



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

8 May 2006

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Тридцать девятая сессия

Нью-Йорк, 19 июня – 7 июля 2006 года

Доклад Рабочей группы I (Закупки) о работе
ее девятой сессии

(Нью-Йорк, 24-28 апреля 2006 года)

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-2	3
II. Организация работы сессии	3-8	3
III. Обсуждения и решения	9-10	4
IV. Рассмотрение предложений относительно пересмотра Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг	11-111	5
A. Использование электронных сообщений в процессе закупок (A/CN.9/WG.I/WP.42 и Add.1)	11-86	5
1. Функциональная эквивалентность всех методов передачи сообщений, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими	11-22	5
2. Стандарты доступности	23-38	8
3. Форма сообщений	39-46	11
4. Юридическое значение договоров о закупках, заключенных электронным способом	47-48	14
5. Требование ведения отчета о процедурах закупок	49-51	14
6. Представление электронным способом тендерных заявок, предложений и котировок	52-63	14
7. Электронное вскрытие тендерных заявок	64-65	17



	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
8. Электронное опубликование информации, касающейся закупок . . .	66-79	17
9. Нерешенные вопросы	80-86	20
В. Проекты положений, разрешающих использование электронных реверсивных аукционов согласно Типовому закону (A/CN.9/WG.I/WP.43)	87-111	22
1. Общие замечания	87-94	22
2. Условия для использования электронных реверсивных аукционов	95-104	24
3. Процедуры в предаукционный период	105-111	26

I. Введение

1. На своей тридцать седьмой сессии в 2004 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли ("Комиссия") поручила подготовку предложений о пересмотре Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг 1994 года "Типовой закон", A/49/17 и Согг.1, приложение I) своей Рабочей группе I (Закупки). Рабочей группе был предоставлен гибкий мандат на выявление вопросов, которые должны быть рассмотрены в ходе обсуждения, включая вопросы, учитывающие новые виды практики в области публичных закупок, в частности те из них, которые возникают в связи с использованием электронных сообщений (A/59/17, пункт 82). Рабочая группа приступила к подготовке предложений о пересмотре Типового закона на своей шестой сессии (Вена, 30 августа – 3 сентября 2004 года) (A/CN.9/568). Доклады Рабочей группы о работе ее шестой–восьмой сессий см. документы A/CN.9/568, A/CN.9/575 и A/CN.9/590).

2. На своей тридцать восьмой сессии в 2005 году Комиссия выразила признательность Рабочей группе за результаты, достигнутые в ее работе, и вновь заявила о своей поддержке проводимого обзора и отражения в Типовом законе новых методов закупок (A/60/17, пункт 172).

II. Организация работы сессии

3. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою девятую сессию в Нью-Йорке с 24 по 28 апреля 2006 года. На сессии присутствовали представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австрии, Алжира, Беларуси, Гватемалы, Германии, Иордании, Ирана (Исламской Республики), Испании, Камеруна, Канады, Катар, Кении, Китая, Колумбии, Литвы, Мадагаскара, Мексики, Пакистана, Республики Корея, Российской Федерации, Сингапура, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Туниса, Турции, Уганды, Уругвая, Франции, Чешской Республики, Чили, Швеции и Шри-Ланки.

4. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Боливии, Демократической Республики Конго, Индонезии, Кабо-Верде, Мали, Сальвадора и Филиппин.

5. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

а) *система Организации Объединенных Наций*: Всемирный банк и Секретариат Организации Объединенных Наций;

б) *межправительственные организации*: Африканский банк развития (АБР), Всемирная торговая организация (ВТО), Европейская комиссия, Европейское космическое агентство (ЕКА), Межамериканский банк развития (МАБР) и Экономическое сообщество западноафриканских государств (ЭКОВАС);

в) *международные неправительственные организации, приглашенные Комиссией*: Европейская ассоциация студентов-юристов (ЕАСЮ), Институт международного права (ИМП) и Международная ассоциация адвокатов (МАС).

6. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:
Председатель: г-н Стивен К. КАРАНГИЗИ (Уганда)
Докладчик: г-н Гонсало СУАРЕС БЕЛЬТРАН (Колумбия).
7. На рассмотрении Рабочей группы находились следующие документы:
 - a) аннотированная предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.I/WP.41);
 - b) записка, касающаяся использования электронных сообщений и опубликования информации в процессе закупок (A/CN.9/WG.I/WP.42 и Add.1);
 - c) записка, касающаяся электронных реверсивных аукционов и тендерных заявок с аномально заниженной ценой (A/CN.9/WG.I/WP.43 и Add.1);
 - d) сопоставительное исследование рамочных соглашений (A/CN.9/WG.I/WP.44 и Add.1); и
 - e) записка, касающаяся списков поставщиков (A/CN.9/WG.I/WP.45 и Add.1).
8. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:
 1. Открытие сессии
 2. Выборы должностных лиц
 3. Утверждение повестки дня
 4. Рассмотрение предложений относительно пересмотра Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг
 5. Прочие вопросы
 6. Утверждение доклада Рабочей группы.

III. Обсуждения и решения

9. На своей девятой сессии Рабочая группа продолжила работу по подготовке предложений о пересмотре Типового закона. В качестве основы для обсуждений Рабочая группа использовала записки Секретариата A/CN.9/WG.I/WP.42 и Add.1, а также A/CN.9/WG.I/WP.43. Обсуждение нерассмотренной части документов A/CN.9/WG.I/WP.43, A/CN.9/WG.I/WP.43 и Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.44 и A/CN.9/WG.I/WP.45 и добавлений к ним было отложено до следующей сессии Рабочей группы.

10. На утреннем заседании в пятницу Секретариат вкратце изложил свое понимание тех изменений, которые Рабочая группа просила внести в проекты материалов для Типового закона и Руководства, касающиеся использования электронных средств передачи сообщений в процессе закупок и проведения электронных реверсивных аукционов, в целях отражения обсуждений, состоявшихся на нынешней сессии. Рабочая группа также заслушала резюме оставшихся нерассмотренными вопросов, включенных в ее повестку дня (как они перечислены в документе A/60/17, пункт 171), и информацию о работе других региональных и международных организаций в области публичных

закупок¹. Рабочая группа отметила, что недавно вступила в силу Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции и что хотя основные элементы тех ее положений, которые касаются закупок, согласуются с положениями Типового закона, содержащиеся в этой Конвенции требования относительно внутренних процедур обжалования и коллизии интересов выходят за рамки нынешних положений Типового закона, что может потребовать в будущем уделения Рабочей группой надлежащего внимания этим вопросам.

IV. Рассмотрение предложений относительно пересмотра Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг

A. Использование электронных сообщений в процессе закупок (A/CN.9/WG.I/WP.42 и Add.1)

- 1. Функциональная эквивалентность всех методов передачи сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими: новая статья 4 бис (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 7–16, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункты 1 и 2)**

Статья 4 бис

11. Был внесен ряд редакционных предложений относительно предложенного нового текста статьи 4 бис: i) использовать термин "средства передачи сообщений" вместо термина "методы передачи сообщений", с тем чтобы избежать недоразумений, поскольку термин "методы" уже используется в Типовом законе и Руководстве применительно к методам закупок, и чтобы обеспечить соответствие с текстом Типового закона об электронной торговле; ii) снять текст в квадратных скобках, за исключением перекрестной ссылки; iii) перенести иллюстративный перечень примеров, включающий "электронные, оптические или сопоставимые средства" передачи сообщений, в Руководство по принятию и снять устаревшие упоминания; iv) исключить слова "сопоставимые средства" как не имеющие определений, но сохранить примеры, перечисленные в тексте Типового закона; v) закончить статью словами "отвечают статье 4 [тер]"; vi) добавить слово "сообщения" после слова "касающееся" и ссылку на "сообщение данных"; и vii) заменить слово "включая" во второй формулировке, заключенной в квадратные скобки, словами "такие как".

