



1995/03/03

Distr.
GENERAL

A/CN.9/414
3 March 1995
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثامنة والعشرون
فيينا ، ٢ - ٢٦ أيار/مايو ١٩٩٥

العمل المحتمل مستقبلا

مشاريع البناء والتشغيل والنقل

مذكرة من الأمانة

المحتويات

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٢	٢ - ١ مقدمة
٢	١٠ - ٣ أولا - مفهوم البناء والتشغيل والنقل
٥	١٣ - ١١ ثانيا - المشاكل القانونية التي يطرحها تنفيذ مشاريع البناء والتشغيل والنقل
٦	٢٣ - ١٤ ألف - النقائص التي تعتور الأطار القانوني
٨	٣٥ - ٢٤ باء - الجوانب المتعلقة بالاشتراء
١٢	٤٦ - ٣٦ جيم - التعقيد في عملية التعاقد
١٦	٥١ - ٤٧ ثالثا - الاستنتاجات

مقدمة

١ - أثناء مؤتمر القانون التجاري الدولي المنعقد في أيار/مايو ١٩٩٢ بنيويورك في سياق الدورة الخامسة والعشرين للجنة ، اقترح أن تنظر اللجنة في امكانية الاضطلاع بأعمال ذات صلة بمفهوم تمويل مشاريع "البناء والتشغيل والنقل" (ويشار إليها فيما يلي بالمختصر "بوت" (BOT)) . وفي وقت لاحق ، عرضت على اللجنة في دورتها السادسة والعشرين ، مذكرة بشأن العمل المحتمل مستقبلا (A/CN.9/378) أبلغت فيه الأمانة اللجنة أنها ترصد ما تقوم به منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) من أعمال بخصوص اعداد "مبادئ توجيهية لصوغ مشاريع البناء والتشغيل والنقل والتفاوض بشأنها والتعاقد عليها" . وفي الدورة السابعة والعشرين للجنة ، قدمت الأمانة الى اللجنة مذكرة تطلعها فيها على التقدم المحرز في أعمال اليونيدو بشأن المبادئ التوجيهية (A/CN.9/399) ، وتقترح مجالات قد ترى اللجنة أن تعمل فيها مستقبلا . وأكدت اللجنة على صلاحية "بوت" وطلبت الى الأمانة أن تقدم إليها ، في دورتها الثامنة والعشرين ، مذكرة حول العمل المحتمل مستقبلا بخصوص مشاريع "بوت" .

٢ - وقد قطعت اليونيدو شوطا بعيدا في اعداد المبادئ التوجيهية . ويتوقع أن تصدر النص النهائي للمبادئ التوجيهية في نيسان/أبريل ١٩٩٥ . وتابعت أمانة الاونسيترال عن كسب الاعمال المنجزة بخصوص "بوت" ، ولا سيما تلك الجوانب المتعلقة بالاعمال التي يمكن أن تقوم بها اللجنة مستقبلا . وترمي المبادئ التوجيهية الى توضيح الاهتمامات الرئيسية المتعلقة بالسياسة العامة والتي ينبغي أن تتناولها الدول لدى اتخاذ قرار بشأن ما اذا كانت ستنفذ مشاريع "بوت" وكيف تنفذها . وهي تستهل بفصل يقدم مفهوم "بوت" ويتناول بالمناقشة مختلف الاعتبارات التي ينبغي أن تراعيها الحكومة قبل أن تتخذ قرارا بشأن تنفيذ مشروع في اطار ذلك المفهوم ؛ وتتناول الفصول التالية القضايا الرئيسية المطروحة فيما يتعلق بمشاريع "بوت" ، مثل دور الحكومة ، والتحليل المالي ، والتشغيل ، والصيانة ، ونقل الملكية . وبالنظر الى أن المبادئ التوجيهية تتناول موضوع "البوت" بصفة اجمالية ، فانها لا تتناول بالتفصيل القضايا التي تناقشها هذه المذكرة (أنظر كذلك الفقرة ٥١ أدناه) .

أولا - مفهوم البناء والتشغيل والنقل

٣ - ان مفهوم البناء والتشغيل والنقل ، في أبسط أشكاله الاساسية ، هو شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما - لفترة من الزمن - أحد الاتحادات المالية الخاصة (ويشار اليه فيما يلي بعبارة "شركة المشروع") امتيازا لصوغ مشروع معين ؛ وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وادارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا . وفي نهاية مدة الامتياز ، تنقل ملكية المشروع الى الحكومة . وبالرغم من

أن التعبير الشامل المستعمل للإشارة إلى هذا النوع من المشاريع هو "البناء والتشغيل والنقل" فإن التعابير الأخرى المستخدمة لوصف هذا الشكل من أشكال تمويل المشاريع تشمل "البناء والامتلاك والتشغيل والنقل" و"البناء والامتلاك والإجارة والنقل" و"البناء والاستئجار والنقل". وبالرغم من أن هذه التعابير المختلفة تشير إلى ما هناك من تنوع في هيكله بعض المشاريع، فإنها تتضمن جميعها العناصر الأساسية لمخطط تمنح بموجبه الحكومة امتيازات بخصوص مشاريع يزمع تنفيذها وتشغيلها عن طريق تمويل من القطاع الخاص.

٤ - وبموجب هذا الترتيب، لا تضمن حكومة البلد المضيف، بصفة عامة، تسديد أية قروض تعقد لتنفيذ المشروع، وإنما يتوقف أمر هذه القروض على العائدات التي يدرها المشروع. وعلى خلاف النظام التقليدي لتمويل المشاريع حيث يضمن صاحب المشروع (الحكومة) تسديد الأموال المقترضة. فإن شركة المشروع في حالة مشاريع "بوت"، هي التي تتخذ ترتيبات لتقديم ضمانات إلى مقرضي المشروع تكفل تسديد الأموال المقترضة. وتمنح القروض على أساس التدفق النقدي المرتقب من المشروع. وتجنّب الحكومة المضيئة من هذا الترتيب عددا من الفوائد يذكر منها ما يلي: بالنظر إلى أن التمويل المباشر من الميزانية العامة ليس مطلوبا، فإن ضغط الاقتراض العام سيخف عن كاهل الحكومة. كما أن التمويل من القطاع الخاص يتيح بصفة عامة تحويل المخاطر المالية والصناعية وغيرها إلى القطاع الخاص. وعلاوة على ذلك، فنظرا لأن شركة المشروع هي التي تضطلع ببناء المشروع وتتولى تشغيله أثناء فترة الامتياز، فإن الحكومة تستفيد من الدراية الفنية المتوافرة للقطاع الخاص في تشغيل هذا النوع من المشاريع وإدارته.

٥ - وقد جرى التقليد بأن تنص العقود الخاصة ببناء الهياكل الأساسية أو بغير ذلك من الأشغال على أن يتسلم المالك المرفق بعد الانتهاء من بنائه وفقا لعقد الانشاء. والمالك هو الذي يتخذ ترتيبات التمويل ويدفع أتعاب المقاولين إما بأموال متأتية من قرض أو من موارده الخاصة. وفي هذا النوع من العقود، يتمثل الواجب الأساسي للمقاول في بناء وتجهيز المرفق المتعاقد بشأنه، في حين تظل الملاحية الاقتصادية للمشروع وأرباحيته من شأن المالك. أما في مشاريع "بوت"، فلا يتعين على شركة المشروع أن تنظم التمويل فحسب، بل يجب عليها كذلك أن تكفل أن يكون المشروع مربحا. وعلى ذلك فإن لشركة المشروع مصلحة في جدوى المرفق وتصميمه، وفي ضمان توافر الشروط القانونية والتجارية اللازمة لبناء المرفق وتشغيله بطريقة مربحة، وفي بقاء هذه الشروط أساسا على حالها خلال فترة الامتياز.

