



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
21 January 2011
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа I (Закупки)
Двадцатая сессия
Нью-Йорк, 14-18 марта 2011 года

Пересмотренное Руководство по принятию, дополняющее Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках

Записка Секретариата

Добавление

В настоящем добавлении излагается предложение по следующим разделу и подразделам Части I (Общие замечания) проекта пересмотренного Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках: II. Основные черты Типового закона ("рамочный" закон, который должен быть дополнен подзаконными актами о закупках и подкреплён соответствующей инфраструктурой", "Электронные закупки" и "Положения, касающиеся международного участия в процедурах закупок и использования систем закупок для достижения других целей государственной политики").



РУКОВОДСТВО ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛО ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ

Часть I. Общие замечания

...

II. Основные черты Типового закона

(продолжение)

D. "Рамочный" закон, который должен быть дополнен подзаконными актами о закупках и подкреплён соответствующей инфраструктурой

1. Законодательная основа

53. Типовой закон призван обеспечить все основные процедуры и принципы, необходимые для использования процедур закупок в самых разнообразных обстоятельствах, в которых могут оказаться закупающие организации. Вместе с тем Закон является "рамочным", поскольку в нем не содержатся все правила и положения, которые могут потребоваться для осуществления этих процедур в государстве, принимающем Типовой закон.

54. Соответственно, Типовой закон предусматривает, в качестве первого шага, что принимающие его государства, будет выпускать подзаконные акты о закупках в целях создания полной законодательной базы для системы закупок, с тем чтобы дополнить всеми деталями процедуры, вводимые Типовым законом, и учесть конкретные обстоятельства и их возможные изменения в принимающем Законе государстве (например, такие, как реальная величина порогов для запроса котировок и учет технических достижений). Естественно, необходимо проявлять осторожность, для того чтобы подзаконные акты, ставшие следствием принятия Типового закона, не ставили под угрозу его цели и процедуры. Что касается другой правовой инфраструктуры, то не только процедуры закупок, предусмотренные в Типовом законе, будут затрагивать процедурные вопросы, которые будут рассматриваться в подзаконных актах о закупках, но и на другие возникающие правовые вопросы ответы, вероятно, можно будет найти в других сводах правовых норм (таких, как административное, договорное, уголовное и судебно-процессуальное законодательство). Закупающим организациям, возможно, потребуется учитывать и применять законодательство о занятости и обеспечении равенства, экологические требования и, возможно, другие положения. Принимающие Типовой закон государства повысят эффективность своих закупок до такой степени, что многие применимые положения получат широкое распространение, и станут понятны и они сами, и их взаимосвязь с законодательством о закупках.

2. Осуществление законодательных положений

55. Законодательные рамки для закупок должны стать частью цельной и слаженной системы закупок. Вторым шагом по поддержке правовой реформы является использование мер, обеспечивающих действенное осуществление и оперативную эффективность. На практике эффективным инструментом оказалось использование руководящих указаний, справочников и разработка стандартных форм и образцов документов. Международные и региональные организации и другие органы принимают активное участие в реформе системы закупок, и на их веб-сайтах в Интернете можно найти материалы с обсуждением передовой практики и другие рекомендации.

56. В следующем далее разделе говорится о том, какая организационная, административная и правовая инфраструктура и надлежащий потенциал необходимы для поддержки законодательной базы, для того чтобы достичь общих целей системы закупок и сделать ее отвечающей требованиям Конвенции против коррупции, ряд из которых обычно – или в идеальном варианте – не охватывается законодательством.

3. Организационные и административные структуры и надлежащие ресурсы

57. В-третьих, Типовой закон основывается на предположении, что принимающее его государство уже имеет или создаст надлежащие организационные и административные структуры, а также располагает людскими ресурсами, необходимыми для того, чтобы задействовать и осуществлять те процедуры закупок, которые предусматриваются в Типовом законе. На административном уровне важное значение имеет взаимосвязь между эффективным управлением публичными финансами и закупками (что также является характерной чертой Конвенции против коррупции). Требования в отношении подготовки бюджета или соответствующие процедуры можно найти в различных источниках, и принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают обеспечить, чтобы закупающие организации знали о всех соответствующих обязательствах, например, нужно ли выделять бюджетные ассигнования до начала процедуры закупок, и являются ли эти обязательства частью самой системы закупок или нет.

58. На организационном уровне принимающее Типовой закон государство может также целесообразным создать агентство по публичным закупкам или другой орган для оказания помощи в осуществлении правил, политики и практики закупок, на которые распространяется действие Типового закона. В функции такого органа может входить, например, следующее:

а) *Обеспечение эффективного осуществления законодательства и подзаконных актов о закупках.* Это может включать принятие подзаконных актов о закупках, кодекса поведения, предусмотренного в статье [25] Типового закона, контроль за осуществлением законодательства и подзаконных актов о закупках, разработку рекомендаций в отношении их совершенствования и принятие положений о толковании этих законов.

б) *Рационализация и стандартизация процедур и практики закупок.* Сюда могут входить координация закупок, производимых закупающими организациями, и подготовка стандартных документов, спецификаций и договорных условий в области закупок. Эта функция может быть особенно

полезной, когда принимающее Типовой закон государство стремится расширить участие МСМП в процессе закупок, а серьезным сдерживающим фактором для такого участия является незнание, неопределенность или длительность и сложность процедур.

