

Distr.: General
6 April 2017
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الحادية والخمسون

نيويورك، ٢٥ حزيران/يونيه - ١٣ تموز/يوليه ٢٠١٨

الشراكات بين القطاعين العام والخاص: تحديثات مقترحة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	أولاً - مقدمة
٤	ثانياً - نتائج المشاورات التي أجرتها الأمانة
٥	ثالثاً - تحديثات مقترحة بشأن دليل الأونسيترال التشريعي
٩	رابعاً - الاستنتاجات والخطوات القادمة
١٠	المرفق توصيات تشريعية لم تتحول إلى أحكام تشريعية نموذجية



أولاً - مقدمة

١ - أعدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) نصوصها بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (يُشار إليها أدناه باسم "نصوص مشاريع البنية التحتية") على مرحلتين، وقد بدأت المرحلة الأولى في عام ١٩٩٧، وانتهت في عام ٢٠٠١ بنشر دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص^(١) (يُشار إليه أدناه باسم "الدليل التشريعي"). واكتملت المرحلة الثانية، التي أعقبها مباشرة، في عام ٢٠٠٣ باعتماد اللجنة لأحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص^(٢) (يُشار إليها أدناه باسم "الأحكام التشريعية النموذجية").

٢ - وعندما اعتمدت اللجنة الأحكام التشريعية النموذجية في دورتها السادسة والثلاثين (فيينا، ٣٠ حزيران/يونيه - ١١ تموز/يوليه ٢٠٠٣)، طلبت إلى الأمانة أن تدمج، "في الوقت المناسب" ورهنأ بتوافر الموارد، النصين في منشور واحد، وأن تُبقي، لدى القيام بذلك، على التوصيات التشريعية الواردة في الدليل التشريعي كأساس لصوغ الأحكام التشريعية النموذجية.^(٣)

٣ - وفي عام ٢٠٠٣، بدأت اللجنة أيضاً العمل على تحديث قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات لعام ١٩٩٤. وأتمت اللجنة هذا العمل باعتماد دليل اشتراء القانون النموذجي المنقح في عام ٢٠١٢. ويتضمن القانون النموذجي المنقح طريقة اشتراء جديدة للبنود والخدمات المعقدة ("طلب الاقتراحات المقترن بحوار") استلهمت من أحكام الاختيار الواردة في الدليل التشريعي (لكنها لا تتطابق معها).

٤ - واتفق الفريق العامل الأول (المعني بالاشتراء)، في دورته الحادية والعشرين (نيويورك، ٢٠-١٦ نيسان/أبريل ٢٠١٢)، على ضرورة "مواءمة الأحكام النازمة للجوانب المتعلقة بالاشتراء من صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص مع أحكام القانون النموذجي".^(٤) كما رأى الفريق العامل أنه يمكن للأونسيترال أن تقوم بما يلي:

(أ) دمج صكي الأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في صك واحد؛

(ب) استبانة سائر المواضيع اللازم معالجتها في هذين الصكين (مثل امتيازات الموارد الطبيعية، التي تُمنح في بعض الأحيان لتسديد تكاليف تطوير البنية التحتية أو التعويض عن تلك التكاليف، والرقابة، وتعزيز تدابير تسوية المنازعات على الصعيد المحلي بدلاً من اللجوء، كملاذ أول، إلى الهيئات الدولية لتسوية المنازعات، وتعريف المصلحة العامة لأغراض هذه المعاملات؛

(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع: A.01.V.4.

(٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/58/17)، الفقرات من ١٢ إلى ١٧١ (انظر حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢، الجزء الأول). وقد صدرت الأحكام التشريعية النموذجية ضمن منشورات الأمم المتحدة (رقم المبيع A.04.V.11) (يوجد كلا المنشورين أيضاً على http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts.html).

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

(٤) A/CN.9/745، الفقرة ٣٩.

(ج) توسيع نطاق الصكين بحيث يعالج أشكالاً غير مشمولة حالياً من الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛

(د) إعداد قانون نموذجي في ذلك المجال (مع ملاحظة أن الدليل التشريعي تضمن مناقشات بشأن عدد من المسائل المهمة التي لم تتجسد في التوصيات الواردة فيه أو في أي من الأحكام التشريعية النموذجية).