12. Рабочая группа отметила, что принятие некоторых из вышеизложенных предложений приведет к тому, что текст будет отступать от эквивалентных положений недавно принятой Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах² и других текстов ЮНСИТРАЛ. Тем не менее было достигнуто согласие о том, что некоторые из предложенных изменений позволят упростить и рационализировать текст для конкретных целей Типового закона и что в Руководстве будет разъяснено, что это положение служит тем же целям, что и другие тексты ЮНСИТРАЛ.

13. Рабочая группа согласилась с некоторыми из выдвинутых предложений и постановила, что в статью следует внести следующие изменения:

**"Статья 4 бис. Функциональная эквивалентность всех ~~{средств}~~
~~{методов}~~ передачи сообщений, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими**

Любое положение настоящего Закона, касающееся передачи сообщений, письменной формы, опубликования информации, представления тендерных заявок в запечатанном конверте, вскрытия тендерных заявок, а также любых записей или собраний, толкуется как ~~охватывающее {любые средства для совершения необходимых действий, включая}~~ включающее электронные, оптические или сопоставимые средства для совершения таких действий, ~~{, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими,}~~ при условии, что избранные средства отвечают ~~{положениям/стандартам доступности, изложенным в}~~ статье [4 тер]".

14. Было выражено согласие с тем, что в Руководстве будет приведен исключенный из текста статьи иллюстративный перечень примеров "электронных, оптических или сопоставимых" средств, который будет обновлен, в частности, в том, что касается ссылок на телекс и телеграмму. С другой стороны, было указано, что вопрос о том, какие средства передачи сообщений являются устаревшими, будет решаться в различных правовых системах по-разному и что, таким образом, в тексте Руководства следует учесть уровень проникновения разнообразных электронных сообщений и технологий на соответствующих рынках. Было выражено также согласие с тем, что в Руководстве будет указано, что положения этой статьи следует толковать расширительно таким образом, чтобы охватить любые положения Типового закона, предполагающие физическое присутствие или наличие бумажной документации.

15. Рабочая группа отметила несоответствие между принципом "технологической нейтральности" в статье 4 бис и предлагаемой статьей 9(3), в которой содержится ссылка на конкретную технологию, и сочла, что ей потребуется еще раз рассмотреть этот вопрос на надлежащем этапе.

16. Что касается места для включения положений статьи 4 бис, то, по мнению некоторых делегаций, их следует включить либо в статью 4 тер, либо в статью 9. Другое предложение состояло в том, чтобы перенести их в конец статьи 2 (Определения). В отношении последнего предложения была выражена обеспокоенность, поскольку в прилагаемой статье 4 бис содержится не определение, а изложение основополагающего принципа, который будет применяться во всем Типовом законе. Поэтому было предложено сохранить положения статьи 4 бис в виде отдельной статьи в начале текста Типового закона, возможно, в качестве статьи 2 бис. С другой стороны, было отмечено, что включение этих положений в самое начало текста Типового закона в качестве отдельной статьи потребует изменения нумерации значительной части его статей. Было отмечено, что Рабочей группе следует помнить о том, какие последствия такие изменения в нумерации или другие изменения в структуре Типового закона, связанные с его пересмотром, будут иметь в тех правовых системах, в которых уже приняты законы о закупках на основе Типового закона. В этой связи было высказано мнение о том, что для удобства использования каждое новое положение и все измененные положения следует сопровождать соответствующими пояснительными примечаниями.

17. После обсуждения Рабочей группой статей 4 тер и 9 были внесены дальнейшие предложения относительно изменений текста статьи 4 бис, ее названия и места в Типовом законе (см. пункты 36 и 37 ниже).

Текст Руководства по принятию

18. Было высказано мнение о том, что в тексте Руководства по принятию, касающемся использования электронных сообщений в процессе закупок, ссылки на "сообщения" следует заменить ссылками на "электронные средства", когда и насколько это целесообразно, поскольку понятие сообщений в тексте Типового закона имеет чрезвычайно широкий смысл, и что следует добавить некоторые положения о роли и месте электронных закупок в контексте осуществления правительственных функций с помощью электронных средств.

19. Что касается текста пункта 2 подраздела (i), то было отмечено, что некоторые части текста, в которых затрагиваются вопросы управления заключаемыми договорами и соблюдения норм и принципов следует исключить, поскольку сфера применения Типового закона не охватывает эти вопросы (см., однако, пункты 81-86 ниже), а также что перевод термина "electronic procurement" на французский язык, который звучит как "procédures dématérialisées", несколько шире по сфере охвата, чем более буквальный перевод как "marchés électroniques", и что, таким образом, тексты на обоих языках следует рассмотреть и привести в соответствие друг с другом; было отмечено также, что пункты 3 и 4 следует согласовать с текстом статьи 4 тер.

20. Что касается текста пункта 7 подраздела (ii), то было выражено согласие с тем, что следует исключить слова "для всех" после слова "понятны". Высказанная обеспокоенность касалась, в первую очередь, того, что следующая непосредственно за этими словами формулировка "оставались неизменными со временем" может быть истолкована как устанавливающая для электронных сообщений более высокие требования, чем те, которые существуют для бумажных сообщений; и что поэтому следует оговорить в Руководстве вопрос о предусмотренных сроках. В то же время, согласно общему пониманию Рабочей группы, необходимость подробно останавливаться на этом вопросе отсутствует, поскольку в тексте Руководства просто перечисляются качественные требования, применимые как к электронным, так и к бумажным сообщениям, например, требование о том, чтобы качество сообщения с течением времени не ухудшалось.

21. Что касается текста пункта 14 подраздела (ii), то было предложено более подробно сформулировать первое предложение, с тем чтобы перечислить ситуации, в которых согласно Типовому закону потребуется применение электронных средств, например в случае электронных реверсивных аукционов или когда закупающая организация выдвигает конкретное требование об использовании таких средств. Необходимо также более подробно описать в тексте Руководства последствия различий в уровнях использования электронной торговли в разных государствах, принимающих Типовой закон.

22. Было высказано мнение о том, что, с учетом текста Руководства в его нынешнем виде, никакие подразделы не требуются.

2. Стандарты доступности (A/CN.9/WG.I/WR.42, пункты 17–19, и A/CN.9/WG.I/WR.42/Add.1, пункт 3)

Статья 4 тер

23. Рабочая группа напомнила, что в предлагаемом тексте статьи 4 тер содержится четыре элемента, затрагивающих средства передачи сообщений (сюда включается опубликование или хранение информации или документов или обмен ими, проведение собраний и представление и вскрытие тендерных заявок) с точки зрения:

- a) недискриминации;
- b) несоздания препятствий для процесса закупок;
- c) общедоступности; и
- d) общей сопоставимости с другими используемыми средствами передачи сообщений.

24. По вопросу о том, какие из этих элементов следует сохранить в предложенной статье 4 тер, были высказаны различные мнения.

25. Было отмечено, что английский термин "accessibility standards" ("стандарты доступности") в названии предлагаемой статьи может содержать некоторые нежелательные смысловые оттенки, поскольку понятие "accessibility" стало ассоциироваться с гражданскими правами доступа как общее понятие применительно к определенным группам меньшинств. В этой связи был предложен альтернативный термин "availability". Было отмечено, что термин "accessibility" используется в нынешней статье 5 Типового закона (где говорится о доступности для общественности нормативных текстов, касающихся закупок) и что он обозначает более широкое понятие, чем "availability" (которое в большей степени базируется на фактах). С другой стороны, было отмечено, что требование к закупающей организации рассматривать понятие "accessibility" таким образом может повлечь за собой необходимость для нее брать на себя расходы по обеспечению такой доступности, что будет обременительным и может выходить за рамки мандата Рабочей группы. Соответственно, Рабочая группа постановила, что следует использовать английский термин "availability" с тем, чтобы избежать нежелательных смысловых оттенков.