٦ - وهناك عاملان يمكن أن يؤديا إلى مفاوضات تطول وكثيرا ما تتعقد، وهما التمويل والترتيبات التعاقدية. ففيما يتعلق بالتمويل، تنشأ المشاكل الرئيسية من أنه نظرا لأن شركة المشروع والمقرضين هما المطالبان - بسبب الافتقار إلى ضمانات سياسية، بايجاد الوسائل التي تمكنهم من تغطية المخاطر المصاحبة، بما في ذلك عن

طريق التأمين وغير ذلك من أشكال الضمانات المختلفة . وعلى ذلك فان مخططات توزيع المخاطر في مشاريع "بوت" قد تكون على قدر غير ضئيل من التعقيد .

٧ - وفي مجال التعاقد ، تنشأ بعض المشاكل نتيجة لان مشروع "بوت" ينطوي عادة على عدد أكبر من الأطراف المتعاقدة فيما بينها . فبالإضافة الى الحكومة المضيفة وشركة المشروع ، توجد في العادة أطراف أخرى يذكر منها المقرضون وشركة البناء وموردو المعدات ومستثمرو رأس المال المستقلون والجهات التي تشتري منتجات المشروع أو المستخدمون النهائيون لتلك المنتجات . وفي معظم الاحوال ، تكون شركة المشروع ، هي ذاتها اتحادا يتألف من شركات للبناء موردي معدات هندسية وغير ذلك من المستثمرين الخاصين والجهة التي تشغل المشروع . وقد تكون هناك أيضا مشاركة في المشروع عن طريق المساهمات في رأس المال من طرف مؤسسات استثمار ووكالات انمائية متعددة الأطراف .

٨ - وبسبب مختلف الجوانب المستحدثة اللازمة للنجاح في تنفيذ مشاريع "بوت" ، يعتبر الدعم من جانب الحكومة المضيفة عنصرا مهما . فالحكومة المضيفة لا يقتصر دورها على الاذن بتنفيذ المشروع وانما ستكون هي مالكة المرفق في نهاية المطاف . ويتعين على الحكومة أن تشرف على تنفيذ اتفاق الامتياز ويمكن أن تكون ، في بعض الحالات ، مشاركة في بعض الديون أو مساهمة في رأس المال . وضمانا لمشاركة القطاع الخاص على الأجل الطويل ، يتعين على الحكومة أن تكفل وجود قاعدة سياسية مستقرة وتتهيء مناخا قانونيا مؤاتيا لقيام القطاع الخاص باستثمارات على المدى الطويل . وتتراوح التدابير اللازمة لذلك بين احداث اطار قانوني للاستثمارات الخاصة وانشاء الاجهزة الادارية اللازمة من أجل اصدار الموافقات والاذون أو التراخيص المطلوبة في الوقت المناسب مع توخي العدالة والموضوعية .

٩ - وبفضل عدد من العوامل ، ومنها الفوائد المذكورة أعلاه (الفقرة ٤) طرأت في كثير من الدول زيادة محسوسة على عدد مشاريع "بوت" التي يجري تنفيذها . والعامل الرئيسي الذي أدى الى الاهتمام بمشاريع "بوت" هو امكانية تعبئة موارد القطاع الخاص لأغراض تنمية الهياكل الأساسية دون اللجوء بالضرورة الى الدين العام . ويصدق ذلك بصفة خاصة في وقت يشهد في جميع أرجاء العالم زيادة في حوصة قطاعات مختلفة كانت من قبل وقفا على القطاع العام ، فضلا عن انخفاض في توافر أموال القطاع العام لأغراض تنمية الهياكل الأساسية . وتشمل الفوائد الأخرى زيادة مشاركة القطاع الخاص في ادارة الهياكل الأساسية العامة ، وتزايد احتمالات الاستثمار الاجنبي المباشر ، والفرص المتاحة للحكومات لاستخدام مرافق "بوت" ك معايير تستعين بها في قياس أداء مشاريع معاملة في القطاع العام .

١٠ - وكان عدد كبير من مشاريع "بوت" التي نفذت حتى الآن مشاريع ضخمة تتعلق بالهياكل الأساسية ، ولا سيما في مجالات توليد القدرة والنقل (الطرق الرئيسية

والجسور والسكك الحديدية) . غير أنه كلما اتسع نطاق الوعي بالامكانيات التي تنطوي عليها مشاريع "بوت" ، زاد عدد المشاريع الصغيرة والمتوسطة الحجم - مثل مخططات معالجة المياه وبناء الفنادق والمرافق الطبية ، التي تقترح للتنفيذ وفقا لترتيبات "بوت" .

ثانيا - المشاكل القانونية التي يطرحها تنفيذ مشاريع البناء والتشغيل والنقل

١١ - بالرغم من المزايا المذكورة أعلاه والامكانيات المتاحة لمشاريع "بوت" ، توجد عراقيل قانونية وعملية مختلفة قد تجعل من الصعب تنفيذ مشاريع من هذا القبيل . وقد تنشأ العقبات القانونية بسبب عدم وجود اطار قانوني وتنظيمي ملائم يجتذب مشاركة القطاع الخاص على المدى الطويل في هذه المشاريع . ونظرا لأن المستثمرين والممولين من القطاع الخاص هم الذين يتحملون الجانب الأكبر من المجازفات المقترنة بأداء المشروع ، فانهم يولون اهتماما شديدا لتوافر بنية قانونية تتيح لهم الحصول على عائدات مناسبة من استثماراتهم وتكفل انفاذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بين مختلف الاطراف .

١٢ - وقد تنشأ عراقيل اضافية في مجال الاشتراء على سبيل المثال . فبخلاف الممارسة المعتادة في عمليات الاشتراء المتعلقة بالمشاريع التقليدية حيث تلتزم الحكومة العطاءات على أساس مشروع واضح المعالم ضمن مواصفات محددة مسبقا ، فان طلب العطاءات في مشاريع "بوت" قد يكون سابقا على جميع أعمال التصميم . وبقدر ما يكون هناك افتقار الى مبادئ توجيهية واضحة يمكن الاستناد اليها في تقييم العطاءات او الاقتراحات التي يروج اشتغالها على حلول متباينة لمجموعة من المشاكل ، تكون عملية المزايدة طويلة وبالتالي مكلفة ، ويمكن أن تنال من سلامة عملية الاشتراء . ويتعين أيضا على الحكومة أن تحدد بوضوح كيفية التعامل مع الاقتراحات التلقائية غير الملتزمة بالنظر الى أن القطاع الخاص يشجع في حالات كثيرة على اتخاذ المبادرة في استبانة المشاريع .

١٣ - ومن العراقيل الأخرى التي قد تقف في وجه تنفيذ مشاريع "بوت" الخبرة المحدودة ، ولا سيما من جانب الحكومة ، في التفاوض في وقت واحد مع أطراف متعددة ، يرتبط كثير منهم بعقود فيما بينهم . وبالرغم من أن معظم العقود المبرمة لتنفيذ مشاريع "بوت" قد لا تطرح في حد ذاتها قضايا مستحدثة ، فان سياق "بوت" يشير بعض المشاكل من حيث أن مختلف العقود يجب أن تندرج على النحو المناسب في اطار مجموعة مركبة من العقود .