٥- ونظرت اللجنة في هذه المقترحات في دورتها الخامسة والأربعين (نيويورك، ٢٥ حزيران/يونيه-٦ تموز/يوليه ٢٠١٢)، لكنها لم تؤيدها، وطلبت بدلاً من ذلك من الأمانة أن تعقد حلقة تدارس لمواصلة مناقشة هذه المسائل.^(٥) وبعد أن نظرت اللجنة في نتائج حلقة التدارس لعام ٢٠١٣، في دورتها السادسة والأربعين (فيينا، ٨-٢٦ تموز/يوليه ٢٠١٣)، رأت أنه "سيلازم الاضطلاع بالمزيد من الأعمال التحضيرية في هذا الموضوع بغية تحديد نطاق دقيق لأي ولاية تعطى لفريق عامل لتطوير العمل في هذا الشأن".^(٦)

٦- وواظبت الأمانة على إبلاغ اللجنة سنوياً بالتقدم المحرز في مشاوراتها مع مختلف أصحاب المصلحة. وإدراكاً لعظم أهمية الشراكات بين القطاعين العام والخاص في تطوير البنية التحتية والتنمية، قررت اللجنة، في دورتها الثامنة والأربعين والتاسعة والأربعين في عامي ٢٠١٥ و٢٠١٦، أن تنظر الأمانة في تحديث الدليل التشريعي كلياً أو جزئياً حسب الاقتضاء بمشاركة من الخبراء.^(٧) وأكدت اللجنة، في دورتها الخمسين في عام ٢٠١٧، أنه يتعين على الأمانة (بمساعدة الخبراء) أن تواصل تحديث وتوحيد الدليل التشريعي والتوصيات التشريعية المصاحبة (٢٠٠٠) والأحكام التشريعية النموذجية (٢٠٠٣)،^(٨) وأن تقدم إليها تقريراً في هذا الشأن في دورتها الحادية والخمسين في عام ٢٠١٨.^(٩) ومنذ ذلك الحين نظمت الأمانة حلقة التدارس الدولية الثالثة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص وعقدتها في فيينا، يومي ٢٣ و٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٧.^(١٠)

٧- ويلخص القسم الثاني أدناه الاستنتاجات الأساسية المستخلصة في حلقة التدارس الأخيرة وفي سياق المشاورات التي عقدتها الأمانة في السنوات الخمس الأخيرة. ويورد القسم الثالث من هذه المذكرة مقترحات الأمانة بشأن نطاق وطبيعة التعديلات المقترح إدخالها على الدليل التشريعي وكيفية تنفيذها لكي تنظر فيها اللجنة.

(٥) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/67/17)، الفقرة ١٢٠ (انظر حولية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ٢٠١٢، الجزء الأول).

(٦) المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/68/17)، الفقرات من ٣٢٧ إلى ٣٣١.

(٧) A/70/17، الفقرة ٣٦٢؛ وA/71/17، الفقرات ٣٥٩ و٣٦٠ و٣٦٢.

(٨) يمكن الاطلاع على دليل الأونسيرال التشريعي، مع التوصيات التشريعية، والأحكام التشريعية النموذجية في www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

(٩) A/72/17، الفقرة ٤٤٨.

(١٠) يمكن الاطلاع على الوثائق المقدمة إلى حلقة التدارس وتقرير موجز عن المناقشات التي دارت خلالها على موقع حلقة التدارس الشبكي التالي (باللغة الإنكليزية):

(<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2017.html>).

ثانياً - نتائج المشاورات التي أجرتها الأمانة

٨- بغية تقييم النطاق المحتمل للتحديات الضرورية للدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، عقدت الأمانة مشاورات مع خبراء في مجالات السياسة العامة والإصلاح القانوني والممارسات المتعلقة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص حول نصوص الدليل التشريعي والأحكام التشريعية النموذجية.^(١١) كما أحاط الخبراء علماً بالاستنتاجات التي خلصت إليها حلقتنا تدارس عقدتا في أيار/مايو ٢٠١٣، وآذار/مارس ٢٠١٤ للنظر في نصوص مشاريع البنية التحتية (وأوصت كل منهما بتقيحات بشأنهما)،^(١٢) كما أحاطوا علماً بمداولات اللجنة في هذا الشأن.^(١٣)

٩- وجرت المشاورات، التي بدأت في أيلول/سبتمبر ٢٠١٦، من خلال مراسلات مكتوبة واجتماعات افتراضية واجتماعين حضوريين، عقد أحدهما في واشنطن العاصمة في الفترة من ٥ إلى ٧ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٦ (بالتزامن مع المنتدى العالمي للقانون والعدالة والتنمية، الذي تناول جوانب مختلفة للشراكة بين القطاعين العام والخاص)،^(١٤) وعقد الآخر في فيينا يومي ٦ و٧ آذار/مارس ٢٠١٧.