с) *Контроль за осуществлением закупок и функционированием законодательства и подзаконных актов о закупках с точки зрения более широких задач государственной политики.* Это может включать изучение вопроса воздействия закупок на национальную экономику (например, контроль за концентрацией на конкретных рынках и потенциальными рисками для конкуренции), анализ затрат и выгод, связанных с решением социально-экономических задач посредством закупок, предоставление консультаций по вопросам влияния конкретных закупок на цены и другие экономические факторы [, а также проверку соответствия той или иной закупки программам и политике правительства].

d) *Оказание помощи и консультированиекупающих организаций и сотрудников по закупкам.* Сотрудники по закупкам могут обратиться за рекомендациями относительно разработки внутренних документов, предназначенных для использования в рамкахкупающей организации, и толкования конкретных аспектов законодательства и подзаконных актов. Юрисконсульты, возможно, уже предоставляют юридические консультации правительству или конкретнойкупающей организации, но если дело обстоит иначе, то сотрудники по закупкам могут обратиться за разъяснениями, отвечают ли их планируемые действия (например, намерение использовать альтернативный метод закупок или прибегнуть к прямому привлечению) законодательным рамкам или нет.

e) *Подготовка сотрудников по закупкам.* Соответствующему агентству или другому органу можно также вменить в обязанность подготовку сотрудников по закупкам и других гражданских служащих, работающих в системе закупок. Эта функция особенно важна, i) когда принимающее Типовой закон государство включило в свое внутреннее законодательство методы закупок, которые заранее предполагают высокую степень профессионализма при осуществлении закупочной деятельности, особенно на высших уровняхкупающих организаций, где принимаются наиболее важные решения. На международном уровне существуют различные органы, которые специализируются в области сертификации и подготовки сотрудников по закупкам, и информацию о них можно найти по ссылкам на веб-сайте ЮНСИТРАЛ – www.uncitral.org; и ii) когда принимающее Закон государство стремится расширить участие МСМП в закупках.

f) *Требование в отношении утверждения.* На соответствующее агентство или другой орган можно возложить обязанность выдавать разрешения на конкретные закупки до начала процедуры закупок или до заключения договора о закупках, если в принимающем Типовой закон государстве предусмотрена такая функция утверждения (более подробно см. пункты 66-68 ниже). Если такой механизм существует, то принимающее этот Закон государство, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проявлении гибкости в установлении порогов для передачи (с тем чтобы избежать ненужной передачи дел и обеспечивать передачу дел, которые этого заслуживают); об использовании рекомендательной функции в качестве

альтернативы функции утверждения (с тем чтобы обеспечивать подотчетность в процессе принятия решений и избегать создания препятствий для развития потенциала); и о соответствующей структуре органа и необходимых ресурсах.

г) *Сертификация*. В некоторых случаях, например, при заключении договора о закупках на большую сумму или если договор носит сложный характер, соответствующее агентство может быть наделено полномочиями проверять процедуры закупок с целью обеспечения их соответствия Типовому закону и подзаконным актам о закупках до заключения или вступления в силу этого договора.

59. Если покупающие организации являются автономными от правительственной или административной структуры государства, например, коммерческими предприятиями, принадлежащими государству, то государства могут предпочесть, чтобы функцию утверждения, сертификации или выдачи рекомендаций выполняло какое-либо агентство или орган, являющиеся частью правительственного или административного аппарата, с тем чтобы обеспечить надлежащую реализацию государственной политики, способствовать которой призван Типовой закон. В случае наличия функции утверждения наиболее важно, чтобы данное агентство или орган могли выполнять свои функции беспристрастно и эффективно и чтобы они были в достаточной степени независимыми от лиц или ведомств, участвующих в процедурах закупок. Возможно, было бы целесообразно, чтобы функцию утверждения выполняла группа лиц, а не какое-либо одно лицо, с тем чтобы избежать риска злоупотребления предоставленными полномочиями.

4. Надзор и обеспечение соблюдения

60. Следует отметить здесь и вопрос о надзоре и обеспечении соблюдения отдельных решений о закупках. Функция надзора будет эффективной только в той степени, насколько она осуществляется структурой, не зависящей от того, кто принимает решения, то есть от покупающей организации (см. в пунктах 66-68 ниже соображения, связанные с утверждающим органом). Для тех систем, в которых полномочия по принятию решений осуществляют органы или агентства, занимающиеся публичными закупками, альтернативной структурой для осуществления надзора может быть национальный ревизионный орган.

61. Что касается обеспечения соблюдения положений законодательства, основанного на Типовом законе, то принимающие этот Закон государства будут знать, что в главе VIII Типового закона предусмотрена функция независимого обзора (административного или судебного). Органы, осуществляющие административный надзор, не будут считаться независимыми и столкнутся с потенциальной или реальной коллизией интересов, если они являются структурным подразделением агентства или органа, которые могут оказывать помощь должностным лицам или организациям, занимающимся закупками, или консультировать их и/или осуществлять полномочия, связанные с принятием решений. Хотя в некоторых системах эта функция надзора осуществляется вспомогательным подразделением в составе органа или агентства, занимающихся публичными закупками и обладающих указанными выше общими полномочиями, обычно считается нежелательным подвергать функцию надзора тому, что будет восприниматься как реальный политический контроль со стороны данного агентства или органа. Наконец, консультативная

функция будет поставлена под угрозу, если сотрудники по закупкам не пожелают использовать ее, опасаясь подвергнуться впоследствии дисциплинарным мерам из-за предоставления какой-либо информации во время обращения за советом.

5. Структура органов или агентств, занимающихся публичными закупками

62. Характер агентств или других органов, осуществляющих административные, контрольные и надзорные функции в каком-либо государстве, принимающем Типовой закон, и конкретные функции, которые они должны выполнять, будут зависеть, помимо прочего, от государственной, административной и правовой систем соответствующего государства, которые могут быть различными в разных странах. Система административного контроля за осуществлением закупок должна строиться с учетом целей экономии, эффективности и результативности. Системы, являющиеся слишком дорогостоящими или обременительными как для закупающей организации, так и для участников процедур закупок, или системы, которые приводят к неоправданным задержкам в закупках, будут неэффективными. Кроме того, чрезмерный контроль за принятием решений должностными лицами, осуществляющими процедуры закупок, может в некоторых случаях ограничивать их способность действовать эффективно. Принимающие Типовой закон государства могут прийти к выводу, что инвестиции в системы, произведенные в целях обеспечить, чтобы закупающие организации обладали достаточным потенциалом и чтобы они сами и сотрудники по закупкам получили надлежащую подготовку и ресурсы, будут способствовать эффективному функционированию системы и поддержанию расходов на административный контроль на приемлемом уровне.