الف - النقائص التي تعتور الاطار القانوني

١٤ - وفقا لما سبقت الاشارة اليه (الفقرة ١٠) استخدم مفهوم "بوت" حتى الآن في المقام الاول لتنفيذ مشاريع كبيرة تتعلق بالهياكل الاساسية وتنطوي على انفاق مبالغ مالية ضخمة من طرف المستثمرين في القطاع الخاص . وبصفة عامة يحصل الجانب الاكبر من الاموال المستخدمة في تنفيذ مثل هذه المشاريع ، من الاقتراض من المصارف التجارية وغيرها من المؤسسات المالية . غير أن تسديد الاموال المقترضة وحصول المستثمرين المساهمين على عائدات من رؤوس أموالهم يمتد على فترة طويلة من الزمن . وعلى ذلك فان مقرضي المشروع والمستثمرين المساهمين في رأس المال سوف يتوقعون من الحكومة المضيفة أن تبين بوضوح نيتها في تشجيع الاستثمارات الخاصة على الاجل الطويل وفي حماية هذه الاستثمارات من المصادرة أو التأميم دون تعويضات مناسبة .

١٥ - ومن الوسائل التي يمكن أن تتبعها الحكومات المضيفة في ابداء هذه النية توفير اطار قانوني سليم يشجع الاستثمارات الخاصة ويكفل الحصول على عائدات من الاستثمار . وستتخذ معظم هذه التدابير شكل تشريعات تنظم الاستثمارات وغيرها من الشؤون التجارية بصفة عامة ولا تستهدف بالضرورة مشاريع "بوت" على وجه التحديد . ووجود تشريعات عامة من هذا القبيل لا يقتصر أثره على بعث الثقة في نفوس مستثمري القطاع الخاص الراغبين في المشاركة في مشاريع "بوت" ، بل يسهل أيضا عملية التفاوض بشأن مشاريع محددة . ذلك أن الاطراف في عقد من عقود "بوت" سوف يصرون عادة ، في حالة عدم توافر مثل هذه التشريعات ، على التفاوض بشأن بعض المسائل والضمانات التي تشملها التشريعات في غير ذلك من الحالات ، وعلى النص على هذه المسائل والضمانات في مختلف العقود ، مما سيزيد عملية التفاوض تعقيدا .

١٦ - وتندرج مثل هذه التشريعات العامة التي تتعلق ، بدرجة أو بأخرى ، بمشاريع "بوت" ضمن فئتين : تشمل أولاهما في المقام الاول التشريعات الموجهة نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة . وسوف تتضمن أحكام هذه التشريعات - التي ستحظى باهتمام خاص من قبل الجهات التي ترعى مشاريع "بوت" أو تقدم لها القروض - أحكاما تتعلق بالملكية الخاصة للأرض وغيرها من الأصول ، وباسترجاع الارباح ، وبقابلية العملة الأجنبية للتحويل . وتشمل الفئة الثانية التشريعات التجارية العامة السارية في البلد المضيف ، ولا سيما التشريعات الخاصة بتأسيس أو اقامة منشآت تجارية ، والتشريعات المتعلقة بالترتيبات الخاصة بالسندات . كما تشمل اطارا متحررا ينظم العقود التجارية ، واجراءات لتسوية النزاعات . ووجود مثل هذه التشريعات من شأنه أن يزود المشاركين في مشروع "بوت" بأساس قانوني متين للقيام باستثماراتهم ومن ثم يسهم في التقليل من المخاطر المقترنة بالاستثمار ويخفض بالتالي تكاليف المشروع .

١٧ - وتوجد في بعض المجالات القانونية التي ورد ذكرها نصوص قانونية منسقة يحسن بالدول أن تنظر في اعتمادها ، بما في ذلك نصوص أعدتها اللجنة ويذكر منها اتفاقية

الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية ، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن اشتراء السلع والأنشاءات والخدمات .

١٨ - وعلاوة على الحاجة الى هذه التشريعات العامة هناك ، في عدد كبير من الحالات ، حاجة الى احداث تشريعات من أجل تنفيذ بعض جوانب مشاريع "بوت" . والتشريعات الموجهة تحديدا نحو تنفيذ مشاريع "بوت" لا توفر فحسب اشارات واضحة الى المستثمرين المحتملين بخصوص اهتمام الحكومة بتنفيذ هذه المشاريع ، ولكنها أيضا تتيح وتيسر مشاركة القطاع الخاص في مشاريع القطاع العام . وعلى سبيل المثال ، جرى العرف في معظم الدول بتمويل الهياكل الأساسية العامة وتسييرها من طرف مؤسسات للقطاع العام تعمل عادة كمؤسسات احتكارية . وقد تكون هناك حاجة في معظم هذه الحالات الى توفير أساس تشريعي لمشاركة القطاع الخاص ولا سيما بشأن الحق في فرض رسوم على الجمهور مقابل استخدام المرفق العزمع انشاؤه أو مقابل منتجات هذا المرفق . وقد تكون هناك حاجة ، في بعض الدول ، الى وضع اطار تنظيمي خاص بهذه الامتيازات .

١٩ - وتباين النهج التشريعية فيما بين الدول التي سنت تشريعات خاصة بمشاريع "بوت" . ففي بعض الدول ، لا تنظم التشريعات الخاصة بمشاريع "بوت" سوى تنفيذ هذه المشاريع في قطاع معين ، مثل توليد القدرة . ويتضمن هذا النوع من التشريعات عادة أحكاما بخصوص ما يلي : جوانب القطاع المشمول بالتشريع التي يمكن تنفيذها في اطار "بوت" ؛ ومدى مشاركة الحكومة ، بما في ذلك ما يجوز أن تمنحه الحكومة لشركة المشروع (مثلا الحقوق الخاصة بالأرض) ؛ واصدار الموافقات ؛ والاذن باسترجاع الأرباح ، مع امكانية تضمينها حسابات دقيقة للأسعار والرسوم التي يمكن أن تجبها شركة المشروع عن بيع المنتج النهائي للمشروع . كما تتضمن هذه التشريعات في بعض الأحيان أحكاما خاصة تتعلق بكيفية القيام بعمليات الاشتراء التي تنفذ من أجل المشاريع .

٢٠ - واعتمدت دول أخرى تشريعات ترمي الى تنظيم مشاريع "بوت" بصفة عامة . وهذه التشريعات لا تتضمن عادة نفس القدر من التفاصيل التي تتضمنها التشريعات التي تستهدف قطاعا محددًا كما أنها تختلف من دولة الى أخرى . ومن جهة أخرى ، يتبع نهجان رئيسيان ازاء هذه التشريعات يتمثل أولهما في اقتصار التشريعات على اقرار بارمترات عامة يمكن أن تتفاوض الأجهزة الحكومية في اطارها حول عقود "بوت" . ومن مزايا هذا النهج اتاحة المرونة في التفاوض بشأن العقود بطريقة تناسب الظروف الخاصة لكل مشروع . وتشمل أحكام هذه التشريعات عادة وعلى سبيل المثال : الترخيص بمنح الامتيازات للقطاع الخاص في مشاريع "بوت" ؛ وبيانًا بتلك القطاعات التي يمكن فيها تنفيذ مشاريع "بوت" ؛ وأحكاما عامة بشأن طريقة الحصول على التمويل وبشأن الحوافز التي يمكن تقديمها الى الكيانات التي ترغب في تنفيذ مشاريع "بوت" ، بما في ذلك مختلف أشكال تخفيف عبء الضريبة . كما تتضمن هذه التشريعات أحيانا ، أحكاما بشأن الاشتراء بما في ذلك ما يتعلق بأساليب التماس العطاءات أو العروض وتقييمها .