١٠- وكان الاستنتاج الرئيسي الذي توصل إليه الخبراء هو أن معظم التوصيات الخاصة بنصوص مشاريع البنية التحتية تجسد ممارسات وسياسات جيدة، وأنها مازالت مجدية. ومع ذلك، رأوا ضرورة إدخال تنقيحات محدودة لتحديث تلك النصوص بحيث تراعي تطور الممارسات نظراً لأن الدليل التشريعي الحالي صدر في عام ٢٠٠٠. وأشار الخبراء بدايةً إلى أن تعبير "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" هو المصطلح المستخدم عموماً لوصف الترتيبات التي تتناولها نصوص مشاريع البنية التحتية، وأن من الضروري استخدامه بدلاً من تعبير "مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص". وفضلاً عن ذلك، رأوا أن الإشارة إلى الشراكة بين القطاعين العام والخاص ستتجنب أي التباس مع "مبادرة التمويل من القطاع الخاص" في المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية، كما أنها ستسمح بالمساواة في الأهمية بين تقديم الخدمات من خلال شراكات بين القطاعين العام والخاص وعمليات تطوير البنية التحتية التي تسبق تقديم الخدمات.

(١١) يمكن الاطلاع على دليل الأونسيترال التشريعي (مع التوصيات التشريعية) وأحكامه التشريعية النموذجية في

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

(١٢) تقرير حلقة التدارس الأولى التي نظمتها الأونسيترال بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص (فيينا، ٢-٣

أيار/مايو ٢٠١٣)، A/CN.9/779، الفقرات من ٧٣ إلى ٨٥، متاح على

www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html، أما تقرير الحلقة

الثانية عن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص، A/CN.9/821،

فهو متاح على <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/sessions/47th.html>.

(١٣) انظر A/68/17، الفقرات من ٣٢٩ إلى ٣٣١، والفقرات من ٢٥٥ إلى ٢٦٠.

(١٤) انظر [http://www.globalforumjld.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-](http://www.globalforumjld.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-development)

[development](http://www.globalforumjld.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-development).

١١- ورأوا ثانياً أن أهداف ومتطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد^(١٥) ينبغي أن تتجسد بشكل كامل في نصوص مشاريع البنية التحتية في ضوء عظم حجم التصديق على تلك الاتفاقية.^(١٦) وأوضحوا أن المتطلبات، الواردة في المادتين ٩(١) و٩(٢) بشأن الاشتراء العمومي وإدارة الأموال العمومية على التوالي، هي ضرورة أن تستند النظم إلى مبادئ الشفافية والتنافس والموضوعية في اتخاذ القرارات. وأوصوا بأن تتوسع نصوص مشاريع البنية التحتية في معالجة مسألة الحوكمة الرشيدة على امتداد دورة عمر الشراكات بين القطاعين العام والخاص وبأن تراعي تلك النصوص التطورات الحديثة، مثل النظم التي تشجع على زيادة الشفافية في الشراكات بين القطاعين العام والخاص من خلال التعاقدات المفتوحة والبيانات المفتوحة وكذلك الشفافية في إجراءات الاشتراء.

١٢- واتفق الخبراء أيضاً على أن أي تعليمات سابقة صادرة من اللجنة إلى الأمانة بتوحيد نصوص مشاريع البنية التحتية ينبغي أن تُطبق في إطار عملية التحديث. ولذا، رأوا أن من الضروري أن توفر تلك النصوص، لدى تحديثها، تعليقات وإرشادات تشريعية وتوصيات تشريعية وأحكاماً تشريعية نموذجية، حسب الاقتضاء، في كل جانب من جوانب الشراكة بين القطاعين العام والخاص المشمولة، وأوضحوا أن التوصيات التشريعية ينبغي أن تبلور الأحكام الرئيسية المحددة للنطاق (ويمكن دمجها في القوانين المنظمة للشراكات بين القطاعين العام والخاص على الصعيد الوطني)، لكنهم رأوا كذلك أن التعليق على المسائل الخاصة بالتنفيذ والاستخدام ضروري لضمان أن يعمل الإطار التشريعي وفق المراد، ومن ثم، ينبغي إدراجه (وهو ما يجسد النهج المتبع في النصوص الحالية لمشاريع البنية التحتية). وبناءً عليه، يمكن أن تتخذ نصوص البنية التحتية في صيغتها المحدثة شكل دليل تشريعي موحد يضم كل الإرشادات والتوصيات والأحكام التشريعية النموذجية.