26. Было отмечено, что главный вопрос, рассматриваемый в этой статье, касается недискриминации в сообщениях и что эта концепция уже отражена в статье 9(3) существующего текста Типового закона. Было отмечено также, что понятия "доступности" и "совместимости" могут рассматриваться либо как аспекты недискриминации, либо как связанные с ней, но отличающиеся концепции.

27. Далее было отмечено, что директивы Европейского союза 2004 года о закупках включают требование доступности таким образом, что средства передачи сообщений в процессе закупок не должны ограничивать доступ к закупкам. Было указано, что предлагаемый текст статьи 4 тер, в котором затрагивается вопрос недискриминации, может рассматриваться как охватывающий требования, изложенные в этих директивах, поскольку в предлагаемом тексте предусматривается, что избранные средства передачи сообщений не должны ограничивать конкуренцию.

28. Таким образом, было высказано мнение о том, что текст статьи 4 тер должен состоять из двух первых предложенных пунктов и касаться только недискриминации. При этом в Руководстве по принятию следует подробно осветить концепцию недискриминации, пояснив, что избранные средства передачи сообщений не должны создавать препятствий для процесса закупок, и рассмотреть вопрос общедоступности

29. Было отмечено также, что вопрос о дискриминации с точки зрения избранных средств передачи сообщений (или избранного метода осуществления закупок) уже рассматривался в процессе подготовки существующего текста Типового закона и что дискриминация возможна в процессе применения любых таких решений. Эти возможности были учтены при разработке статьи 9(3) нынешнего текста Типового закона.

30. В то же время возобладало мнение о том, что элементы, о которых говорилось в подпунктах (a), (b) и (d) пункта 23 выше, следует исключить. В отношении подпункта (b), касающегося несоздания препятствий для процесса закупок, было отмечено, что это положение может рассматриваться как охватывающее все цели, изложенные в преамбуле к Типовому закону, и что оно обеспечит степень гибкости, которая будет желательна при выборе средств передачи сообщений и решении связанных с этим вопросов. С другой стороны, было указано, что решение о том, что является "препятствием" для процесса закупок, носит субъективный характер, и поэтому существует возможность злоупотребления этим положением. Тем не менее Рабочая группа согласилась с тем, что в Руководстве будет разъяснено, что выбираемые средства передачи сообщений не должны создавать препятствий для процесса закупок, поскольку в противном случае это поставит под угрозу достижение целей Типового закона, связанных с обеспечением максимальной экономичности и эффективности закупок, как это предусмотрено в пункте (a) его преамбулы.

31. В отношении подпункта (a) пункта 23 выше было отмечено, что понятие недискриминации присутствует в ряде положений существующего текста Типового закона, например в статье 9(3) и, в утвердительной формулировке, в пункте (d) преамбулы, предусматривающей справедливое и беспристрастное отношение ко всем поставщикам и подрядчикам. По вопросу о том, следует ли включить в Типовой закон общий принцип недискриминации, были высказаны различные мнения. Возобладало мнение о том, что этого делать не следует, поскольку это выходит за рамки мандата Рабочей группы, заключающегося в пересмотре Типового закона с целью обеспечения функциональной эквивалентности и создания возможностей для использования новых методов закупок. Было также упомянуто о том, что недискриминация как применительно к средствам передачи сообщений, так и в целом признается в качестве важного принципа. В силу этого цель обеспечения справедливого и беспристрастного отношения ко всем поставщикам и подрядчикам, изложенная в преамбуле, должна быть отражена во всем Типовом законе с помощью включения конкретных норм, там и когда это необходимо.

32. Рабочая группа отметила, что касающиеся недискриминации положения статьи 9(3), которые призваны решить проблему дискриминации в контексте замкнутых систем связи, когда-нибудь устареют и будут фактически противоречить предлагаемым изменениям, в частности к новой статье 9, которая

предоставит закупающей организации возможность выбирать средства передачи сообщений.

33. Было отмечено далее, что положения, касающиеся недискриминации, могут непреднамеренно оказать отрицательное воздействие на использование электронных средств передачи сообщений в сфере публичных закупок: закупающие организации станут, возможно, неохотно прибегать к использованию электронных средств из-за опасения того, что некоторые поставщики или подрядчики, которые сочтут, что их интересы нарушены в результате выбора средств передачи сообщений, будут обжаловать соответствующее решение, причем даже наличие такого права на обжалование уже само по себе может создать препятствие для процесса закупок. Было отмечено также, что опасения относительно любой возможной дискриминации, а также оспаривания выбора средств связи и их надежности следует рассматривать в тот момент, когда закупающая организация оценивает потенциальные выгоды проведения электронных закупок. Возможный риск связан с тем, что лишь из-за отсутствия у небольшого числа поставщиков доступа к соответствующим необходимым технологиям электронные закупки не будут внедрены и связанные с ними выгоды не будут реализованы.

34. Включение уточняющего признака в понятие дискриминации, например таких слов, как "неразумная", "явная", "очевидная" или "намеренная", возможно, не поможет устранить такой риск полностью, а также привнесет элемент субъективности. Кроме того, такое уточнение может ввести в оборот новые концепции дискриминации и привести к несогласованности с другими существующими положениями Типового закона, касающимися дискриминации. Тем не менее была достигнута договоренность, что в Руководстве по принятию следует рассмотреть понятие дискриминации и на примерах разъяснить, как она может возникать на практике (см. также пункт 60 ниже).

35. Отметив, что дискриминация может иметь место лишь тогда, когда решение об использовании определенных средств передачи сообщений не может быть оправдано объективно, Рабочая группа постановила, что понятие "общедоступности", содержащееся в последнем пункте предлагаемой статьи 4 тер, можно рассматривать как средство обеспечения недискриминации. Соответственно, Рабочая группа решила, что текст статьи 4 тер должен включать первый и последний предлагаемые пункты и иметь следующую формулировку:

"Закупающая организация обеспечивает, чтобы средства передачи сообщений, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими, проведения собраний и представления или вскрытия тендерных заявок могли легко использоваться совместно с подобными средствами, обычно используемыми в отношениях между поставщиками (подрядчиками)".

36. Впоследствии было выражено согласие с тем, что эту формулировку следует отразить в положениях статьи 4 бис следующим образом (полностью исключив при этом статью 4 тер):

"Любое положение настоящего Закона, касающееся передачи сообщений, письменной формы, опубликования информации, представления тендерных заявок в запечатанном конверте, вскрытия тендерных заявок, а также любых записей или собраний, толкуется как

включающее электронные, оптические или сопоставимые средства для совершения таких действий, при условии, что избранные средства могут легко использоваться совместно со средствами, обычно используемыми в отношениях между поставщиками (подрядчиками)".

37. Что касается места для включения пересмотренных объединенных положений, то было выражено согласие с тем, что вместе с некоторыми положениями предложенной статьи 9 (см. пункты 39 и 40 ниже) они составят отдельную статью, в которой будет изложен основополагающий принцип, касающийся использования средств передачи сообщений (в самом широком смысле) в процессе закупок, и поэтому их следует включить в начало текста Типового закона, возможно после статьи 5 (придерживаясь хронологического порядка процесса закупок, это будет означать, что они должны предшествовать любым положениям, в которых говорится об определении кандидатур поставщиков или подрядчиков). Новое название будет отражать новую расширенную сферу охвата объединенных положений, и в силу этого должны быть соответственно изменены ссылки на стандарты доступности ("accessibility" или "availability") и на "функциональную эквивалентность".