63. Агентства или органы, занимающиеся публичными закупками, могут быть также связаны с существующими регулирующими органами, обладающими опытом в смежных областях, например в тех, что имеют отношение к конкуренции. Последние могут отслеживать сговор и мошенничество на торгах и концентрацию на рынках публичных закупок. Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают также рассмотреть вопрос о том, как эффективнее осуществлять полномочия по обеспечению соблюдения соответствующих требований в вопросах, связанных с конкуренцией и закупками, – с помощью одного или нескольких органов.

64. Эмпирический опыт также показывает, что может возникнуть риск злоупотребления полномочиями агентства или органа, занимающихся публичными закупками, если нет надлежащего контроля для обеспечения достаточной независимости их членов от лиц, принимающих решения в правительстве и в закупающих организациях.

65. Следует отметить, что, принимая Типовой закон, государство не берет тем самым на себя обязательства создать какую-то определенную административную структуру; принятие такого законодательства также необязательно должно быть сопряжено для принимающего его государства с увеличением правительственных расходов.

6. Особые соображения, касающиеся факультативного требования предварительного утверждения для использования исключительных процедур

66. В Типовом законе предусматривается возможность принятия закупающей организацией некоторых важных мер и решений, в частности мер и решений в отношении использования некоторых методов закупок и вступления в силу договора о закупках, для которых необходимо предварительное утверждение со стороны органа, не входящего в структуру закупающей организации. Преимущество такой системы предварительного утверждения заключается в том, что она способствует выявлению ошибок и проблем до принятия определенных мер и окончательных решений. Кроме того, она может обеспечить дополнительную возможность для унификации в рамках национальной системы закупок.

67. Содержащееся в Типовом законе требование о предварительном утверждении является факультативным, потому что система предварительного утверждения применяется не во всех странах и используется все реже. Альтернативный подход заключается в осуществлении надзора за практикой закупок главным образом путем проведения проверки постфактум. В связи с этим требование об утверждении внешним органом в ряде случаев является особенно неуместным, в частности при проведении двухэтапных торгов, когда предусмотрены четкие условия использования этого метода закупок (см. [перекрестная ссылка на соответствующие постатейные замечания]), и в некоторых случаях осуществления закупок из одного источника, например, срочных закупок.

68. Если принимающее Типовой закон государство решит принять требование об утверждении, то оно назначит агентство или другой орган или органы, которые будут отвечать за выдачу различных разрешений, и разграничит масштабы предоставленных в этой связи полномочий. Функция утверждения может быть возложена на агентство или орган, которые являются полностью автономными от закупающей организации (например, министерство финансов или торговли или орган, занимающийся публичными закупками), или же, наоборот, эта функция может быть возложена на отдельный контрольный орган самой закупающей организации. (См. дополнительные соображения, затронутые в пункте 59 выше, которые также актуальны в этом контексте.)

Е. Электронные закупки

1. Справочная информация

69. Электронные закупки включают (помимо прочего) представление материалов в электронном виде и использование новых методов закупок при поддержке Интернета (электронные реверсивные аукционы, электронные каталоги и электронные рамочные соглашения), публикацию связанной с закупками информации в Интернете и использование электронных систем на протяжении всего процесса закупок (для связи и обмена информацией).

70. Такие термины, как "документы", "письменное сообщение" и "документальное доказательство", все шире используются для обозначения всех документов (будь то в электронной или бумажной форме) в тех странах, в которых широко распространены электронное управление и электронная торговля, однако в других, как можно предположить, под ними подразумеваются бумажные документы. Соответственно, в Типовом законе теперь содержатся положения, предусматривающие, что в соответствии с законодательством, основанным на этом документе, в сфере закупок могут использоваться все средства связи, передачи и хранения информации.

71. В то время, когда Комиссия выпустила пересмотренный Типовой закон, передача информации в небумажной форме чаще всего производилась с использованием Интернета и связанных с ним систем. Однако Комиссия отметила быстрые темпы технического прогресса и высказала предположение, что появятся и новые технологии. Для удобства в настоящем Руководстве термин "электронные закупки" будет означать использование электронных сообщений и представление материалов в электронной форме, что предусматривает передачу информации с помощью электронных или аналогичных носителей. Принципиальные вопросы актуальны для всех новых информационных технологий, которые могут использоваться для передачи информации и документов и осуществления процедур закупок.

2. Преимущества электронных закупок

72. Широко отмечались потенциальные преимущества электронных закупок в плане содействия достижению целей Типового закона: они включают повышение административной эффективности с точки зрения как времени, так и расходов (сокращаются административные расходы, связанные с бумагой, и время, необходимое для передачи информации в бумажной форме), а также появляется возможность стандартизировать регулярно повторяющиеся закупки. Использование информационных технологий для публикации возможностей проведения закупок и правил и процедур закупок повышает прозрачность и улучшает доступ к рынкам, содействуя как участию в процессе закупок, так и конкуренции. Аналогичным образом использование этих технологий для предоставления поставщикам возможности подать заявку и принять участие в процедуре, предоставления и получения информации и представления тендерных заявок или других оферт в режиме онлайн не только является эффективным с административной точки зрения, но и может также открыть рынок для претендентов, которые находятся далеко и в противном случае не смогли бы принять участие в процедуре закупок. Автоматизированные процессы не только эффективны в административном плане благодаря введению единообразия и стандартизации; электронные системы позволяют также применять новые меры для обеспечения добросовестности путем сокращения взаимного общения между людьми в процессе закупок и личных контактов между должностными лицами, занимающимися закупками, и поставщиками, которые могут привести к появлению возможностей для взяточничества.

73. Хотя эти преимущества могут быть весьма существенными, принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают обеспечить, чтобы электронные закупки осуществлялись таким образом, чтобы не

затруднять доступ на рынок – либо в целом, либо отдельным поставщикам, таким как МСМП. Меры предосторожности, предусмотренные в Типовом законе, рассматриваются, в частности, в пунктах [85-90] ниже. (Вопросы, связанные с участием МСМП в целом, обсуждаются в [добавить соответствующую ссылку]).