٢١ - ويتمثل النهج التشريعي الآخر ازاء تنظيم مشاريع "بوت" بصفة عامة في اقرار احكام شاملة نسبيا بشأن كيفية تنفيذ مشاريع "بوت" ، بحيث لا يتفاوض الاطراف الا على الاحكام والشروط الخاصة بكل مشروع . وتتضمن هذه التشريعات عادة ، احكاما تحدد المضمون الاساسي للالتزامات التعاقدية من اجل تنفيذ مشروع معين ، بما في ذلك احكام بشأن مسائل تذكر منها الفترة الزمنية القصوى لمنح الامتيازات ومدى الدعم الذي يمكن ان تقدمه الحكومة ، وقواعد مفصلة خاصة بالاشتراء ووسائل تسديد الديون واسترجاع الارباح وشروط تشغيل المشروع ونقل ملكيته .

٢٢ - ومما قد يشير اليه عموما ما يلاحظ من اختلافات بين النهج التشريعية وفي نطاق التشريعات ، ان الجهود التشريعية ظلت تستهدف اساسا معالجة المشاكل حال نشوئها بدلا من اتباع نهج شمولي يرمي الى معالجة جميع المسائل التي ينبغي اتخاذ اجراءات تشريعية بشأنها من اجل التنفيذ السليم لمشاريع "بوت" . وينطبق ذلك بصفة خاصة على التشريعات الرامية الى تنظيم مشاريع "بوت" في قطاع معين فحسب . وبالرغم من انه قد يكون من الايسر تنفيذ التشريعات فيما يتعلق بقطاع تتوقع فيه مشاريع "بوت" أو تخطط ويسهل فيه تحديد المشاكل ، فان ذلك يعني أيضا انه سوف يتعين النظر في سن مزيد من التشريعات اذا ما أريد تنفيذ مشاريع "بوت" في قطاعات أخرى . وبالنظر الى ذلك ، ربما كان من الافضل سن تشريعات عامة مؤاتية بشأن مشاريع "بوت" ، وفي الحالات التي تستوجب فيها بعض الجوانب الخاصة لقطاع ما سن تشريعات لتنفيذ مشاريع "بوت" في هذا القطاع ، يمكن التصدي لهذه الظروف الخاصة باصدار لوائح تنظيمية .

٢٣ - وقد يكون من الافضل ، في التشريعات التي ترمي الى تنظيم مشاريع "بوت" عامة ، النظر في امكانية معالجة جميع المسائل التي تنشأ عن تنفيذ هذه المشاريع ويمكن معالجتها بالوسائل التشريعية . ويتسم ذلك بأهمية خاصة في الحالات التي لا تتناول فيها البنى القانونية الاساسية هذه المسائل على نحو شامل . وسيكون من مزايا هذا النهج انه يزود الاطراف بالبارامترات العامة التي ينبغي التفاوض في اطارها حول التفاصيل التعاقدية لكل مشروع . ومن جهة أخرى ينبغي أن يوازن هذا النهج بالحاجة الى اتاحة قدر من المرونة للمتفاوضين بشأن العقود بغرض تمكينهم من مراعاة الظروف الخاصة التي قد تنشأ بصدد مشاريع محددة .

باء - الجوانب المتعلقة بالاشتراء

٢٤ - يمكن أن تترتب نفقات باهظة على اشتراء السلع والانشاءات والخدمات ذات الصلة بالمرافق الاساسية الكبيرة . وعلاوة على ذلك ، تنزع المشاريع في معظمها الى أن تكون معقدة الى حد ما من الناحية التقنية ومن حيث ترتيبات التمويل . لذلك ، فان الوسائل التي يتم بها الاشتراء تعتبر بالغة الاهمية لضمان جعل المشروع مجددا اقتصاديا وجيدا من حيث النوعية ولضمان انجازه بتكلفة معقولة . بيد أنه بسبب عدد من العوامل المقصورة على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، تزداد احتمالات

المخاطر في تنفيذ الاشتراء بأقل من المعدل الفعال ، ويمكن أن يضر ذلك بتنفيذ المشاريع تنفيذا ناجحا .

٢٥ - وبسبب الحجم الخاص بمعظم المشاريع ، يمكن أن يكون اعداد اجراءات المناقصات بشأن مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية صعبا وباهظا . لذلك ، سيفضل معظم أصحاب المشاريع المحتملين عدم الاشتراك في عملية اشتراء ما لم يكونوا واثقين في نزاهة العملية وشفافيتها . وفي الوقت ذاته ، وحسب أهمية المشروع ، تريد الحكومة في العادة أن تضمن حصولها على أجدى المشاريع اقتصاديا وبأحسن شروط ممكنة ، وهي أهداف يمكن بلوغها على الأرجح بالدخول في عملية اشتراء تنافسية مفتوحة وعادلة تفضي الى عرض أصحاب المشاريع المحتملين أحسن شروطهم .

٢٦ - وفي عملية الاشتراء المعهودة لمشاريع الانشاءات ، تعتمد الحكومة في العادة الى تبين المشروع ، وتدعو الى تقديم عطاءات على أساس مواصفات محددة تحديدا جيدا ، وتقيّم العطاءات على أساس معايير راسية يعلن عنها في مرحلة سابقة . أما في مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فان الحكومة تريد في العادة زيادة ابتكارات القطاع الخاص الى أقصى حد في مجال تصميم المشاريع وادارتها ؛ وبالتالي ، فهي لن تكون ، في حالات عديدة ، في موضع يمكنها من صوغ مجموعة واحدة من المواصفات التي قد تشكل أساسا مشتركا لتقييم العطاءات أو المقترحات . وبالإضافة الى ذلك ، وحتى في الحالات التي يمكن فيها تحديد بارامترات المشروع ، ربما يعرض مقدمو المناقصات المحتملون حلولاً تقنية بديلة للحلول التي تتوخاها الحكومة . وعلاوة على ذلك ، وبما أن شركة المشروع تدبر التمويل ، فستكون لها مصلحة أيضا في أن يكون المشروع فعالا من حيث التكلفة . وبالتالي ، فهي سترغب في المساهمة في تصميم المشروع . ولذلك ، فربما يكون من الصعب الدخول في مناقصة تنافسية مفتوحة على أساس مواصفات مماثلة ومحددة من قبل .