38. Что касается предлагаемого текста Руководства по принятию, то Рабочая группа согласилась с тем, что, помимо тех моментов, о которых говорилось в пунктах 30 и 34 выше, в Руководстве будет отражено ее решение, касающееся текста статей 4 бис, 4 тер и 9, и i) будет подробно рассмотрено понятие общедоступности средств передачи сообщений (например с точки зрения того, что закупающие организации при выборе ими средств передачи сообщений для тех или иных закупок должны учитывать степень проникновения электронных средств связи и технологий на соответствующий рынок, а также стоимость таких средств); ii) будет подчеркнуто, что вопрос о том, использование каких средств передачи сообщений является объективно оправданным, будет по-разному решаться в различных странах и применительно к различным закупкам; iii) будут рассмотрены вопросы, касающиеся способности к взаимодействию и совместимости, ссылки на которые были исключены из последнего подпункта предложенной статьи 4 тер; и iv) будет указано на возможность применения более строгих требований (например, предусмотренных международными договорами или установленных многосторонними банками развития".

3. Форма сообщений: статья 9 (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 20–28, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункты 4 и 5)

39 В контексте рассмотрения статьи 9 было решено, что статью 4 бис с внесенными в нее изменениями (см. пункты 36 и 37 выше) следует объединить с проектом статьи 9(1), согласно которому закупающая организация должна указывать избранные ею средства передачи сообщений при первом приглашении к участию в процедурах закупок, и проектом статьи 9(4), содержащим требование о том, чтобы в подзаконных актах о закупках содержались положения, касающиеся подлинности, целостности, доступности и конфиденциальности сообщений.

Предлагаемая статья 5 бис

40. Рабочая группа решила рассмотреть на своей следующей сессии следующий текст:

"Статья 5 бис [название будет рассмотрено к десятой сессии]"

1) Любое положение настоящего Закона, касающееся передачи сообщений [письменной формы, опубликования информации, представления тендерных заявок в запечатанном конверте, вскрытия тендерных заявок, а также любых записей или собраний,] толкуется как включающее электронные, оптические или сопоставимые средства [для совершения таких действий], при условии, что избранные средства могут легко использоваться совместно со средствами, обычно [или обще-] используемыми в отношениях между поставщиками или подрядчиками.

2) Документы, уведомления, решения и другие сообщения ~~[о которых говорится в настоящем Законе,]~~ в отношениях между поставщиками (подрядчиками) и закупающей организацией направляются, представляются или создаются с помощью средств передачи сообщений, указанных закупающей организацией при первом приглашении поставщиков (подрядчиков) к участию в процедурах закупок, при условии, что указанные средства могут использоваться, как это оговорено в предыдущем пункте.

3) [В подзаконных актах о закупках или закупающей организацией] [устанавливаются или могут устанавливаться] меры для обеспечения подлинности, целостности, доступности и конфиденциальности сообщений.

[4) Положения пункта 1 настоящей статьи в равной мере применяются к любым положениям настоящего Закона, касающимся письменной формы, опубликования информации, представления тендерных заявок в запечатанном конверте, вскрытия тендерных заявок, а также любых записей или собраний.]"

41. Рабочая группа отметила, что в первом пункте изложенной выше статьи затрагиваются не только сообщения, но также письменная форма, опубликование информации, представление тендерных заявок в запечатанном конверте, вскрытие тендерных заявок, записи и собрания. При этом во втором и третьем пунктах затрагиваются только сообщения. Рабочая группа постановила рассмотреть на одной из своих следующих сессий вопрос о том, следует ли сохранить эти другие вопросы в первом пункте или включить их в отдельный четвертый пункт этого проекта статьи или в другое место в тексте Типового закона. Этот еще не решенный вопрос будет отражен в тексте пунктов 1 и 4, заключенном в квадратные скобки.

42. Что касается пункта 2 изложенной выше статьи, то было принято решение о том, что следует исключить ограничительную формулировку "о которых говорится в настоящем Законе", применяемую в предыдущем варианте текста в отношении "документов, уведомлений, решений и других сообщений", с тем чтобы ссылки были сделаны на любые сообщения, которые могут быть подготовлены в рамках процесса закупок, а также постановила внести такие же изменения в остальные пункты предложенной статьи 9 (см. пункт 44 ниже).

43. Что касается пункта 3 приведенной выше статьи, то Рабочая группа отметила, что обязательства по остальным положениям статьи ложатся на закупающую организацию. В силу этого Рабочая группа решила рассмотреть

вопрос о том, должна ли закупающая организация – а не принимающее Типовой закон государство посредством нормативных актов – регулировать вопросы подлинности, целостности, доступности и конфиденциальности сообщений, изложенные в этом пункте, и следует ли предусмотреть возможность или обязанность делать это для закупающей организации или принимающего Типовой закон государства. Этот нерешенный вопрос будет отражен в предлагаемом тексте, заключенном в квадратные скобки. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с подлинностью, целостностью, доступностью и конфиденциальностью сообщений, должны быть подробно рассмотрены в Руководстве по принятию.

Статья 9

44. Что касается остальных пунктов ранее предложенной статьи 9, касающейся формы сообщений, то было высказано мнение о том, что в этой статье следует рассмотреть требование, согласно которому сообщения должны включать запись их содержания. В этой связи Рабочая группа решила продолжить свою работу над пересмотренной статьей 9 на основе следующего текста:

"Статья 9. Форма сообщений

1) С учетом других положений настоящего Закона документы, уведомления, решения и другие сообщения ~~{о которых говорится в настоящем Законе}~~, направляемые закупающей организацией или административным органом поставщику (подрядчику) или поставщиком (подрядчиком) закупающей организации, представляются в такой форме, которая обеспечивает запись содержания сообщения и является доступной для последующего использования.

2) Сообщения между поставщиками (подрядчиками) и закупающей организацией, упомянутые в статьях 7(4) и (6), 12(3), 31(2)(a), 32(1)(d), 34(1), 36(1), 37(3), 44(b)–(f) и 47(1) [ссылки будут обновлены с учетом изменений в Типовом законе], могут передаваться при помощи средств связи, которые не обеспечивают запись содержания сообщения, при условии, что сразу же после этого получателю сообщения дается подтверждение сообщения в форме, содержащей запись ~~подтверждения содержания сообщения~~ и являющейся доступной для последующего использования".

45. Было достигнуто согласие о том, что формулировка ранее предложенной статьи будет изменена таким образом, чтобы заменить обязательство обеспечить "запись подтверждения" обязательством обеспечить "запись содержания сообщения", с тем чтобы гарантировать регистрацию в форме записи и содержания сообщения, и факта его получения.

Текст Руководства по принятию

46. Рабочая группа приняла решение не рассматривать текст Руководства, который должен быть изменен в свете обсуждений, состоявшихся на нынешней сессии.

4. Юридическое значение договоров о закупках, заключенных электронным способом (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 29 и 30, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункт 6)

47. Рабочая группа просила заменить в последнем предложении предлагаемого пункта 1 текста на английском языке слово "execution", используемое в отношении договоров, словом "conclusion", с тем чтобы избежать любых связанных с использованием термина "execution" нежелательных технических толкований, которые могут возникнуть в некоторых правовых системах.

48. Что касается пунктов 1 бис и кватер, то было выражено согласие с тем, что в ссылках на необходимость рассмотрения принимающими Типовой закон государствами вопроса об адекватности законов об электронной торговле следует использовать глагол "may", а не "will", с тем чтобы обеспечить гибкость и предоставить принимающим Типовой договор государствам возможность учитывать разные фактические обстоятельства.

5. Требование ведения отчета о процедурах закупок (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 31 и 32, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункт 7)

49. Было замечено, что в Руководстве по принятию следует разъяснить сферу применения предложенного пункта (b) бис и указать, что в отчете должно быть определено любое конкретное программное обеспечение или другие критерии, используемые применительно к средствам передачи сообщений, избранным закупающей организацией.

50. Было отмечено, что текст Руководства по принятию следует согласовать с предложенной статьей 5 бис и что следует расширить требование, согласно которому закупающая организация избирает средства хранения в отчете информации, к которой будет открытый доступ "до истечения срока для обжалования согласно статье 52 Типового закона", с тем чтобы это требование распространялось на любой иной срок, который может быть предусмотрен в отношении систем хранения документации в законодательстве какой-либо конкретной правовой системы.