١٣- وأقرت الاعتبارات الواردة أعلاه في جوهرها في حلقة الندارس الدولية الثالثة المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي عُقدت في فيينا في الفترة ٢٣-٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٧.^(١٧)

ثالثاً- تحديثات مقترحة بشأن دليل الأونسيترال التشريعي

١٤- في ضوء الاعتبارات والاستنتاجات الأولية الواردة في الفقرات ٨-١٣، وبعد تقييم التعليقات الواردة والمادة العلمية المجموعة على مدار السنين، تدعو الأمانة للجنة إلى النظر في تعديل الدليل التشريعي على النحو المقترح أدناه.

(أ) دمج التوصيات التشريعية والأحكام التشريعية النموذجية

١٥- تقترح الأمانة دمج الأحكام التشريعية النموذجية والتوصيات التشريعية الواردة في الدليل التشريعي في نص واحد. وفي هذا الإطار، تدعو الأمانة للجنة إلى أن تعيد النظر في القرار الذي سبق أن اتخذته في عام ٢٠٠٣ وأن تبقى فقط على الأحكام التشريعية النموذجية. وترى الأمانة أنه، بعد ١٥ عاماً من اعتماد الأحكام التشريعية النموذجية، باتت القيمة العملية للتوصيات التشريعية،

(١٥) متاح على https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf

(١٦) انظر https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Status-Map/UNCAC_Status_Map_Current.pdf

(١٧) انظر <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2017.html>

باعتبارها أعمالاً تحضيرية، محدودة نسبياً، وأن وجود مجموعتين من المواد الإرشادية المتشابهة في الصيغة ولكن غير متطابقة يبدو مربكاً. ولعل اللجنة تود، بدلاً من ذلك، أن تحتفظ بتلك التوصيات التشريعية الثلاث عشرة الواردة في الجزء الأول من المنشور الحاوي للأحكام التشريعية النموذجية، والتي لم توضع أحكام تشريعية نموذجية مقابلة لها. غير أن الأمانة تراودها شكوك بشأن جدوى الاحتفاظ بتلك التوصيات التشريعية في ضوء عموميتها البالغة وورود محتواها بالفعل في الملحوظات المذكورة في الدليل التشريعي أو في حواشي الأحكام التشريعية النموذجية.

١٦- وتيسيراً لبحث هذه المسألة لدى اللجنة، أرفق بهذه المذكرة جدول مقارن للتوصيات التشريعية الموجودة والأحكام التشريعية النموذجية يلخص مداوات الفريق العامل في دورته الرابعة (فيينا ٢٤-٢٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠١) بخصوص كل منها.

(ب) العنوان والمصطلحات

١٧- تقترح الأمانة تغيير عنوان الدليل التشريعي إلى "دليل الأونسيترال التشريعي بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، واستخدام تعبير "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" بدلاً من تعبير "مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" في النص كله.

١٨- وفي الوقت ذاته، ينبغي تعديل وصف نطاق الدليل وموضوعه، ولاسيما - على سبيل المثال لا الحصر - في المقدمة، ليتناول نطاقاً أوسع من المشاريع الهيكلية كشراكات بين القطاعين العام والخاص. ويعني هذا بصفة خاصة توضيح أن الدليل لا يقتصر على تغطية المعاملات المتعلقة بإنشاء وتشغيل مرافق البنية التحتية تستخدمها الشركة صاحبة المشروع لتقديم خدمة مباشرة للجمهور بموجب امتياز ممنوح من الحكومة، بل يغطي أيضاً عمليات إنشاء وتحديث وتوسيع مرافق يتعهد بها ويشغلها الشريك من القطاع الخاص ("الشريك الخاص")، لكن تستخدمها الهيئة المتعاقدة أو جهة أخرى في أحد أنشطتها الرئيسية. ورأى الخبراء أن الدليل، في صيغته الحالية، لا يبدو أنه يغطي الحالات التي يُطلق عليها "شراكات بين القطاعين العام والخاص غير مقترنة بامتيازات" أو يوليها اهتماماً كافياً.