٢٧ - لذلك ، يمكن أن تعتبر الحكومات المفاوضات مع المتعاقدين بديلا للمناقصة التنافسية ووسيلة للحصول على أحسن الشروط . بيد أن الحكومة ليست دائما في موضع يمكنها من اعداد مبادئ توجيهية ملائمة للاستناد اليها في هذه المفاوضات . ويمكن أن يتسبب هذا في اجراء مفاوضات مطولة يشترك فيها أحيانا متعاقدون كثيرون في نفس الوقت ، مما يزيد في احتمالات التعسف وفقدان النزاهة في عملية الاشتراء . لذلك ، فان من الأهمية أن تضع الحكومة مبادئ توجيهية واضحة وشفافة بشأن الاشتراء القائم على وسائل اشتراء تنافسية وشفافة وموضوعية ، وأن تتجنب المفاوضات غير المحكمة من ناحية الاطار والشروط . وينبغي أن يكون للجهة المشترية أيضا نظام واضح تستند اليه لمقارنة وتقييم العطاءات أو العروض التي يمكن أن تختلف اختلافا كبيرا في تصميمها ومواصفاتها التقنية .

٢٨ - وتتعدد عملية الاشتراء بسبب عامل آخر ، وهو أنه ليس واضحا دائما الى أي مدى ينبغي أن تمثل تكلفة المشروع معيارا تعتمد الحكومات لتقييم العروض حيث ان الحكومة لا توفر التمويل . والى حد ما ، لأصحاب المشروع ومموليه مصلحة أكبر في أن تكون تكاليف المشروع معقولة . ولكن ، نظرا لما لتكلفة المشروع من أثر في الاسعار أو التعريفات الجمركية التي تفرض على المستعملين النهائيين لنتاج المشروع ، سترغب الحكومة ، بوصفها المالكة الاخيرة للمشروع ، في ضمان أن يكون تصميم المشروع محكما وأن تكون تكاليفه معقولة . وهذا ، فضلا عن كون الجهة المشترية قد لا تكون قادرة على صوغ مجموعة واحدة من المواصفات ، يعني في المادة أنه سيجري عقد مفاوضات بشكل ما كجزء من عملية الاشتراء .

٢٩ - أما المجال الآخر الذي يختلف فيه اشتراء مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية اختلافا كبيرا عن الاشتراء النموذجي لمشاريع الانشاءات ، فيتمثل في عنصر التمويل . وتمثل الصياغة الصحيحة للصفقة المالية في العادة أصعب وأهم جانب من جوانب مشروع البناء والتشغيل ونقل الملكية . فالجهات المحتمل أن تقدم القروض لأي مشروع سوف تحتاج الى الحصول على ضمانات بوجود مصدر دخل مؤمن لتغطية الديون والتكاليف التشغيلية للمشروع ولتوفير عائد مناسب للمستثمرين بالأسهم . فعلاوة على الشروط الرامية الى ضمان جدوى المشروع اقتصاديا ، تشكل آليات الضمان الرامية الى تغطية وتوزيع مختلف المجازفات ذات الصلة جزءا من الصفقة المالية .

٣٠ - ومع أن جمع مكونات التمويل هو التزام يقع على عاتق الشركة القائمة بالمشروع ، فسيكون في صالح الحكومة أن تضمن وجود صفقة مالية مغرية حيث ان ذلك يؤثر في جدوى المشروع الاقتصادية العامة . لذلك ، سوف تهدف الحكومة في معظم الحالات الى جعل مدى جاذبية الصفقة المالية جزءا من معايير التقييم . ولكن ، ومن منظور يتعلق بالاشتراء ، ليس واضحا أحيانا مدى أهمية كيان الصفقة المالية بوصفها معيارا للتقييم بالنسبة للحكومة ، حيث ان الحكومة لا تقدم أي ضمان مؤكد لتسديد القروض . وعلاوة على ذلك ، ونظرا للتغيرات التي كثيرا ما تطرأ على الاحكام والشروط في الأسواق المالية ، ليس معظم الجهات المقرضة قادرة على الالتزام بأحكام تمويل محددة على مدى فترة طويلة من الزمن دون أن يكون هنالك عقد ملزم . ومع ذلك ، فان على الحكومة ، بوصفها صاحبة المشروع في نهاية المطاف ، أن تحمي مصالحها بضمان جدوى المشروع المالية الطويلة الأمد .

٣١ - وفيما يتعلق بمرحلة المشروع التشغيلية ، سيكون متعهد تشغيل المرفق في معظم الحالات طرفا يتبع شركة المشروع . لكن شركة المشروع قد تبرم في بعض الاحيان عقدا تشغيليا مع متعهد تشغيل مستقل . ومن منظور يتعلق بالاشتراء ، لا يمثل هذا بالضرورة أي مشاكل للحكومة ، ذلك لأن مصلحة الحكومة تكمن في ضمان أن تكون أحكام المرحلة التشغيلية ، فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا وصيانتها مثلا ، مفيدة لها قدر الامكان ، وأن يتسنى تحديد هذه الشروط تحديدا واضحا وقياسها كليا مسبقا وجعلها جزءا من

معايير التقييم . لكن محاولة ضمان وجود أفيد الشروط يفرض في العادة الى مفاوضات بشأن أحكام المرحلة التشغيلية ، وهذا لا يؤدي الى تطويل عملية الاشتراء فحسب بل ويمكن أن يؤدي أيضا الى التعسف فيها .

٣٢ - غير أن هنالك مشكلة أخرى تنشأ فيما يتعلق بالاشتراء المتعلق بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، وهي مشكلة العروض المقدمة دون أن يلتمسها أحد . فخلافا للممارسة المتعلقة بمشاريع الانشاءات النموذجية ، والتي تتبين فيها الحكومة وتضع معالم مقننة للمشاريع ، تتمثل الممارسة في سياق البناء والتشغيل ونقل الملكية بشكل عام في تشجيع القطاع الخاص على اقتراح مشاريع ممكنة . وهذا في صالح الحكومة حيث انه يشجع القطاع الخاص على الابتكار والتمويل في المجالات التي قد لا تكون فيها الحكومة قادرة على الاضطلاع بالعمل بالتمويل على مواردها الذاتية . كما أن امكانية تقديم عروض غير ملتزمة هي أيضا في صالح القطاع الخاص الذي لن يكون بذلك مضطرا الى أن ينتظر دائما أن تصوغ الحكومة مشاريع ممكنة . ولكن ، ومن منظور الاشتراء ، تحرم العروض غير الملتزمة الحكومة من العزايا التي تنشأ من المنافسة في مجال الاشتراء ، حيث ان الحافز الرئيسي لمقدمي العروض هو ارساء تنفيذ المشروع عليهم . لذلك ، تواجه الحكومات معضلة وهي كيف تعرض حوافز ملائمة للتشجيع على تقديم عروض غير ملتزمة وتوجد في الوقت ذاته قدرا مناسباً من الاشتراء التنافسي في العملية .

٣٣ - وتتمثل أحد وسائل معالجة الكثير من المشاكل التي تنشأ فيما يتعلق بالاشتراء المتعلق بالبناء والتشغيل ونقل الملكية في ارساء قوانين عصرية بشأن الاشتراء تروج الاهداف المتعلقة بالمنافسة والانصاف والنزاهة وتحقق في الوقت ذاته أكبر قدر من التوفير والفعالية في عملية الاشتراء . ويوفر قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات نمودجا مقبولا دوليا لهذه القوانين العصرية بشأن الاشتراء . فالقانون النموذجي يبين الاجراءات المتعلقة بعدد من طرائق الاشتراء التي تمكن الجهات المشترية من اختيار الموردين والمتعاقدين في مختلف الظروف ومن أجل الوفاء بأنواع مختلفة من الاحتياجات المتمثلة بالاشتراء . ويمكن أن يكون لبعض طرائق واجراءات الاشتراء هذه تطبيق محدد في سياق البناء والتشغيل ونقل الملكية . فعلى سبيل المثال ، يعد كل من المناقصة على مرحلتين والتماس العروض طريقتين تتيحان التماس عطاءات أو عروض مختلفة .