51. Было также выражено согласие с тем, что следует исключить из текста обязанность "обеспечивать полную совместимость (или возможность взаимодействия) систем сохранения отчетов". Главное соображение состояло в том, что цель заключается в предоставлении доступа к содержащейся в отчете информации третьим сторонам, имеющим право на ее получение, а этот вопрос уже решается надлежащим образом с помощью изложенных в тексте требований, касающихся доступа.

6. Представление электронным способом тендерных заявок, предложений и котировок (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 33 и 34, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункт 8)

52. Было отмечено, что имеются два существенных соображения, которые связаны с представлением тендерных заявок электронным способом: необходимость повышать доверие к электронным системам и уверенность в них и необходимость определить цели предлагаемых изменений и стремиться к их достижению. Решающее значение будет иметь перенесение в электронную среду механизмов защиты, применявшихся в отношении традиционных средств

представления тендерных заявок. Внедрение любой новой системы приведет к возникновению новых рисков, и следует принять меры для их уменьшения, особенно в переходный период.

53. Рабочая группа отметила, что избранные закупающей организацией средства представления тендерных заявок важно указывать в тендерной документации. Хотя закупающей организации при осуществлении своего выбора будет необходимо выполнять требования предложенной статьи 5 бис, было сочтено, что нет никакой необходимости делать прямую ссылку на эти требования в статье 30(5)(a) Типового закона. Поэтому следует исключить из текста положение, содержащее ссылку на предложенную статью 5.

54. Рабочая группа рассмотрела также предложения исключить из первоначального текста статьи 30(5)(a) Типового закона ссылки на требования представлять тендерные заявки "в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте". Было отмечено, что эти требования представляют собой важнейшие меры защиты для представления тендерных заявок.

55. Рабочей группе было также сообщено, что во многих правовых системах подавляющее большинство тендерных заявок по-прежнему представляется в традиционной бумажной форме и вышеупомянутые требования не утратили своего значения.

56. Рабочей группе было сообщено, что в некоторых правовых системах предпринимаются попытки избежать технических последствий, связанных с требованием подписания электронных документов, путем указания на возможность удостоверения подлинности таких документов. Если принцип технологической нейтральности вступает в противоречие с основополагающими принципами самого Типового закона, такими как требование представлять тендерные заявки в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте, то преимущественную силу имеют такие основополагающие принципы. Поэтому эти требования следует сохранить в статье 30(5)(a), хотя они и предполагают наличие бумажной документации. Было отмечено также, что положения предложенной статьи 5 бис позволят перенести эти меры защиты в электронную среду с помощью использования принципа функциональной эквивалентности.

57. Было отмечено также, что в соответствующих положениях Руководства по принятию необходимо будет рассмотреть практические вопросы, связанные с разрешением представлять тендерные заявки электронным способом, включая средства защиты, эквивалентные письменной форме, подписи и запечатанному конверту (например, электронные тендерные заявки в закодированном виде, которые могут быть приравнены к тендерной заявке в запечатанном конверте). Кроме того, электронная тендерная заявка может быть уничтожена вирусом в момент ее вскрытия, в результате чего такая тендерная заявка прекратит свое существование. В этой связи в тексте Руководства может быть рекомендовано (как это уже делается в некоторых системах) использовать программное обеспечение, позволяющее проводить проверку на отсутствие вирусов, для выявления любых потенциальных рисков такого рода, что также будет способствовать укреплению доверия к электронной среде и обеспечению ее прозрачности.

58. Рабочая группа рассмотрела вопрос о мерах, которые могут быть приняты в связи с возможностью сбоев в электронной системе получения тендерных

заявок. Было отмечено, что закупающая организация не должна нести ответственности в случае неполучения тендерной заявки: риск, связанный с представлением тендерной заявки несет поставщик, в то время как закупающая организация несет ответственность лишь за направление подтверждения о получении его заявки. Тем не менее было сочтено, что могут быть предприняты шаги для уменьшения возникающих рисков, например, путем разрешения представлять два экземпляра тендерных заявок в разной форме в качестве меры защиты на случай отказа системы (что уже допускается в некоторых системах). Хотя было отмечено, что поставщики могут попытаться изменить условия своих тендерных заявок при представлении второго экземпляра и что такие случаи уже имели место, было сочтено, что преимущества системы, допускающей представление резервной тендерной заявки, будут превышать ее возможные недостатки.

59. Кроме того, Рабочей группе было сообщено, что во многих странах не требуется применять лишь какое-то одно средство представления тендерных заявок. В таких случаях действует комплексная система, в рамках которой одни поставщики представляют тендерные заявки в традиционной форме, а другие – в электронной. (Комплексные системы могут предусматривать также использование различных методов передачи сообщений в рамках процесса закупок и возможность представления поставщиками некоторых элементов своих тендерных заявок, например, образцов, чертежей или сертификатов, в физической или бумажной форме.) Было замечено, что разрешение использовать комплексную систему будет способствовать не только повышению доверия, но и расширению круга участников. Соответственно было принято решение о том, что закупающая организация должна иметь возможность выбирать либо традиционные бумажные средства представления тендерных заявок (и сообщений в целом), либо электронные средства, либо и те, и другие и что в текст Типового закона следует включить ясно выраженное разрешение выбирать более одного средства для этих целей.

60. Хотя Рабочая группа была информирована о том, что предоставление поставщикам разрешения самим выбирать средства представления тендерных заявок может расширить круг участников, было выражено согласие с тем, что выбор должна делать закупающая организация. Поставщик может обратиться в суд, если закупающая организация действовала дискриминационным образом, осуществляя свой выбор, в противном же случае он должен применять средства представления, избранные закупающей организацией и указанные в тендерной документации. В связи с этим вопросом было замечено, что положение о недискриминации в тексте существующей статьи 9(3) Типового закона, которое призвано предотвратить дискриминацию в вопросах осуществления выбора средств передачи сообщений, сохраняет свою значимость даже в свете предложенной статьи 5 бис Типового закона. Соответственно, Рабочая группа решила рассмотреть на своей следующей сессии вопросы о целесообразности сохранения положения, содержащего прямое указание на недискриминацию, и, если это будет сочтено целесообразным, о месте его включения.

61. В этой связи была отмечена также необходимость подчеркнуть в Руководстве по принятию, что использование комплексных систем будет абсолютно уместным в течение переходного периода после внедрения электронных средств передачи сообщений в процесс закупок и что в

долгосрочной перспективе использование исключительно электронных средств следует поощрять в тех случаях, когда это целесообразно.

62. Далее было отмечено, что в предлагаемом тексте статьи 30(5)(а) говорится о "форме" представления тендерных заявок, в то время как в предлагаемой статье 5 бис говорится о "средствах" их представления. Было отмечено, что эти два положения должны быть последовательными в этом отношении, а также в том, что касается ссылок на требование представлять тендерные заявки в запечатанном конверте, при том, что если указывается, что тендерные заявки должны представляться "в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте", то в ссылке на способ их представления следует, возможно, указать на "средства" их представления, с тем чтобы обеспечить необходимую последовательность.

63. Соответственно, Рабочая группа постановила, что на своей следующей сессии она рассмотрит текст статьи 30(5)(а) в следующей формулировке: "Тендерная заявка представляется {с помощью средств, указанных в тендерной документации,} в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте".

7. Электронное вскрытие тендерных заявок (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 35-37, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункт 9)

64. Было отмечено, что использование запечатанного конверта при представлении тендерных заявок, рассматривавшееся в предыдущем разделе, является также важным аспектом процедуры вскрытия тендерных заявок, поскольку наличие печати на момент вскрытия имеет ключевое значение для обеспечения доверия к этому процессу.