١٩- وبناء على التغييرات المذكورة في الفقرة السابقة، فإن بعض المصطلحات المستخدمة حالياً في الدليل، ولاسيما "الامتياز" و"صاحب الامتياز"، لن تعبر بطريقة مناسبة عن نطاق التغطية المنقح للدليل. وفيما عدا المواضيع التي يتطلب فيها السياق استخدام المصطلحين السابقين تحديداً، تقترح الأمانة الاستعاضة عنهما بمصطلحين أكثر عمومية هما على التوالي "مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص" و"الشريك الخاص".

(ج) تجسيد المبادئ الأساسية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

٢٠- ظهر الدليل التشريعي قبل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ولم يجسد مبادئها الأساسية، وإن أشار إليها الفصل السابع بإيجاز ("المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"). وفي ضوء أهمية الاتفاقية، واتساع نطاق التصديق عليها،^(١٨) تقترح الأمانة تعديل وتوسيع نطاق المناقشة في القسم المعنون "مبادئ توجيهية عامة بشأن إطار دستوري وتشريعي مؤاتٍ" في الفصل الأول ("الإطار

(١٨) انظر https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Status-Map/UNCAC_Status_Map_Current.pdf

التشريعي والمؤسسي العام" من الدليل، وترى، بوجه خاص، أن النص المنقح ينبغي أن يستفيض في توضيح المتطلبات الواردة في المادتين (٩) و٢(٩) من الاتفاقية التي ترمي إلى تأسيس نظم الاشتراء العمومي وإدارة الأموال العمومية على مبادئ الشفافية والتنافس والموضوعية في اتخاذ القرارات.

(د) توسيع نطاق المشورة بشأن إعداد المشاريع

٢١- تقترح الأمانة توسعة الفصل الثاني ("مخاطر المشاريع والدعم الحكومي") من خلال إضافة مناقشة بشأن الحاجة إلى إجراء تقييم دقيق لمدى قدرة أي مشروع للشراكة بين القطاعين العام والخاص على النجاح، بما يشمل إجراء اختبارات للتحقق من جدواه الاقتصادية وكفاءته (ما يطلق عليه "تحليل القيمة المحققة لقاء المال المنفق"). وتقترح الأمانة أيضاً توسعة القسم دال ("التنسيق الإداري") من الفصل الأول ("الإطار التشريعي والمؤسسي العام") ودججه في الفصل الثاني المنقح، الذي يمكن تغيير عنوانه إلى ("تخطيط المشاريع وإعدادها"). وسوف تراعي الأمانة، وهي تقوم بذلك، وجهة النظر التي أعربت عنها اللجنة في مداولاتها حول الأعمال المقبلة في مجال الاشتراء العمومي أثناء دورتها الخامسة والأربعين (نيويورك، ٢٥ حزيران/يونيه - ٦ تموز/يوليه ٢٠١٢)، وهي أن تخطيط نظم الاشتراء يثير مسائل كثيرة في مجال القانون العام (مثل قوانين ولوائح الموازنة لدى الدول) تخرج عن نطاق الأونسيترال.^(١٩)

(هـ) موازنة الفصل الثالث ("اختيار صاحب الامتياز") مع أحكام قانون الأونسيترال النموذجي

للاشتراء العمومي لعام ٢٠١٢

٢٢- كما أُشير أعلاه، يركز الدليل التشريعي على مشاريع البنية التحتية المتعلقة بإنشاء أو توسعة مرافق يديرها صاحب الامتياز لاحقاً وتخدم الجمهور أو تساعد على توفير السلع والخدمات له. وكان القصد من النموذج الأساسي للمشاريع التي يتناولها الدليل التشريعي هو ضمان استرداد التكلفة بشكل أساسي من عائدات المرفق. ولم يعتبر الدليل المدفوعات المباشرة من الحكومة إلاّ تكملةً لما سيدفعه مستعملو المرفق أو زبائنه أو (في حالات استثنائية) بديلاً عن مدفوعاتهم. وكانت وجهة النظر السائدة داخل اللجنة آنذاك هي أن اختيار صاحب الامتياز لمثل هذه المشاريع ليس عملية "اشتراء عمومي" من الناحية الفنية، لأن الحكومة لن تدفع مالياً لقاء السلع أو الخدمات المقدمة، لكنه نوع من القرارات الإدارية لإنشاء مشاريع لا ينطبق عليها قانون الاشتراء. وبناءً عليه، لم يكن من الممكن للدليل التشريعي أن يحيل القارئ بوضوح إلى طرائق الاشتراء المنصوص عليها في قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات بصيغته المعمول بها آنذاك. واعتُبرت هذه الطرائق غير مناسبة من جوانب عديدة لاختيار صاحب الامتياز، ولذا أصبح من اللازم وضع إجراءات محددة لاختياره تُدرج في الدليل التشريعي.