٣٤ - ففي اطار المناقصة على مرحلتين ، تعتمد الجهة المشترية في المرحلة الاولى الى الدعوة الى تقديم عطاءات أو عروض لفرض واحد وهو وضع المواصفات التقنية والنوعية لمشروع معين . ففي اطار هذه الطريقة ، يمكن للجهة المشترية اذن أن تجري مفاوضات مع المتعاقدين الذين قدموا عطاءات بهدف التوصل الى مجموعة فريدة من المواصفات . وفي المرحلة الثانية ، تدعو الجهة المشترية الى تقديم عطاءات على أساس المجموعة الفريدة من المواصفات التي تنتج عن المرحلة الاولى . أما الطريقة الأخرى المنصوص عليها في القانون النموذجي والملائمة للاشتراء المتعلق بالبناء والتشغيل ولنقل

الملكية ، فهي التماس العروض ، وهي تمثل أيضا وسيلة لالتماس عروض تقنية مختلفة ، وتوفر في الوقت ذاته صيغة للمقارنة والتقييم الموضوعيين . وفي اطار هذه الطريقة ، تدعو الجهة المشترية الى تقديم عروض بشأن الطريقة المثلى للوفاء باحتياجاتها وتجري مفاوضات مع المتعاقدين الذين قدموا عروضاً ، ويمكنهم بعد هذه المفاوضات تقديم احسن عروضهم النهائية . وتعتمد الجهة المشترية بعد ذلك الى تقييم المقترحات استنادا الى معايير معلن عنها مسبقاً ، وتمنح امتياز العقد لعقد احسن عرض يفي باحتياجات الجهة المشترية .

٣٥ - ولكن ، ومن أجل معالجة بعض المشاكل المقصورة على الاشتراء فيما يتعلق بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، يمكن أن تستفيد الحكومات من التوجيهات المتعلقة بكيفية القيام بالاشتراء المتعلق بالبناء والتشغيل ونقل الملكية على نحو يميز المنافسة والانصاف والنزاهة في العملية . وستراعى في هذه التوجيهات بعض الجوانب المقصورة على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ومنها مثلاً ما يمكن أن تلاقه الجهة المشترية من صعوبة في وضع أساس موحد يستند اليه في مقارنة بعض جوانب العطاءات أو العروض ، مع تشجيع القطاع الخاص على الابتكار في الوقت ذاته . ويمكن أن تترقب فوائد خاصة عن بعض الحلول العملية بشأن كيفية تجنب اجراء مفاوضات غير محكمة من ناحية الاطار والشروط مع أطراف عديدة ، وهي مشكلة يمكن أن تؤدي الى التسف والى فقدان المتعاقدين الثقة في عملية الاشتراء . وفيما يتعلق بالعروض غير الملتزمة ، يكون من المفيد توفير بعض التوجيهات بشأن السبل الممكنة للموازنة بين المزايا التي توفرها عروض بشأن مشاريع القطاع الخاص ومزايا الاشتراء التنافسي .

جيم - التعقيد في عملية التعاقد

٣٦ - تختلف مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية اختلافاً كبيراً أيضاً عن مشاريع الانشاءات التقليدية من حيث الترتيبات التعاقدية . ففي مشاريع الانشاءات العادية التي تشترك فيها الحكومة ، تكون الحكومة الطرف الرئيسي في عقود تنفيذ المشروع من جانب البلد المضيف . وتتمثل العقود الرئيسية في عقود التمويل مع جهات الاقراض وعقد الانشاءات مع المتعاقد . لذلك ، فان الأطراف الرئيسية في العقود التي تنفذ هذا المشروع تتكون في العادة من الحكومة و جهات الاقراض والمتعاقد . وفي معظم الحالات ، تكون أي ترتيبات تمويل تضطر الحكومة الى الاشتراك فيها مستقلة قانونياً عن عقد الانشاءات الذي ينتهي بانتهاء تنفيذ المشروع . ويمكن أن يستمر تسديد التمويل على مدى فترة طويلة ، لكنه لن يتوقف في العادة على ما اذا كان العرفق مربحاً في نهاية المطاف .

٣٧ - وتتمثل الخاصية الرئيسية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية خلافاً للتعاقد التقليدي بشأن الانشاءات في العدد الكبير من الأطراف المشتركة في تنفيذ المشروع مع ترابط العديد من هذه الأطراف تعاقدياً . وعلاوة على ذلك ، فان معظم هذه

العلاقات التعاقدية يمتد على مدى فترة طويلة من الزمن . وتشتمل العقود الرئيسية في المشروع النموذجي للبناء والتشغيل ونقل الملكية على الاتفاق الخاص بالمشروع ، والاتفاق بشأن المشروع المشترك أو بشأن الاتحاد الاقتصادي لبعض الشركات وعقد الانشاءات ، وعقد الامداد بالمعدات ، وعقد التشغيل والصيانة ، والعقود التي تشكل الصفقة المالية ، بما في ذلك عقود التأمين وترتيبات الضمانات الاخرى . لذلك ، يمكن أن تكون المفاوضات الرامية الى جمع عناصر الصفقة التعاقدية معقدة ومضيفة للوقت مما يزيد في تكاليف المشروع واحتمالات فشله .

٣٨ - ومع أن الترتيبات التعاقدية الدقيقة تختلف من مشروع الى آخر ، فإن العقد الرئيسي في مشروع البناء والتشغيل ونقل الملكية هو اتفاق الامتياز أو اتفاق منح المشروع بين الحكومة والشركة القائمة بالمشروع . وتبين في هذا الاتفاق شروط الامتياز الرئيسية ، ومنها مثلا طول مدة الامتياز ، والمبلغ وطريقة الدفع بشأن الناتج النهائي للمشروع ، وأي شروط تتعلق بالاداء ، ومدى الاحتكار الممنوح لشركة المشروع ، وأحكام وشروط تشغيل المرفق وصيانته ، ونقل ملكيته الى الحكومة في نهاية فترة الامتياز . وفي الحالات التي قد لا يتطرق فيها القاعدة القانونية الاساسية بشكل واف الى مسائل مثل اعادة الارباح الى الوطن أو بعض الحوافز الضريبية ، فإن هذه المسائل يمكن التطرق اليها في اتفاق المشروع . ومع أن الاتفاق هو بين الحكومة وشركة المشروع ، فإن بعض الاطراف الاخرى المشتركة في المشروع ستكون مهتمة بشروط العقد . فعلى سبيل المثال ، سيكون الممولون وشركة التشغيل مهتمين بطول مدة الامتياز والشروط الدقيقة الخاصة بها ، وسيكون لكليهما أثر في عمليات تسديد القروض وفي الشروط المتعلقة بفترة التشغيل .