65. Что касается предлагаемого текста к статье 33(4) Типового закона, то было отмечено, что требование о том, что поставщики должны иметь возможность следить за вскрытием тендерных заявок "одновременно" или "в режиме реального времени", следует изменить с помощью использования формулировки "в то же время", что потребует от закупающей организации вскрывать электронные тендерные заявки и сразу же после этого загружать их на соответствующий веб-сайт, а эта процедура является эквивалентной традиционной процедуре публичного вскрытия тендерных заявок и не более обременительной, чем она. Было также предложено сформулировать заключительную часть предлагаемого текста следующим образом: "если [поставщики] имеют возможность в то же время следить за вскрытием тендерных заявок с помощью электронных, оптических или сопоставимых средств связи, используемых закупающей организацией".

8. Электронное опубликование информации, касающейся закупок (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 38–45, и A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, пункт 10)

Статья 5

66. Было подчеркнуто, что эта статья имеет важное значение и используется многосторонними банками развития в качестве стандарта оценки уровня прозрачности механизмов регулирования закупок в разных странах. Было предложено оставить положения статьи 5 максимально ясными и не перегружать ее чрезмерными требованиями.

67. Возобладало мнение о том, что сферу применения данной статьи в ее нынешнем виде следует оставить без изменения. Было отмечено, что, хотя цель обеспечения прозрачности имеет важное значение, она не должна достигаться за счет других важных соображений, таких как затраты и другие виды бремени, возлагаемого на закупающие организации.

68. Были выражены сомнения в целесообразности включать в пересмотренный текст статьи ссылку на "все судебные решения, касающиеся их применения". Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что в некоторых правовых системах будет невозможно выполнить требование незамедлительно предоставлять в распоряжение общественности эту информацию и систематически обеспечивать доступ к ней. Некоторые делегации высказали мнение, что это требование должно применяться только в отношении судебных решений, имеющих силу прецедента и являющихся "общеприменимыми".

69. Были заданы вопросы о значении формулировки "систематическое поддержание доступа". Было высказано мнение, что цель этой формулировки состоит в том, чтобы отразить необходимость обновления, и что такое требование может быть обременительным в отношении некоторых видов информации. Было высказано мнение, что такое требование должно применяться лишь к законам о закупках и подзаконным актам о закупках, тогда как менее строгий режим должен применяться, например, к административным постановлениям.

70. Было также обращено внимание на то, что следует проводить различие между требованием о предоставлении доступа к правовым документам и требованием об их опубликовании. Если первое из этих требований в большинстве случаев является легко выполнимым на практике в отношении всех правовых документов, указанных в данной статье, то выполнение второго будет сопряжено с практическими проблемами, особенно если применять его ко всем судебным решениям и административным постановлениям. С другой стороны, было подчеркнуто, что требование о предоставлении доступа к правовым документам также может быть обременительным на практике, поскольку, например, хотя возможность получения юридических решений и административных постановлений и может предусматриваться, они не обязательно являются легкодоступными.

71. Определенная поддержка была выражена предложению разделить статью 5 на два пункта: первый пункт касался бы правовых документов, которые должны публиковаться (закон, подзаконные акты о закупках и директивы общего применения), а второй – был бы посвящен существенно важным судебным решениям и административным постановлениям, доступ к которым должен обеспечиваться на постоянной основе. Было высказано мнение, что к этим двум категориям информации должны применяться разные требования. Что касается первой категории правовых документов, то требования останутся теми же, которые предусмотрены в существующей статье 5; в частности, было подчеркнуто, что здесь важное значение имеет понятие своевременности и что поэтому в данной статье следует сохранить слово "незамедлительно". Что касается второй категории документов, то требование о "систематическом обеспечении доступа" следовало бы заменить требованием "обновлять, при необходимости, на регулярной основе".

72. Возобладало мнение о том, что Секретариату следует учесть этот подход при подготовке пересмотренного текста статьи 5, при том что Руководство следует включить дополнительную информацию, в частности указать вопросы, которые было бы желательно урегулировать в подзаконных актах о закупках, например вопросы об информационных средствах и порядке опубликования.

73. Определенная поддержка была выражена первому предложенному добавлению к статье 5. Содержащуюся в нем ссылку на "другую информацию" было предложено ограничить путем добавления после нее слов "относительно принципов закупок". С другой стороны, было высказано сомнение в целесообразности включения этой формулировки в Типовой закон, поскольку у принимающего государства в любом случае будет иметься возможность добавить свои нормы к уже существующим положениям Типового закона, а также был задан вопрос о том, не охвачен ли уже этот аспект общей целью обеспечения прозрачности.

74. Возобладало мнение о том, что все предлагаемые возможные добавления, которые заключены в квадратные скобки, следует отразить только в Руководстве. Было высказано мнение, что в интересах принимающих государств во втором предлагаемом добавлении следует указать требования в отношении опубликования, которые имеются в Типовом законе. Ссылку на систематическое обеспечение доступа в этом контексте следует пересмотреть, поскольку оно является обременительной, а связанные с ней выгоды иллюзорны.

Положения, касающиеся "будущих возможностей в области закупок"

75. В отношении целесообразности включения этих положений в Типовой закон были высказаны различные мнения. С одной стороны, было указано на то, что этот подход является целесообразным, поскольку такие положения содействуют прозрачности в сфере публичных закупок и способствуют развитию конкуренции. Кроме того, было подчеркнуто, что это обеспечит согласование Типового закона в соответствующей части с Соглашением ВТО о правительственных закупках.

76. Для того чтобы было ясно, что содержание предлагаемых положений не означает объявления торгов, в эти положения было предложено внести поправки и сформулировать следующим образом: "в кратчайшие возможные сроки после начала финансового года закупающие организации могут публиковать информацию о предполагаемых возможностях в области закупок на следующий [период определяет государство, принимающее настоящий Закон], и эта информация не представляет собой тендерную документацию или ее часть". Было предложено также заменить слова "могут публиковать" словами "публикуют" или "должны публиковать". Однако некоторые делегации высказали мнение, что, если эти положения предполагается включить в Типовой закон, они должны сохранять разрешительный, а не предписывающий характер. Было высказано мнение о возможности их включения в статью 5.

77. С другой стороны, по мнению некоторых делегаций, предлагаемые положения было бы целесообразнее включить в Руководство. Они высказались против придания этим положениям предписывающего характера, поскольку в таком случае они устанавливают обременительные требования для закупающих организаций в том смысле, что они могут быть истолкованы как

предполагающие новый стандарт для закупающей организации или новые действия, которые она должна предпринять в отношении опубликования информации до начала запроса предложений.

78. Было высказано мнение, что при рассмотрении этого вопроса Рабочей группе следует провести оценку того, согласуется ли практика опубликования такого рода информации с целями Типового закона и, в случае положительного ответа на этот вопрос, существует ли необходимость во включении конкретного разрешающего положения в Типовой закон для содействия этой практике.

Текст Руководства по принятию

79. Было предложено исключить предложение в пункте 2 раздела (а), начинающееся со слов "Могут быть предусмотрены стимулы", второе предложение в пункте 4 раздела (а), а также пункт 2 раздела (b). В предложении в пункте 2 раздела (а), начинающемся со слов "Хотя согласно Типовому закону требуется", было предложено заменить последнюю часть, начинающуюся со слов "и оказать не стимулирующее", следующей формулировкой "и принимающим Типовой закон государствам следует рассмотреть вопрос о расходах на дополнительное опубликование с точки зрения выгод для получателей".

9. Нерешенные вопросы (A/CN.9/WG.I/WP.42, пункты 36–48)

80. Что касается общего подхода к внесению редакционных изменений в текст Типового закона, то было высказано мнение, что поправки следует свести к минимуму и формулировать их достаточно гибко, с тем чтобы они учитывали различающиеся условия в разных странах. Было также отмечено, что пересмотренный текст Типового закона должен быть как можно более удобным для пользователя.