3. Подход к электронным закупкам, принятый в Типовом законе

74. Принятый в Типовом законе общий подход к внедрению электронных закупок основывается на трех ключевых принципах. Во-первых, с учетом потенциальных преимуществ электронных закупок Типовой закон должен, когда это уместно и по мере возможности, поощрять их использование; во-вторых, ввиду быстрого технического прогресса и различного уровня технического развития государств текст должен быть технически нейтральным (в том смысле, что не будет рекомендоваться какая-то конкретная технология, а будут просто описаны функции имеющихся технологий); и, в-третьих, следует дать дополнительные и более подробные рекомендации, которые помогут принимающим Закон государствам внедрить и использовать электронные закупки.

75. Основные соображения, вытекающие из конкретных аспектов электронных закупок, обсуждаются в постатейных замечаниях (см. [перекрестная ссылка на соответствующие постатейные замечания]). В данном разделе Руководства рассматриваются возможные юридические и другие препятствия на пути использования электронных закупок. Меры предосторожности, которые необходимы для обеспечения того, чтобы это не использовалось для подрыва целей Типового закона, рассматриваются в разделах ниже.

76. Что касается возможных юридических препятствий для использования электронных закупок, то масштабы, в которых отдельные государства могут использовать это средство, зависят от наличия необходимой инфраструктуры для электронной торговли и других ресурсов, включая меры по обеспечению электронной безопасности и приемлемость действующего законодательства, допускающего и регулирующего электронную торговлю. Общие правовые условия в государстве (а не его законодательство о закупках) может обеспечивать, а может и не обеспечивать адекватную поддержку электронным закупкам. Например, законы, регулирующие использование письменных сообщений, подписей, которые должны считаться подлинными документами, и приемлемость доказательств в суде, могут оказаться не в состоянии с достаточной определенностью обеспечить использование электронных закупок. Хотя эти вопросы не могут уменьшить желание использовать электронные закупки, исход может быть непредсказуемым, а коммерческие результаты не будут оптимальными.

77. Для решения этой задачи сначала надо рассмотреть, затрагиваются ли в законодательстве о закупках или в общем административном законодательстве принимающего Типовой закон государства вопросы общего регулирования – или разрешения на использование – электронных закупок. Как отмечалось в Разделе [II.D] выше, Типовой закон – это не абсолютные правила закупок: вопросы планирования закупок, установления и поддержания контактов и общей вспомогательной инфраструктуры закупок рассматриваются и в других

документах. Даже если в Типовом законе предусмотреть общее признание электронных документов и сообщений, это не будет охватывать все документы, обмен информацией и сообщения в процессе закупок, и здесь могут возникнуть коллизии с другими правовыми документами по электронной торговле. Поэтому в Типовом законе принято решение полагаться на законодательство принимающего Закон государства, в том числе на общее законодательство по электронной торговле, для того чтобы разрешить электронные закупки, адаптируя его по мере необходимости к потребностям, связанным конкретно с закупками. Таким образом, принимающим Типовой закон государствам в первую очередь необходимо установить, допускает ли их общее законодательство по электронной торговле использование электронных закупок в рамках их юрисдикции.

78. Для этого принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают адаптировать ряд выпущенных ЮНСИТРАЛ документов по электронной торговле: Типовой закон об электронной торговле (1996 год), Типовой закон об электронных подписях (2001 год) и Конвенцию Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005 год)¹. В этих документах в целом признаются электронная торговля и электронные подписи, и если они приняты государством, то они устанавливают общие правовые требования в отношении использования электронных закупок. Они основываются на так называемом "подходе функционального эквивалента" к электронной торговле, согласно которому анализируются функции и цели традиционных требований к бумажным документам и соответствующим процедурам, и эти требования выполняются с использованием информационных технологий. Этому подходу также придерживались в Типовом законе в отношении применения электронной торговли конкретно к закупкам.

79. Поскольку этот подход является функциональным, он охватывает и понятие технической нейтральности и позволяет избежать введения более жестких стандартов для электронных закупок по сравнению с теми, что традиционно применялись к закупкам, оформляемым в бумажной форме. Важно отметить, что более жесткие стандарты станут препятствием для использования электронных закупок и/или могут привести к росту расходов при их использовании, а их потенциальные преимущества могут быть потеряны или соответственно раствориться. Кроме того, возникнет риск паралича системы, если какая-то предписанная к использованию технология станет временно недоступной. Еще одна причина придерживаться принципа технической нейтральности заключается в стремлении избежать последствий естественной тенденции к тому, чтобы слишком детально регулировать новые методы или инструменты в области закупок или придерживаться предписанного подхода, что является свидетельством отсутствия опыта и доверия к использованию новых технологий, и это также делает их внедрение более трудным, чем это должно было бы быть.

¹ Размещено на сайте http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html (доступ с января 2011 года).

80. Другим следствием такого подхода стало то, что в Типовой закон не включены определения терминов "электронный", "подпись", "письменная форма", "средства связи" и "электронные сообщения данных". Определения основных терминов, необходимых для эффективного ведения электронных торговых операций, есть в указанных выше документах ЮНСИТРАЛ по электронной торговле. [Например, в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле говорится, что "сообщение данных" означает "информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими."] С другой стороны, в Типовом законе больше нет ссылок или требований в отношении формы, которые предполагают использование документов в бумажной форме.

81. В самом Типовом законе рассматриваются характерные для закупок вопросы, которые не затрагиваются в общем законодательстве по электронной торговле, такие как необходимость указания точного времени получения электронных тендерных заявок и важность предотвращения доступа к их содержанию до запланированного времени открытия [добавить перекрестную ссылку на соответствующие постатейные замечания].