٣٩ - وبما أن الممولين لا يملكون وسيلة للجوء الى الحكومة في حالة فشل المشروع (التمويل بدون حق الرجوع) فإن هذا يتسبب في ظهور بعض العوامل التي تؤدي في العادة الى تعقيد المفاوضات بشأن العقود التي تشكل جزءا من الصفقة المالية . ويفرض التمويل بدون حق الرجوع مجازفات أكبر على جهات التمويل وشركة المشروع مما هو الامر في حالة مشاريع الانشاءات التقليدية . لذلك ، فإن معظم العوامل الصعبة تتصل بدرجات مختلفة بمسألة كيفية توزيع مختلف المجازفات فيما بين الاطراف . ويتمثل أحد العوامل الرئيسية في أن جهات الاقراض ستحتاج الى تعهدات من شركة المشروع وكذلك من الحكومة بأن يكون المشروع مجديا ماليا في الامد البعيد بقصد ضمان تسديد الاموال المقترضة .

٤٠ - وحسب نوع المشروع ، يمكن ترتيب هذه التعهدات بعدة طرق . فمثلا ، يمكن للحكومة أن تضمن عائدات من الرسوم المفروضة على عبور الطرقات والجسور ملزمة نفسها بذلك بمستوى أدنى من حركة السير اذا لم يتم بلوغه أعفيت شركة المشروع من بعض الالتزامات . وهذا يمكن أن ينطوي مثلا على امكانية تمديد فترة الامتياز أو توفير شكل ما من أشكال اعادة التمويل لتمويض أي عجز في العائدات من شأنه بخلاف ذلك أن يؤثر سلبيا في خدمة الديون . وفي حالة محطات توليد الطاقة لمشاريع البناء والتشغيل

ونقل الملكية ، يكفل مصدر الإيرادات المناسبة في العادة بواسطة عقد طويل الأمد مع مرفق تملكه الحكومة لشراء الطاقة . وهكذا ، وبالرغم من أن هذه الأنواع من العقود يمكن أن تكون منفصلة عن عقود التمويل بين جهات الاقراض وشركة المشروع ، فهي عنصر أساسي في عملية جمع عناصر الصفقة المالية جمعا موفقا . ولذلك فإن جهات الاقراض والمستثمرين بالاسهم ستكون لهم مصلحة في ما تنص عليه هذه العقود .

٤١ - أما الطريقة الأخرى التي تحمي بها جهات الاقراض أنفسها في العادة ، فتتمثل في التفاوض بشأن مجموعة متكاملة من الضمانات التي تكفل ايلاء تسديد القروض الأولوية على أصحاب الحقوق الآخرين في التدفق النقدي للمشاريع ، وكذلك في حالة حصول خلل في المشروع أو اخفاقه . وهذا ينظم في العادة بواسطة آليات مختلفة تشمل انشاء حسابات للعائدات في الخارج تودع فيها العائدات وتكون فيها الأولوية للجهات التي قدمت القروض لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وايداع عقود معينة لدى وكلاء يمسكونها نيابة عن جهات الاقراض ، وانشاء حق جهات الاقراض في وضع اليد على المشروع في حالة حصول تخلف كبير من قبل شركة المشروع . ويمكن أن يكون جمع عناصر الصفقة بشكل يجعل جهات الاقراض واثقة فيها مهمة صعبة خاصة في الدول التي تفتقر الى سوق متطورة جدا للسندات ورؤوس الاموال .

٤٢ - ونظرا لانتصاف التمويل بعدم حق الرجوع ، يضطر الممولون وشركة المشروع الى البحث عن سبل لمعالجة المجازفات الأخرى الملازمة ، ومن أهمها المجازفة المتعلقة بالبلد (المجازفة الياسية) والمجازفة المتعلقة بالعملة (والناشئة أساسا من التضخم وتخفيض قيمة العملة) . وبما أن هذه المجازفات تتعدى نطاق تأثير شركة المشروع أو جهات الاقراض ، فإن احدي الطرائق التي سيحاولون بها تخفيف بعض هذه المجازفات تتمثل في تعيين وكالات ائتمانية للمادرات لدعم جزء من التمويل بضمان دفع المبالغ بشأن الصادرات التي ينطوي عليها تنفيذ المشروع . وقد أشركت وكالات انمائية متعددة الأطراف كالبنك الدولي والمصارف الانمائية الاقليمية في توفير تغطية للمجازفات الاستثمارية ، وذلك مثلا ، عن طريق وكالة ضمان الاستثمارات المتعددة الأطراف التابعة للبنك الدولي أو عن طريق كينونات أخرى مماثلة لها . ويمكن أيضا أن تترتب على اشراك مؤسسات متعددة الأطراف زيادة الثقة لدى جهات الاقراض المحتملة .

٤٣ - وبعض المجازفات ذات الصلة بمشروع البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر مماثلة للمجازفات التي توجد في مشاريع الانشاءات النموذجية . ففيما يتعلق بمرحلة الانشاءات مثلا ، تكون المجازفة المتعلقة بانجاز الانشاءات مغطاة في العادة بعقد انشاءات محكوم بتسليم المفتاح في تاريخ ثابت بين شركة المشروع والمتعاقد ، وهو عقد مدعوم من الناحية النموذجية بضمانات الاداء . وعلاوة على ذلك ، توفر أوساط صناعة التأمين تغطية لبعض من المجازفات الأكثر شيوعا (مثل مسؤولية الطرف الثالث) . وفي بعض أسواق التأمين المتطورة ، يمكن أيضا توفير تغطية لبعض

المجازفات المقصورة على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ومنها مثلا المجازفة المتعلقة بنواحي النقص في التدفقات النقدية .

٤٤ - وبالرغم من تقنيات ادارة المجازفات المالية الآنفه الذكر ، ثمة عدد من العوامل العملية التي يمكن أن تجعل المفاوضات بشأن تدبر أمور المجازفات فيما يتعلق بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية معقدة الى حد بعيد . ومن بين هذه العوامل أن كل الاطراف الرئيسية لها مصلحة واهتمام بالطريقة التي يوزع بها مختلف المجازفات ، وبالتالي ، فهي ستريد المشاركة في كل المفاوضات . وفي حالات كثيرة ، يزداد الامر تعقيدا بسبب قلة الخبرة في التفاوض مع عدة اطراف بشأن هذه الجوانب من مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية . وهذا يمكن أن يفضي الى اتخاذ الاطراف مواقف غير واقعية بشأن توزيع المجازفات ، حيث ان القطاع الخاص ، وعلى الاخص جهات الاقراض ، تستهدف الى الحد من مدى تعرضهم للمجازفات الى درجات متدنية جدا ، في حين تستهدف الحكومة الى تحويل كل المجازفات لكي تقع على القطاع الخاص .

٤٥ - والى جانب العقود التي تشكل جزءا من الصفقة المالية ، ثمة عدة عقود أخرى تحظى باهتمام الحكومة وجهات الاقراض وشركة المشروع بوصف هذه الاطراف الثلاثة هي الاطراف الرئيسية . واحد الامثلة على ذلك هو عقد التشغيل والصيانة . ففي بعض الحالات ، ستتعاقد شركة المشروع مع متعهد مستقل لكي يدير مرحلة المشروع التشغيلية . ولكن بالرغم من أن شركة المشروع والمتعهد سيشكلان طرفي العقد ، فسترغب جهات الاقراض في أن تكون راضية عن شروط العقد بهدف ضمان أن يدار المشروع على أساس مجد اقتصاديا وأن يعود بأرباح كافية . وستكون الحكومة مضطرة أيضا الى ضمان أن يتطرق العقد الى مصالحها على نحو ملائم ، وذلك مثلا فيما يتعلق بمسائل مثل نقل التكنولوجيا والصيانة التقنية الجيدة للمرفق لضمان أن يحول اليها المرفق في حالة تقنية جيدة عند انتهاء فترة الامتياز . ويمكن أن يزداد تعقيد عملية التفاوض بشأن العقد بسبب مصلحة هذه الاطراف الأخرى في ألا تكون أطرافا مباشرة في العقد .

