شمول تجارب من جميع المناطق والحد من تأثير بعض الشواغل الأخرى التي سبق أن أثارها اللجنة بشأن طرائق العمل غير الرسمية.

٤٠- ولعل من سبل تحقيق التوازن المناسب تقديم مشاريع تنقيحات للدليل التشريعي الحالي في حلقة تدارس واحدة أو أكثر، على نحو ما توخّت اللجنة سابقاً (A/CN.9/807، الفقرتان ٤٨ و٤٩). ولعل اللجنة تستذكر، في هذا الصدد، إمكانية عقد الأونسيتال حلقات تدارس باستخدام الوقت المخصّص لها لعقد اجتماعات (وهو يشمل خدمات الترجمة)، إذا كان لا يزال لديها متسع من الوقت المخصّص. وعلاوة على ذلك، ينبغي أن يوضع في الحسبان عرض أي مشروع نص يتم إعداده على اللجنة للنظر فيه وإمكانية اعتماده.

(٢٩) A/68/17، الفقرة ٣٠٠، في إطار ملاحظة المسائل المبينة في الوثيقة A/CN.9/774، الفقرات ١٥-١٧.

(٣٠) أعربت اللجنة أيضاً عن قلقها بشأن بعض جوانب طرائق العمل غير الرسمية، بما فيها إمكانية النقص في الشفافية وفي التعدد اللغوي والشمولية وكذلك إمكانية هيمنة فئات ومصالح خاصة (A/68/17)، الفقرة

(٣٠١). انظر، أيضاً، الوثيقة A/72/16، الفقرة ٤٣، كما ذكر في الوثيقة A/CN.9/774، الفقرة ٣٦؛ وانظر أيضاً الوثيقة A/CN.9/752، الفقرات ٣٥ و٣٧-٤٠، و A/CN.9/807 الفقرتان ١٩ و٣٣.