4. Практические соображения

82. Препятствия на пути использования электронных закупок могут носить логистический и/или технический характер. Хотя правительства многих стран перешли к осуществлению некоторых видов своей коммерческой деятельности в интерактивном режиме, надежный доступ к Интернету не всегда возможен: могут быть недостатки в инфраструктуре, а соответствующие технологии могут быть доступны не для всех, особенно если это связано с использованием новых технологий и их вспомогательных инфраструктур, которые еще не получили достаточно широкого распространения или которые находятся за пределами досягаемости МСМП.

83. Еще один смежный вопрос – это использование для закупок собственных систем информационных технологий и специализированного программного обеспечения. Доступ к рынку улучшается, если закупающие организации предоставляют эти системы в бесплатное пользование всем потенциальным поставщикам, однако соображения практического и коммерческого характера могут подталкивать к другому. Закупающие организации могут находиться в обстоятельствах, которые вынуждают их амортизировать и/или возмещать расходы на инвестиции в собственные системы, и они могут заключить контракт на управление системами электронных закупок с третьими сторонами, которые могут затем присвоить любую интеллектуальную собственность в их системах или создать потенциал для коллизии интересов.

84. Поэтому Типовой закон не требует от закупающих организаций бесплатно предоставлять все программное обеспечение или другие технические средства, но настоятельно рекомендует не взимать плату. Если же плату брать приходится, то закупающие организации не должны требовать слишком больших сумм или использовать собственные системы или плату для ограничения доступа к закупкам. По этим причинам принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об использовании

уже имеющихся информационных систем с общедоступным программным обеспечением. Важным моментом является то, что системы должны легко сочетаться с системами, используемыми потенциальными торговыми партнерами, не должны предусматривать лицензионные сборы за использование несколькими потребителями и должны быть легко адаптируемыми к местным языкам или допускать многоязычные решения. Соображения оперативной совместимости могут быть особенно важными в более широком контексте реформ государственного управления, предусматривающих интеграцию внутренних информационных систем различных государственных учреждений, и в предотвращении использования систем электронных закупок для ограничения участия в закупках зарубежных поставщиков. Некоторые системы электронных закупок требуют от потенциальных пользователей, т.е. поставщиков, предоставлять внутреннюю информацию в качестве предварительного условия для разрешения использовать систему. Хотя соображения безопасности и проверки подлинности учитывать необходимо, принимающим Типовой закон государствам рекомендуется обеспечить, чтобы их системы не вводили ненужные ограничения, которые будут затруднять доступ на рынок. (См. дополнительно раздел [II.F] ниже.) Соглашение о правительственных закупках [ссылка на соответствующую версию] требует, чтобы системы электронных закупок были общедоступными и совместимыми с другими системами, которые широко используются в соответствующем государстве. В этой связи принимающие Закон государства, возможно, пожелают обеспечить их соответствие этим и любым действующим региональным торговым соглашениям, многие из которых содержат аналогичные требования.

5. Меры предосторожности, способствующие более широкому использованию электронных закупок

85. Внедрение систем электронных закупок требует доверия общества к безопасности используемой информационной системы. Такое доверие общества само по себе требует надлежащей идентификации поставщиков, достаточно надежной технологии, систем, которые не подвергают риску тендерные заявки или другие оферты, и обеспечения достаточной безопасности для того, чтобы гарантировать, что конфиденциальная информация поставщиков останется конфиденциальной, не будет доступна для конкурентов и не будет использоваться каким-либо ненадлежащим образом. Когда соответствующие системы эксплуатируются третьими сторонами, особенно важно зримое выполнение этих требований. Система как минимум должна проверять, какая информация передается или предоставляется, кем, кому и когда (включая продолжительность сеанса связи), и должна быть в состоянии воссоздать последовательность событий. Она должна обеспечивать адекватную защиту от несанкционированных действий, направленных на срыв нормального функционирования процесса публичных закупок. Прозрачность, необходимая для укрепления доверия, повысится, если любые защитные меры, которые могут затрагивать права и обязанности закупающих организаций и потенциальных поставщиков, будут известны общественности или по крайней мере изложены в тендерной документации.

86. Как отмечалось выше, для регулирования мер, которые необходимо принимать в отношении электронных закупок, меры предосторожности

должны основываться на принципах функциональной эквивалентности и технической нейтральности. Например, конкретные меры в отношении электронных сообщений или конфиденциальности тендерных заявок или других оферт неизбежно приведут к установлению более высоких стандартов безопасности и сохранения защищенности данных, чем те, которые применяются в отношении сообщений в бумажной форме (поскольку существует очень мало таких стандартов, если они вообще есть, в обороте бумажных документов), и они могут не учитывать риски, с которыми всегда связаны бумажные сообщения.

87. Первая мера – это обеспечение идентификации сообщений, т.е. обеспечение их отслеживаемости до направившего их поставщика или подрядчика, что обычно осуществляется с помощью технологий электронных подписей и систем, определяющих обязанности и ответственность в вопросах идентификации. Соответствующие правила могут быть разработаны либо конкретно для системы закупок, либо могут существовать в общем законодательстве государства по электронным системам. Концепция технического нейтралитета на практике означает, что системы закупок не должны автоматически ограничиваться какой-либо одной технологией электронной подписи [(например, усовершенствованной электронной подписью, основанной на криптографии и инфраструктуре публичных ключей, даже если это преобладающая технология в данное время)]². Некоторые системы электронных подписей основаны на местных требованиях в отношении сертификации. Поэтому, для того чтобы избежать использования систем электронных закупок в качестве средств ограничения доступа к закупкам, система должна обеспечивать признание иностранных сертификатов и соответствующих требований безопасности, связанных с электронными подписями, вне зависимости от места происхождения подписей. В этой связи принимающим Типовой закон государствам необходимо будет рассмотреть, какие сообщения, например, тендерные заявки или другие оферты, требуют полной идентификации, и каких других механизмов, обеспечивающих установление доверия между покупающей организацией и поставщиками, может быть достаточно для других сообщений. Этот подход не нов: в Типовом законе 1994 года применялись различные требования к менее и более важным сообщениям в процессе закупок, равно как и в пересмотренном Типовом законе (см. статью [7]).