٤٦ - وربما يبدو أن المشاكل السائدة الناشئة عن التعاقد بشأن البناء والتشغيل ونقل الملكية لا تشمل بتفرد العقود المتعلقة بمكونات فردية في حد ذاتها ، حيث ان معظم هذه الأنواع من العقود استخدمت في تنفيذ مشاريع نموذجية لا تتصل بالبناء والتشغيل ونقل الملكية . ويمكن مثلا العثور على توجيهات بشأن المسائل التعاقدية التي ينبغي النظر فيها في سياق هذه المشاريع التقليدية في دليل الاونسيترال القانوني بشأن صوغ العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية . غير أن سياق البناء والتشغيل ونقل الملكية ، الذي يشكل فيه عدد كبير من العقود المترابطة صفقة تعاقدية شاملة ، هو الذي يثير مشاكل عملية لدى جمع عناصر العقود . لذلك ، ينبغي أن يدار على نحو جيد كل من التوقيت والأولوية والطريقة التي يزمع اجراء المفاوضات بها اذا أريد انهاء العملية في أوانها وعلى نحو ناجح .

ثالثا - الاستنتاجات

٤٧ - يمكن أن يستنتج من المناقشة الآنفة أن الحكومات وغيرها من الأطراف المتعاقدة المشتركة في تنفيذ مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن تستفيد من المساعدة المتعلقة بكيفية التطرق الى بعض المشاكل القانونية التي يمكن أن تعوق تنفيذ المشاريع تنفيذا مناسباً وموفراً اقتصادياً . لذلك ، ربما ترغب اللجنة في أن تنظر في الاضطلاع ببحوث بشأن مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، خاصة فيما يتعلق بالبنية القانونية ووسائل الاشتراء والتعاقد . ويمكن أن يتمثل أحد أشكال أعمال البحث هذه في اعداد مبادئ توجيهية لمساعدة الدول على انشاء اطار قانوني يفضي الى تنفيذ مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية بما في ذلك الارشاد الى وسائل تنفيذ الاشتراء المتعلق بالبناء والتشغيل ونقل الملكية على نحو ناجح وموفر اقتصادياً . وثمة شكل اضافي آخر من الاشكال التي يمكن أن يكون عليها العمل فيما يتعلق بمسائل التعاقد وهو الشروع في العمل باضطلاع الامانة بدراسة عن المشاكل المصادفة في التعاقد على البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ويمكن أن تتضمن هذه الدراسة النظر في الوسائل التي تستطيع اللجنة بواسطتها انجاز العمل في هذا المجال .

٤٨ - وفيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية لانشاء قاعدة أساسية قانونية سائحة ، فإن هذا يمكن أن يتطرق الى أنواع القوانين العامة المتعلقة بقطاع الاعمال والاستثمار والقوانين التجارية ، التي من شأنها أن توفر أساساً قانونياً متيناً للاضطلاع بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فضلاً عن وضع نصوص أحكام قانونية نموذجية يمكن أن تستخدمها الدول التي ترغب في اعداد تشريعات محددة لكي تنظم تنفيذ هذه المشاريع . ويمكن أن تتطرق الاحكام التشريعية النموذجية بشأن القوانين الخاصة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية الى مسائل مثل الأساس القانوني لمنح الامتياز ، ومدى الدعم الحكومي الممكن ، والاطار الرقابي لادارة وتشغيل مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، والحوافز الممكنة التي قد ترغب الحكومة في منحها .

٤٩ - وفيما يتعلق بالاشتراء ، يمكن أن يتضمن العمل توجيه الحكومات فيما يتعلق بوسائل تنفيذ عملية الاشتراء على نحو يروج المنافسة والشفافية على أمثل وجه ويجنب اجراء المفاوضات بشكل يمكن أن يتسبب في فقدان الثقة في عملية الاشتراء . ويمكن أن يتضمن ذلك التوجيه بشأن اعداد وثائق التماس العروض ، واعداد معايير للتقييم ووسائل للقيام بالتقييم في مختلف الظروف . ويمكن أن تشمل الوسائل التي يمكن بواسطتها تقديم هذا التوجيه اعداد لوائح تنظيمية نموذجية بشأن الاشتراء أو وثائق نموذجية لالتماس العروض بشأن مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية . ويمكن أن يتضمن هذا أيضاً التوجيه بشأن كيفية معالجة العطاءات أو العروض غير الملتزمة معالجة توازن بين مصالح الجهة المقترحة لهذه العطاءات أو العروض ومصالح الحكومة في ادخال عنصر المنافسة في العملية .

٥٠ - وفيما يتعلق بالتعاقد ، قد يكون من الأفيد في هذه المرحلة أن تمضي الأمانة في رصد ودراسة التطورات المتعلقة بالتعاقد على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، بهدف النظر في الكيفية التي يمكن بها للجنة الاضطلاع بالعمل في هذا المجال . وهذا يمكن أن يشمل على الأرجح اعداد ملحق بشأن التعاقد على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، لاستكمال دليل الاونسيترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية ، وتناقش في هذا الملحق آليات التعاقد على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ، بما في ذلك مناقشة الطريقة التي يمكن بها صوغ نصوص الاحكام في العقود الرئيسية في سياق البناء والتشغيل ونقل الملكية .

٥١ - ويعتزم ، فيما يتعلق بمجالات العمل الثلاثة الممكنة والمشار إليها آنفا ، أن يصمم عمل اللجنة على نحو يمكن من ملاءمة تكرار العمل الذي سبق لليونيدو انجازه فيما يتعلق بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية . فعلى سبيل المثال ، تناقش في مبادئ اليونيدو التوجيهية المسائل المتعلقة بالاطار التشريعي في فصل يتعلق بدعم الحكومة لتنفيذ مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية . ومع أن ذلك الفصل يناقش المعالم الرئيسية لهذه التشريعات والمشاكل التي يمكن أن تنشأ بسبب عدم وجود اطار تشريعي ملائم ، يظل من اللازم صوغ دليل تشريعي شامل بشأن ما يمكن أن يشملها الاطار القانوني من جوانب مختلفة ، وبوجه خاص بشأن نصوص الاحكام النموذجية المحتملة التي يمكن ادراجها في التشريعات الخاصة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية . كما تذكر المبادئ التوجيهية بعض المشاكل المصادفة في مجال الاشتراء . وفي هذا الصدد ، وكما اقترح في هذه المذكرة ، ينبغي للدول أن تستفيد أيضا من التوجيه العملي بشأن كيفية تجنب بعض المشاكل التي سبقت مناقشتها . وفيما يتعلق بالتعاقد ، تصف المبادئ التوجيهية محتويات بعض العقود ، مع تخصيص وصف أكثر تفصيلا لعقود رئيسية مثل الاتفاق بشأن المشروع . وفي هذا الجانب أيضا ، يمكن أن تستفيد الدول من الحصول على توجيهات أشمل بشأن آليات التعاقد على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية وبشأن أنواع الاحكام التي هي أساسية للتوصل الى صفقة تماقدية متوازنة .

- - - - -