٢٣- وبناءً عليه، لم يتناول الدليل التشريعي أشكالاً أخرى من الشراكات بين القطاعين العام والخاص تنطوي على مدفوعات حكومية (مثل السداد المؤجل لتكاليف المرافق التي يقيمها ويديرها القطاع الخاص ولكن تشغيلها هيئات من القطاع العام) حتى لو كان وجودها معروفاً في ذلك

(١٩) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/67/17)، الفقرة ١٠٩ (انظر حويلة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ٢٠١٢، الجزء الأول).

الوقت. وافترض الفريق العامل واللجنة أن قوانين المشتريات الحكومية والعقود الحكومية العامة ستغطي تلك الشراكات على نحو كافٍ.

٢٤- وخلافاً لصيغة عام ١٩٩٤، يقدم قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي في صيغته الأحدث طائفة أوسع من طرائق الاشتراء، منها بوجه خاص طريقة الاشتراء المنصوص عليها في المادة ٤٩ ("طلب الاقتراحات المقترن بجوار") التي صيغت على أساس إجراءات الاختيار الموصى بها في الفصل الثالث ("اختيار صاحب الامتياز") من الدليل التشريعي.

٢٥- وتتطلب الموامة بين النصين عدداً من التعديلات الشكلية الخالصة، مثل تضمين أكبر عدد ممكن من الإحالات المرجعية لقانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي ودليل الاشتراء الخاص به، أو إزالة أي ازدواج غير ضروري بين مادة الدليل التشريعي والنصوص المتعلقة بالاشتراء. لكن الأهم من هذا وذاك أن الموامة بين النصين تتطلب من اللجنة اتخاذ عدد من القرارات الجوهرية.

٢٦- والسؤال الأول هو تحديد ما إذا كانت طريقة الاختيار الموصى بها لا تزال مناسبة بوجه عام لأنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص المشمولة أصلاً بالدليل التشريعي (وهي في المقام الأول "الشراكات بين القطاعين العام والخاص المقترنة بامتيازات"). وإذا ما رأت اللجنة الآن أن هذه الطريقة لا تفي بالمراد، فعليها أن تقرر ما إذا كان يكفي الاستعاضة عنها بإحالات إلى الطرائق المنصوص عليها في قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي (لا سيما طلب الاقتراحات المقترن بجوار) أو ما إذا كان الأمر يستلزم استحداث طريقة جديدة كلية.

٢٧- أما فيما يتعلق بأنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص غير المشمولة أصلاً بالدليل التشريعي (أي "الشراكات بين القطاعين العام والخاص غير المقترنة بامتيازات") والتي لم توضع لأجلها الطريقة الواردة في الفصل الثالث منه، فينبغي للجنة بالمثل النظر في عدد من الخيارات، فبوسعها مثلاً أن تقوم بما يلي: (أ) تكييف الطريقة الواردة في الفصل الثالث على النحو المناسب؛ أو (ب) تكييف الطريقة الواردة في المادة ٤٩ من قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي على النحو المناسب؛ أو (ج) التوصية باستخدام تلك الطريقة (أو أي طريقة أخرى وردت بالقانون النموذجي) بشكلها الراهن.

٢٨- وفيما يتعلق بأنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص المشار إليها في الفقرة ٢٦ أعلاه، ترى الأمانة، بناء على تقييمها المبدئي، أن الطريقة الواردة في الفصل الثالث من الدليل التشريعي لا تزال صالحة، لكنها تحتاج إلى بعض التبسيط تجنباً للازدواج غير الضروري مع قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي. أما فيما يتعلق بأنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص المشار إليها في الفقرة ٢٧ أعلاه، فيبدو للأمانة، كقاعدة عامة، أن المادة ٤٩ من قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي ("طلب الاقتراحات المقترن بجوار") تبدو مناسبة بوجه عام، وإن كان من الممكن توفير قسط من المرونة للجهات المتعاقدة لتختار طريقة أخرى من الطرائق المنصوص عليها في القانون النموذجي.