88. Еще одно требование касается целостности, которое преследует цель защитить информацию от изменений, дополнений или манипуляций или по крайней мере выявить и отследить любые произведенные изменения, дополнения или манипуляции. С этим связан вопрос "безопасности", означающей, что к документам, привязанным к определенному времени, например, тендерным заявкам, до намеченного времени вскрытия доступ предоставлен быть не может.

89. Более подробно эти вопросы обсуждаются в [перекрестная ссылка на руководство по статье [39]] ниже, где им придается наибольшее значение.

² Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включать эту ссылку, ввиду преобладания этой технологии.

90. Рост электронных закупок сопровождался внедрением новых методов закупок и пересмотром существующих в целях использования преимуществ новых технологий. Новые методы включают электронные реверсивные аукционы и электронные каталоги, а более традиционные методы, такие как рамочные соглашения, могут быть модернизированы, для того чтобы материалы можно было представлять в электронной форме, в частности на втором этапе процедуры: эти методы могут позволить производить закупки за несколько часов, а не недель или месяцев. Принятый в Типовом законе подход опять же способствует использованию этих методов по мере целесообразности и с учетом соответствующих мер предосторожности (см. [перекрестная ссылка на комментарий к главам VI и VII] ниже).

6. Электронные закупки как вопрос развития всего процесса

91. Некоторые из наиболее значительных экономических выгод от использования электронных закупок возникают в результате их применения к системе закупок в целом: введение единообразия в системе закупок с помощью информационных технологий может расширить возможности для надзора, контроля и оценки, особенно если системы закупок объединены с системами управления планированием, составлением бюджета и заключением контрактов и платежными системами (которые сами могут предусматривать использование электронных счетов и платежей). Внедрение электронных закупок дает возможность реформировать с этой целью всю систему закупок: если сообщения в бумажной форме просто заменить сообщениями, передаваемыми через электронную почту и Интернет, а объявления о возможных закупках размещать на веб-сайте, преимущества электронных закупок будут не столь велики. Без системной реформы есть вероятность того, что любые недостатки, которые могут существовать в традиционной системе закупок, будут перенесены в новую, цифровую систему, и риски, связанные с электронными закупками, не будут должным образом устранены.

92. Такой пересмотр всей системы закупок является существенным вложением, и электронные системы потребуют также и новых процессов управления. Эмпирические данные показывают, что в случае большинства внедренных систем электронных закупок потребовались долгие годы, для того чтобы получить обещанные выгоды, и наиболее эффективное внедрение зачастую осуществляется поэтапно, что может также способствовать амортизации капитальных затрат. Системы, рассчитанные на самофинансирование путем взимания платы с поставщиков и передачи некоторых функций на внешний подряд, с административной точки зрения могут быть эффективными, но здесь могут быть свои риски: комментаторы отметили как снижение участия и конкуренции в тех случаях, когда взимается плата, так и возможность институциональной коллизии интересов. Эти риски возрастут, если система будет передана на внешний подряд просто ради ее быстрого и относительно дешевого внедрения. Иными словами, необходимо тщательно взвесить издержки и выгоды самофинансирования систем и их передачи на внешний подряд.

F. Положения, касающиеся международного участия в процедурах закупок и использования систем закупок для достижения других целей государственной политики

1. Справочная информация

93. В соответствии с мандатом ЮНСИТРАЛ в области оказания содействия развитию международной торговли, а также с целями Типового закона, заключающимися в обеспечении максимального участия и конкуренции для улучшения соотношения цены и качества, в Типовом законе предусматривается, что поставщики и подрядчики допускаются к участию в процедурах закупок независимо от государственной принадлежности, за исключением случаев, когда подзаконные акты о закупках или другие положения законодательства принимающего Закон государства в порядке исключения допускают иное (статья [(8) (1)]). Это общее правило призвано способствовать открытости и не допустить произвольного и неоправданного ограничения участия иностранных фирм, и оно реализуется с помощью ряда установленных процедур, направленных, например, на обеспечение того, чтобы приглашения к участию в процедуре закупок и приглашения к предквалификационному отбору составлялись таким образом, чтобы они доходили до международных поставщиков и подрядчиков и были понятными для них. Эти положения подкрепляются статьей [(9) (6)], где говорится, что, при условии соблюдения требований статьи [8], "закупающая организация не устанавливает в отношении квалификационных данных поставщиков или подрядчиков никаких критериев, требований или процедур, которые представляют собой дискриминацию в отношении поставщиков или подрядчиков, или между ними, или в отношении их категорий или которые не являются объективно оправданными", а также правилами, касающимися описания объекта закупок и предусматривающими, что, с учетом статьи [8], не может использоваться никакое описание объекта закупок, которое может ограничить участие поставщиков или подрядчиков в процедурах закупок или их доступ к таким процедурам, в том числе любое ограничение на основе государственной принадлежности (статья [10 (2)]).

2. Прямое ограничение международного участия

94. Типовой закон позволяет принимающим его государствам предусматривать юридические основания для ограничения – в качестве исключительной меры – закупок внутренними поставщиками, разрешаякупающей организации в соответствии со статьей [8 (1)] заявить, что из процедуры закупок будут исключены поставщики или подрядчики на основе государственной принадлежности. Однакокупающая организация может ограничить международное участие только в той степени, насколько это допускают другие законы (в том числе договорные обязательства) или подзаконные акты о закупках. Цель этого ограничения заключается в обеспечении того, чтобыкупающая организация не могла подвергать дискриминации конкретных поставщиков или категории поставщиков по своему собственному усмотрению.

95. Последний момент подкрепляется положениями, которые прямо запрещают дискриминацию на основании требований в отношении

квалификационных данных, рассмотрения представлений или критериев оценки в статьях [9], [10] и [11] Типового закона, соответственно.