81. Что касается вопроса о том, следует ли расширить сферу охвата Типового закона и Руководства, с тем чтобы отразить в них вопросы планирования закупок и управления исполнением договоров, то было отмечено, что фактически процесс закупок охватывает эти этапы и осуществляется при участии различных публичных учреждений. В то же время было замечено, что некоторые из этих этапов подпадают скорее под действие бюджетного законодательства (планирование закупок) и договорного права (управление исполнением договоров), а не законодательства о закупках. Тем не менее было отмечено, что эти этапы являются неотъемлемыми составными частями процесса закупок в целом, вследствие чего недостатки на одном из этапов будут оказывать неблагоприятное воздействие на другие этапы и процесс закупок в целом и могут быть поставлены под угрозу цели Типового закона. Поэтому было подчеркнуто, что надлежащее регулирование на всех этапах, предшествующих выбору подрядчика, и на последующих этапах, что входит в нынешнюю сферу действия Типового закона, имеет основополагающее значение.

82. Соответственно, были внесены предложения о том, что если общие принципы не будут установлены в самом Типовом законе, то в Руководстве следует рассмотреть, в частности, наилучшую практику в области планирования закупок и управления исполнением договоров, с тем чтобы охватить процесс закупок в целом. С другой стороны, было отмечено, что, возможно, с

практической точки зрения было бы более целесообразным рассмотреть в расширенном тексте Типового закона и/или Руководстве только вопросы планирования закупок, поскольку регулирование вопросов управления исполнением договоров является значительно более сложной задачей. В этой связи Рабочая группа напомнила о Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, в котором рассматриваются вопросы, предшествующие заключению контрактов, а также конкретные положения контрактов на строительство объектов. Было отмечено, что в некоторых правовых системах вопросы управления исполнением договоров регулируются отдельным законодательством.

83. Непосредственно в контексте планирования закупок было отмечено, что Рабочая группа уже затрагивала один из касающихся этапа планирования закупок вопросов, который связан с опубликованием информации о будущих возможностях в области закупок. Была выражена поддержка в отношении предложения о том, что в Руководстве следует поощрить опубликование этой информации в государствах, принимающих Типовой закон, как меру, способствующую обеспечению надлежащего регулирования процесса закупок, благого управления и прозрачности. Было выражено предостережение в отношении включения в Типовой закон каких-либо иных положений, кроме общих принципов, которые призваны регулировать процесс планирования, поскольку в подобном случае будут уничтожены возможности для проявления требуемой на этом этапе гибкости. Было высказано предположение о том, что Руководство или другие материалы, которые могут быть разработаны для оказания государствам помощи в принятии и осуществлении Типового закона, являются подходящими документами для подробного рассмотрения вопросов планирования закупок и поощрения некоторых видов надлежащей практики. Тем не менее было отмечено, что могут возникнуть практические трудности со сбором соответствующей информации и отысканием решений, которые учитывали бы все разнообразные местные условия.

84. Непосредственно в контексте управления исполнением договоров было высказано предположение о том, что в Типовом законе или Руководстве следует обратить внимание принимающих государств на проблемы, которые могут возникнуть i) с одной стороны, на этапе выбора подрядчика, что может иметь неблагоприятные последствия для управления исполнением договоров, особенно в том, что касается окончательной цены, которую государство должно будет заплатить за товары, работы или предоставленные услуги, и ii) с другой стороны, на этапе управления исполнением договоров, на котором изменения могут повлечь значительное повышение окончательной цены, нарушить целостность процесса закупок и создать неблагоприятные последствия для законных интересов сторон. Было высказано предложение о том, что в Руководстве, там где это целесообразно и возможно, следует изложить рекомендации для принимающих Типовой закон государств о том, как предотвратить и решать эти потенциальные проблемы.

85. Что касается характера Руководства, то были высказаны мнения о том, что Руководство должно быть адресовано не только законодателям, но и более широкой аудитории как более общее руководство по вопросам осуществления и использования Типового закона. Было выражено согласие с тем, что

формулирование правил в рамках подобного руководства нецелесообразно с практической точки зрения, поскольку такие правила требуют еще более высокой степени конкретизации, чем та, которая необходима для Типового закона, а также учета особенностей разных систем. В пересмотренном Руководстве могут быть освещены вопросы, которые было бы важно отразить в правилах о закупках. Было высказано мнение, что в Руководстве могли бы быть также приведены типовые положения, что было бы особенно ценным, если бы они основывались на практическом опыте различных заинтересованных сторон, включая банки развития. Было отдано предпочтение использованию глагола "may" вместо "will" в положениях Руководства по принятию, касающихся общих законодательных вопросов, подлежащих рассмотрению принимающими Типовой закон государствами.

86. Рабочая группа решила рассмотреть эти вопросы в надлежащем порядке, и тогда же Секретариату может быть предложено провести исследование с целью выявления проблем, обычно возникающих на этапах планирования закупок и управления исполнением договоров, и проанализировать способы их преодоления, предусматриваемые в различных национальных, региональных и международных правилах.

В. Проекты положений, разрешающих использование электронных реверсивных аукционов согласно Типовому закону (A/CN.9/WG.I/WP.43)

1. Общие замечания

87. Было отмечено, что при разработке любых положений об электронных реверсивных аукционах (ЭРА) в Типовом законе и Руководстве следует учитывать условия и интересы стран, которые получают наибольшую выгоду от Типового закона. Было отмечено, что до сих пор в Типовом законе поощрялось применение в качестве "золотого стандарта" традиционной процедуры открытых торгов, основополагающие принципы которой, включая запрещение переговоров и возможность для поставщика только один раз представить свою наилучшую тендерную заявку, не согласуются с характерными чертами, присущими ЭРА. Признание и регулирование ЭРА в Типовом законе может означать отступление от этих основополагающих принципов и ослабление "золотого стандарта" открытых торгов.

88. Рабочая группа приняла к сведению изменения в области использования и регулирования ЭРА на национальном и региональном уровнях, а также позицию многосторонних банков развития по этому вопросу. Было вновь заявлено, что ЭРА создают ряд новых рисков и могут повысить риски, которые уже присутствуют в традиционной практике использования запечатанных конвертов, при этом общее мнение заключалось в том, что Рабочей группе следует рассмотреть все проблемы, которые создают ЭРА, с тем чтобы надлежащим образом решать их посредством установления соответствующих правил.

89. Было признано, что вследствие новизны ЭРА определить наилучшую практику их использования весьма сложно. Поэтому было высказано мнение, что следует сформулировать положения Типового закона, касающиеся ЭРА, как можно шире, с тем чтобы обеспечить возможность развития практики

использования ЭРА. В то же время было заявлено, что важно создать правовую основу для их функционирования на основе общих принципов закупок и принципов, касающихся непосредственно ЭРА. Было отмечено, что важное значение в этом отношении имеют такие соображения, как четкое составление спецификаций и доведение их до сведения поставщиков с самого начала процесса закупок, а также анонимность участников процедур. Необходимость обеспечения анонимности участников процедур подчеркивалась также и в более широком контексте обеспечения конкуренции и честной торговли.

90. Было заявлено, что опыт проведения ЭРА по крайней мере в одной правовой системе свидетельствует о том, что они могут быть весьма дорогостоящим средством закупок применительно к удовлетворению потребностей только одной закупающей организации, поскольку при этом осуществляется наем подрядчиков, являющихся третьими сторонами. Поэтому рекомендовалось производить объединенные закупки.

91. Первоначально предпочтение отдавалось предложению сформулировать положения таким образом, чтобы цену можно было рассматривать в качестве единственного критерия принятия решений о заключении договора при использовании ЭРА. Разрешение использовать другие критерии, помимо цены, открывает возможности для злоупотреблений, поскольку при попытке дать количественную оценку этим критериям в процесс может быть привнесен субъективный элемент. Было высказано мнение, что установление предельно низкой цены, ниже которой тендерные заявки не будут приниматься, может стать важной гарантией надлежащего управления проведением ЭРА и мерой защиты от тендерных заявок с аномально заниженной ценой.