٢٩- وأخيراً، تقترح الأمانة تعديل القسم هاء ("الاقتراحات غير المتمسة") من الفصل الثالث لتأكيد الطابع الاستثنائي للإجراء المنصوص عليه والحاجة إلى ضمان الشفافية والمنافسة في إجراءات الإرساء.

رابعاً - الاستنتاجات والخطوات القادمة

٣٠ - ستتضمن الإضافات إلى هذه المذكرة مشاريع منقحة للمقدمة والفصول الأول والثاني والثالث من الدليل التشريعي تجسد التغييرات المقترحة في الفقرات ١٥-٢٩ أعلاه من أجل أن تستعرضها اللجنة وتنظر فيها.

٣١ - وستحدد النصوص المنقحة في هذه الإضافات أجزاء الدليل التشريعي التي تقترح الأمانة تنقيحها بشكل جوهري والأجزاء التي تقترح الاحتفاظ بها بشكل أساسي بصيغتها الحالية مع إجراء التعديلات اللازمة بهدف (أ) توفيق النص مع المصطلحات الجديدة المشار إليها في الفقرات ١٧-١٩ أعلاه؛ و(ب) حذف أو تحديث، حسب الاقتضاء، الشروح التي تقدمت أو التي تربط، على نحو آخر، الإرشادات الواردة في الدليل التشريعي بالسياق التاريخي، الذي صيغت فيه أصلاً، دون أي ضرورة.

٣٢ - وفيما يتعلق بالفصول الباقية، ترى الأمانة أن معظم التعليقات الواردة خلال السنوات الماضية تتعلق بخيارات لتوزيع المخاطر أو لوضع تدابير انتصاف خاصة بالعقود أو تتصل باختيار طرائق لتسوية المنازعات، بما لا يؤثر على السياسات العامة المعرب عنها في الأحكام التشريعية النموذجية. وينطبق الشيء ذاته على معظم التعليقات التي قدمت في حلقة الندارس الثالثة^(٢٠) وفي بعض الحالات، قد يكون من المفيد بالفعل تعديل الإرشادات الواردة في الدليل لاستيعاب بعض هذه الخيارات الإضافية. ومع هذا، فإن الأمانة، بوجه عام، لن تدعو إلى إجراء أي تعديلات بخلاف ما هو ضروري تماماً. ومرجع هذا النهج المحافظ هو أن الدليل التشريعي يخاطب المشرعين وليس صائغي العقود. والإرشادات التي يوردها بشأن الأمور التعاقدية هي غالباً ذات طبيعة تمكينية وتهدف إلى تذكير المشرعين بالحاجة إلى الحفاظ على المرونة التي تحتاجها الجهات المتعاقدة لتجد حلولاً تعاقدية مناسبة. وتحقيقاً لهذه الغاية، ينبغي للدليل التشريعي أن يوفر المعلومات المناسبة والكافية لا أن يستوفي مناقشة كل جوانب الممارسات التعاقدية.

٣٣ - وستطلب الأمانة من اللجنة أن تحدد ما إذا كانت تقر بوجه عام النهج المقترح لتحديث الدليل التشريعي، وأن تستعرض أيضاً الفصول المنقحة الواردة في الإضافات الخاصة بهذه المذكرة وتنقحها حسبما تراه مناسباً وتقرها من حيث المبدأ. كما ستطلب منها، في نهاية الأمر، أن تكلفها بالاستمرار في إدخال التعديلات الفنية والمصطلحية في بقية الدليل بمساعدة خبراء خارجيين، حسب الاقتضاء، بهدف نشر الصيغة المنقحة الموحدة في وقت لاحق من هذا العام.