96. Такой подход, наряду с положениями статьи [3] о примате международных обязательств принимающего Типовой закон государства, позволяет учесть в Типовом законе случаи, когда средства, используемые для закупок, получены в результате двусторонней договоренности по оказанию помощи на определенных условиях. Согласно такой договоренности может требоваться, чтобы закупки осуществлялись у поставщиков или подрядчиков из страны-донора. Точно так же могут признаваться ограничения на основании государственной принадлежности, которые могут быть установлены, например, региональными организациями по экономической интеграции, предусматривающими национальный режим для поставщиков и подрядчиков из других государств – членов данной региональной экономической организации, а также ограничения в связи с санкциями, введенными Советом Безопасности Организации Объединенных Наций.

3. Косвенное ограничение международного участия

97. Приведенное выше обсуждение касается исключительных мер, которые явно направлены на ограничение участия иностранных компаний. Некоторые меры могут косвенно дать тот же результат, например, с помощью установления минимальных стандартов для квалификационных данных, описания объекта закупок и разработки критериев оценки (в статьях [9, 10 и 11]).

98. Как дополнительно разъясняется в комментарии к статьям [9, 10 и 11], закупающая организация может установить минимальные стандарты для квалификационных данных и удовлетворения требований и может включить критерии оценки, которые не относятся к объекту закупок, с тем чтобы содействовать государственной политике (например, экологической политике, индустриальной политике или социальной политике). Минимальные стандарты могут либо подтверждать юридические требования, существующие в принимающем Типовой закон государстве (такие как минимальная заработная плата для работников), либо такие стандарты или критерии оценки могут устанавливать более высокие по сравнению с правовыми нормами стандарты – или же отдавать предпочтение представленным предложениям, в которых отражены более высокие стандарты, – в целях содействия политике с помощью закупок (например, более высокие экологические стандарты). Такая политика будет сдерживать международное участие, если установленные стандарты выше, чем те, которые применяются в других государствах. Другие меры могут быть направлены на содействие развитию местного потенциала путем оказания поддержки МСП в конкретных секторах коммерческого сектора, которые исторически находились в неблагоприятном положении, и поощрение участия общин в закупках. Правительства могут также стремиться разместить некоторые виды договоров о закупках, исходя из соображений стратегического характера. Все эти меры могут быть частью явно выраженного подхода к осуществлению эффективных или учитывающих экологические требования закупок. Эти условия являются гибкими, но в целом направлены на то, чтобы учитывать влияние закупок на окружающую среду, социальную ситуацию и развитие [перекрестная ссылка на раздел по устойчивым закупкам].

99. Статья [11] позволяет закупающей организации использовать метод, называемый "преференциальной поправкой" в пользу местных поставщиков и подрядчиков. С помощью этого метода Типовой закон предоставляет принимающему его государству механизм для достижения баланса между целями международного участия в процедурах закупок и обеспечением развития местного потенциала без использования практики чисто внутренних закупок. Преференциальная поправка дает закупающей организации возможность выбрать предложение местного поставщика как победителя на торгах, если разница между ценой (или ценой в сочетании с показателями качества) этого предложения и предложения с самой низкой ценой или наиболее выгодными условиями не превышает пределов этой преференциальной поправки. Эта поправка позволяет закупающей организации отдавать предпочтение местным поставщикам и подрядчикам, которые могут устанавливать цены, приближающиеся к международному конкурентоспособному уровню, не исключая при этом участия иностранных конкурентов.

4. Использование закупок для содействия государственной политике и целям

100. Система, основанная на Типовом законе, допускает исключения для процедур, которые считаются гарантирующими оптимальное распределение ресурсов и соотношение цены и качества для достижения других государственных целей, в частности для развития и укрепления местного потенциала³.

101. Типовой закон не ограничивает виды стратегических задач или целей, которых принимающие этот Закон государства могут стремиться достичь с помощью закупок, но он устанавливает строгие требования прозрачности, гарантирующие, что всем участникам процесса будет ясно, как используются эти цели. В положениях законодательства или подзаконных актах в принимающих Типовой закон государствах должна быть изложена соответствующая политика. Примеры такой политики, которая проводится на практике, включают меры по защите платежного баланса и валютных резервов государства, разрешение заключать соглашения о встречной торговле, предлагаемые поставщиками или подрядчиками, установление величины местного компонента, включая обработку, рабочую силу и материалы, открывающиеся в связи с тендерными заявками возможности экономического развития, включая внутренние инвестиции или другие виды предпринимательской деятельности, стимулирование занятости, предоставление исключительного права на поставку определенных видов продукции внутренним поставщикам, передачу технологии и подготовку управленческих, научных и производственных кадров, уделение особого внимания развитию конкретных промышленных секторов, развитие МСМП, предприятий, созданных представителями меньшинств, небольших общественных организаций, групп, находящихся в неблагоприятном

³ Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в Руководстве обсудить, проводить ли такую политику только в той степени, насколько она содействует развитию местного потенциала, или же она может также соответствующим образом включать и политические соображения (которые, по мнению некоторых государств, являются не менее обоснованными).

положении, инвалидов, содействие развитию на региональном и местном уровнях, улучшение состояния окружающей среды и улучшение ситуации с правами женщин, молодежи и пожилых людей, а также лиц, принадлежащих к коренным народам и традиционным группам населения.

102. Принятый в Типовом законе подход призван обеспечить, чтобы расходы на проведение намеченного курса можно было рассчитать путем сравнения с установленными критериями и соответственно сбалансировать их с учетом получаемых выгод. Общие соображения по поводу последствий такой политики для изложенных в преамбуле целей Типового закона сводятся к тому, что в той мере, в которой она предусматривает введение ограничений на конкуренцию, она может оказать инфляционное воздействие на уплачиваемую конечную цену и, следовательно, на соотношение цены и качества, а расходы на осуществление контроля за соблюдением государственной политики могут увеличить административные или операционные издержки, что может негативно отразиться на эффективности. С другой стороны, проведение такой политики в некоторых областях может открыть рынок закупок для секторов, которые традиционно были исключены из сферы договоров о закупках (например, МСМП), и привести к росту участия и конкуренции, хотя в долгосрочной перспективе эти преимущества могут исчезнуть, если поставщики не захотят выйти за рамки уровня МСМП.

103. Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают рассмотреть эмпирическую информацию по государствам, которые проводят такую политику. Например, в течение сравнительно короткого периода времени поставщики или подрядчики из тех областей экономики, которым оказывается поддержка, могут развиваться – после или в результате осуществления такой политики – до такой степени, что смогут свободно конкурировать на рынке. Однако полная изоляция от иностранной конкуренции в течение длительного периода времени или после достижения поставщиками способности свободно конкурировать может подорвать развитие потенциала, которое и была призвана обеспечить такая политика. По тем же причинам проведение политики предпочтений (например, использование критериев оценки, для того чтобы отдать предпочтение определенной группе) дает, как правило, более позитивные результаты, чем политика резервирования (например, требование заключить субподряд с определенной группой). Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают обеспечить, чтобы государственная политика, проводимая через посредство закупок, была эффективной в действии и результативной в плане достижения стратегических целей. В то же время принимающим Закон государствам следует рассмотреть вопрос о таких приемлемых альтернативах, как оказание целевой технической помощи, упрощение процедур и сокращение бюрократизма, обеспечение выделения надлежащих финансовых ресурсов всем секторам экономики, требование к закупающим организациям регулярно и своевременно производить выплаты поставщикам и оказание другой целевой поддержки.

5. Устойчивые закупки

104. [Если будет включен раздел по этой теме, то потребуются дополнительные исследования/материалы.]

6. Международные обязательства

105. Типовой закон не является международным документом в том смысле, что это международное соглашение, ставшее результатом переговоров, и это только способствует принятому в нем гибкому подходу. Принимающие этот Закон государства, возможно, подписали международные соглашения, касающиеся закупок (в том числе Конвенцию против коррупции и соглашения о правительственных закупках [добавить соответствующие ссылки на варианты] и региональные торговые соглашения), которые могут предусматривать ограничение возможности проведения с помощью системы закупок государственной политики, подобной той, что описана выше.

106. Проведение определенной государственной политики на основании Типового закона может противоречить международным соглашениям (таким как соглашения о правительственных закупках и региональные торговые соглашения), которые обычно требуют предоставления "национального режима", то есть поставщики во всех подписавших их странах будут иметь не менее благоприятный режим, чем внутренние поставщики. [В соглашениях о правительственных закупках прямо запрещены "компенсации", то есть меры по стимулированию развития на местном уровне или улучшению счетов платежного баланса с помощью внутреннего компонента, лицензирование технологий, требования в отношении инвестиций, встречной торговли или аналогичные. Развивающиеся страны могут обговорить (в момент их присоединения) использование компенсаций в качестве квалификационных критериев, однако компенсация не может быть использована в качестве критериев оценки или заключения договора.] Поэтому принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают рассмотреть масштабы своих международных обязательств при включении в свое национальное законодательство о закупках положений, допускающих любые прямые или косвенные ограничения международного участия [, а если они основывали или будут основывать свое законодательство о закупках на Типовом законе, то рассмотреть положения своего внутреннего законодательства при проведении переговоров по международным обязательствам]. Положения многих торговых соглашений означают, что некоторые, но не все, варианты, которые предусмотрены в Типовом законе и которые могут привести к ограничению международного участия, будут пригодны для принимающих Закон государств.

7. Освобождение от необходимости публиковать приглашения к участию и объявления о закупках в международных изданиях

107. Подзаконные акты о закупках могут освобождать закупающие организации от необходимости публиковать первоначальное приглашение принять участие в закупках невысокой стоимости в газете, имеющей широкое международное распространение, на одном из языков, обычно используемых в международной торговле, если закупающая организация считает, что с учетом низкой стоимости объекта закупок иностранные поставщики или подрядчики вряд ли будут заинтересованы в направлении представлений [статья 32 (4)]. Важно отметить, что только низкая стоимость сама по себе не может служить основанием для исключения международного участия поставщиков (в отличие от других причин, оправдывающих внутренние закупки и изложенных в статье [8]), так что международные поставщики могут участвовать, если они

примут такое решение; например, если они отвечают на рекламное объявление о закупках, сделанное внутри страны.

108. В этой связи понятие закупок невысокой стоимости не следует понимать как позволяющее предоставить принимающим Типовой закон государствам полную гибкость для установления соответствующего порога, достаточно высокого для того, чтобы исключить большую часть своих закупок из сферы действия положения о публикации в международном издании. В Типовом законе невозможно установить единый порог, который будет приемлем для всех принимающих Закон государств. Тем не менее принимающее этот Закон государство при установлении соответствующего порога или порогов, возможно, пожелает принять во внимание следующие вопросы: следует ли применять один порог к "закупкам невысокой стоимости" при решении вопроса о допустимых исключениях из требования о публикации в международном издании и требования предоставлять информацию о валюте и языках в тендерной документации, и должен ли этот порог также служить верхним пределом для использования процедур запроса котировок.

109. Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают также рекомендовать закупающим организациям выяснять, вероятно ли международное участие в случае каждой конкретной закупки (независимо от того, имеет ли она невысокую стоимость или нет), исходя из предположения, что есть публикация в международном издании, и какие дополнительные шаги могли бы быть связаны с международным участием. В этой связи в Типовом законе признается, что в таких случаях закупок на небольшую сумму закупающая организация может иметь, а может и не иметь какого-либо правового или экономического интереса в исключении участия иностранных поставщиков и подрядчиков: безоговорочное исключение иностранных поставщиков и подрядчиков в таких случаях может лишить эту организацию возможности произвести закупку по более низкой цене. С другой стороны, международное участие может повлечь за собой расходы на перевод, дополнительное время на организацию перевода рекламы или ответов от иностранных поставщиков и может потребовать от закупающей организации рассмотрения тендерных заявок или других оферт на нескольких языках. Закупающая организация, возможно, пожелает в каждом конкретном случае оценивать затраты и выгоды, связанные с международным участием, если допускается его ограничение.