(٢٠) تقرير حلقة الندارس متاح (باللغة الإنكليزية فقط) على

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2017.html>

المرفق

توصيات تشريعية لم تتحول إلى أحكام تشريعية نموذجية

التوصيات التشريعية الخاصة بالفصل الأول، "الإطار التشريعي والمؤسسي العام"	
التوصية ٢ (تحديد السلطات العمومية المختصة) التوصية ٣ (أنواع المشاريع المرشحة) التوصية ٤ (قطاعات البنية التحتية المرشحة) التوصية ٥ (النطاق الجغرافي للامتيازات؛ الحصرية)	اعتبر الفريق العامل أن التوصيات من ٢ إلى ٥، المتعلقة بنطاق سلطة منح الامتيازات، تمثل مجموعة متكاملة. وأشار بوجه عام إلى أنها كلها تسعى إلى توفير الوضوح التشريعي المنشود بشأن تحديد السلطات المخولة صلاحية إبرام اتفاقات الامتيازات وبيان نطاق تلك الصلاحيات على السواء. وعليه، حظي بالتأييد رأي يدعو إلى تجسيد ومعالجة جميع الجوانب، التي تناولها التوصيات ٢ إلى ٥ في حكم تشريعي نموذجي واحد (A/CN.9/505، الفقرات ٩٣-٩٦).
التوصية ٦ (تنسيق إصدار الرخص والإجازات)	رأى الفريق العامل أن هذه المسألة لا تصلح معالجتها بالضرورة في تشريع، حيث أشار إلى أن بلداناً عديدة تعتبر هذا التنسيق مسألة متعلقة بالممارسات الإدارية (انظر A/CN.9/505، الفقرة ٩٨). ويشير الحكم النموذجي ٣ إلى هذه المسألة في الحاشية ٤.
التوصية ٧ (الفصل بين صلاحية وضع الضوابط التنظيمية لخدمات البنية التحتية وتقديم تلك الخدمات) التوصية ٨ (الاستقلال الوظيفي والذاتي للهيئات الرقابية التنظيمية) التوصية ٩ (شفافية القرارات والعمليات التنظيمية) التوصية ١٠ (إعادة النظر في القرارات الرقابية التنظيمية أمام جهة محايدة) التوصية ١١ (تسوية المنازعات بين مقدمي الخدمات العمومية)	رُئي بوجه عام أن التوصيات، التي تناولت السلطات الرقابية التنظيمية لمشاريع البنية التحتية وطبيعة تلك السلطات ووظائفها، غير مناسبة لأن تتحول إلى أحكام تشريعية، ولذا ينبغي أن تبقى خارج نطاق الأحكام التشريعية النموذجية (انظر A/CN.9/505، الفقرة ١٠٢).
التوصيات التشريعية الخاصة بالفصل الثاني "مخاطر المشاريع والدعم الحكومي"	
التوصية ١٢ (حرية الجهة المتعاقدة في توزيع مخاطر المشروع حسب الاقتضاء)	اتفق الفريق العامل على أن لهذه التوصية صفة تنقيفية أكثر منها إلزامية، ولذا رأى أنها غير مناسبة لحكم تشريعي نموذجي (انظر A/CN.9/505، الفقرة ١٠٤).

الدعم الحكومي (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشاريع والدعم الحكومي" الفقرات ٣٠-٦٠ من الدليل)	
<p>أشار الفريق العامل إلى تعقد هذه المسائل والخيارات السياسية المتنوعة المذكورة في الدليل، واتفق بشكل مؤقت على أن يطلب إعداد نص يوضع بين معقوفتين (انظر A/CN.9/505، الفقرات ١٠٦-١٠٨). غير أن الفريق العامل احتفظ في نهاية المطاف بمضمون التوصية في حاشية على الحكم النموذجي ٣ (انظر A/CN.9/521، الفقرات ٣٧-٣٨).</p>	<p>التوصية ١٣ (تحديد السلطات العمومية التي يجوز لها تقديم دعم مالي أو اقتصادي إلى مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص)</p>
<p>أعمال التشييد (انظر الفصل الرابع "تشييد البنية التحتية وتشغيلها: الإطار التشريعي واتفاق المشروع"، الفقرات ٦٩-٧٩ من الدليل)</p>	
<p>كان من رأي الفريق العامل أن هذه التوصيات تعالج مسائل ذات طبيعة تعاقدية في جوهرها وأنه من غير المستصوب أن يتناولها حكم تشريعي نموذجي. ورغم ذلك أُدرج الموضوع في قائمة المسائل التي ينبغي تناولها في اتفاقات المشاريع وفقاً للحكم التشريعي النموذجي ٢٨ (انظر A/CN.9/505، الفقرات ١٣٨ و ١٤٢ و ١٤٦ و ١٤٨).</p>	<p>التوصية ٥٢ (استعراض خطط التشييد وإقرار الأعمال الإنشائية)</p> <p>التوصية ٥٤ (الإبلاغ والمراقبة)</p> <p>التوصية ٥٦ (اعتماد عقود الباطن الكبرى)</p> <p>التوصية ٥٧ (اختيار صاحب الامتياز للقانون الواجب تطبيقه في تنظيم علاقاته التعاقدية)</p> <p>التوصية ٥٨ (د)- (هـ) (القوة القاهرة وسبل الانتصاف عند حدوث تقصير)</p>