92. Было также выражено предпочтение тому, чтобы ЭРА проводились в случае закупок стандартных и сырьевых товаров. Было высказано мнение, что качественные характеристики могут быть присущи даже стандартным услугам (например, услугам по уборке) и что поэтому закупки с использованием ЭРА могут привести к снижению качества. С другой стороны, было заявлено, что было бы нежелательно ограничивать сферу применения ЭРА каким-либо конкретным видом закупок, поскольку на настоящем этапе сложно предугадать, каким образом будет развиваться этот инструмент. Опыт некоторых стран свидетельствует о том, что, даже в тех случаях, когда качеству придается большое значение, услуги могут закупаться через ЭРА в два этапа, на первом из которых осуществляется оценка качества.

93. Был высказан ряд возражений против того, чтобы предусматривалось использование исключительно ЭРА модели 1, поскольку такие аукционы предполагают полностью автоматизированный процесс, что, особенно на переходном этапе развития, не может быть обеспечено без риска исключения значительного числа поставщиков.

94. Было решено не ограничивать рассмотрение ЭРА только случаями их использования как отдельного метода закупок, с тем чтобы не создавать препятствий для развития этого инструмента. Использование ЭРА следует разрешить и в качестве факультативного этапа некоторых методов закупок.

2. Условия для использования электронных реверсивных аукционов (A/CN.9/WG.I/WP.43, пункты 9–37)

95. В качестве нового раздела IV "Электронные реверсивные аукционы", в котором следует объединить все положения по ЭРА, включая предлагаемый текст для статей 47 бис и тер, в конец главы III "Процедуры торгов" предлагается включить следующий текст:

"Статья [36 бис]. Условия для использования электронных реверсивных аукционов

Закупающая организация может проводить закупки с помощью электронного реверсивного аукциона в соответствии со [статьей/статьями] [47 бис и тер] при следующих обстоятельствах:

- а) когда покупающая организация способна сформулировать подробные и точные спецификации товаров (работ) и услуг;
- б) когда имеется конкурентный рынок поставщиков (подрядчиков), которые, как ожидается, будут отвечать квалификационным требованиям для участия в электронном реверсивном аукционе, с тем чтобы была обеспечена эффективная конкуренция;
- с) когда это касается:
 - i) обычно используемых товаров, характеристики которых в целом предлагаются на рынке; или
 - ii) обычно используемых услуг (работ), характеристики которых в целом предлагаются на рынке, при условии, что такие услуги (работы) являются несложными по своему характеру; и
- д) цена является единственным критерием, который будет использоваться при определении выигравшей заявки; [или]
- [е] [вариант для законодателя:] цена и другие критерии, которые могут быть выражены в цифрах или преобразованы в денежные единицы и могут оцениваться автоматически, будут использоваться для определения выигравшей заявки]".

96. Предложенная формулировка получила поддержку, поскольку, как отмечалось, она представляет собой компромиссное решение, сформулированное достаточно широко и гибко, что позволяет ЭРА развиваться по целому ряду параметров. В Рабочей группе было достигнуто согласие относительно того, что все положения предложенной статьи 36 бис следует рассматривать в едином пакете, с тем чтобы сохранить совместное воздействие всех изложенных в ней защитных мер.

97. С другой стороны, было отмечено, что в предложенном тексте отдается предпочтение ценовым соображениям в ущерб качеству и что следует пересмотреть этот подход. В ответ было указано, что это является характерной особенностью ЭРА и что поэтому, если при тех или иных закупках качество является более или не менее важным соображением, чем цена, то более приемлемыми, возможно, являются другие методы закупок. Была выражена также обеспокоенность в связи с вопросом о том, предусмотрены ли в статье достаточные гарантии в отношении соответствия требованиям. В то же время

было отмечено, что вопрос соответствия требованиям рассматривается в статье 47 бис.

98. Было предложено внести ряд поправок в существующий текст: последовательно использовать во всем тексте формулировку "(работы) или услуги" в квадратных скобках (в соответствии с терминологией Типового закона); в пункте (а) исключить ссылку на закупающую организацию; в пункте (с) исключить слово "характеристики"; в подпункте (с) (ii) заключить в скобки слова "в целом предлагаются на рынке"; и в факультативном пункте (е) включить слова "только такие" перед словами "другие критерии", рассмотреть вопрос о необходимости в формулировке "[вариант для законодателя]" и ее месте, заменить слова "оцениваются автоматически" альтернативной формулировкой, такой как "оцениваются в рамках автоматических процессов", заменить термин "заявка" термином "тендерная заявка" и включить ссылку на пункт (d) и факультативный пункт (е) как на альтернативный текст пункту (d).

99. В связи с пунктом (а) было также отмечено, что этот пункт может стать излишним в свете статьи 27 (d) Типового закона, и что Рабочей группе следует вернуться к рассмотрению этого вопроса. Кроме того, в связи с пунктом (е) был поставлен вопрос о том, следует ли сохранить его в Типовом законе или же перенести в текст Руководства.

100. Было предложено разъяснить в Руководстве, что обычно работы или услуги не будут соответствовать условиям для проведения ЭРА, если только они не будут очень простыми по своему характеру. Это предложение получило решительную поддержку, и в этой связи была сделана ссылка на пункт 35 документа A/CN.9/WG.I/WP.43, в частности на его положения о товарах, которые, как было заявлено, следует сохранить в качестве текста Руководства, сопровождающего предложенную статью 36 бис. Было отмечено также, что, хотя предложенная статья предусматривает использование в отношении ЭРА других критериев помимо цены, в Руководстве следует обратить внимание на потенциальные опасности тех случаев, когда включаются такие другие критерии. Другое предложение состояло в том, чтобы разъяснить в Руководстве, что формулировка "отвечать квалификационным требованиям", используемая в подпункте (b), не означает, что предквалификационная процедура является непременной составляющей ЭРА.

101. Среди прочего, в Руководстве предлагалось отразить следующие соображения: необходимость обеспечить анонимность участников процедур (с указанием на требование о том, чтобы реверсивные аукционы проводились только в электронной форме); ЭРА должны проводиться в виде единственного и окончательного раунда торгов перед избранием победителя во избежание злоупотреблений; выигравшая цена указывается в контракте, в том числе в случае заключения рамочных соглашений; о начале и завершении аукционов заранее сообщается в ясной форме; и важность участия достаточного числа поставщиков для обеспечения конкуренции. Рабочей группе было сообщено, что к рассматриваемым критериям, не связанным с ценой, относятся сроки доставки и технические аспекты. Рабочая группа согласилась с тем, что в рамках аукциона не должны рассматриваться никакие критерии помимо тех, которые предусмотрены в пункте (d) и факультативном пункте (е).

102. Кроме того, в интересах сохранения преимуществ ЭРА как эффективного инструмента и в целях устранения трудностей, связанных с разработкой точных спецификаций, было высказано мнение о том, что в Руководстве следует рассмотреть вопрос о целесообразности использования общей терминологии по вопросам закупок, согласно которой для определения товаров, работ или услуг будут использоваться коды или ссылки на общие определяемые рынком стандарты (т.е. стандартные продукты). Предлагалось также составить перечни товаров, работ или услуг, которые не подходят для ЭРА, или перечень характеристик товаров, работ или услуг, при наличии которых такие товары, работы или услуги являются подходящими для ЭРА (в отличие от перечня рекомендуемых товаров, работ и услуг, который будет сложно обновлять). В этой связи была сделана ссылка на пункт 35 документа A/CN.9/WG.I/WP.43.

103. В отношении термина "стандартизированные", встречающегося в предложенной статье 19 бис в документе A/CN.9/WG.I/WP.43 и не использованного в предложенной статье 36 бис в предварительном порядке было высказано пожелание избегать включения этого термина, поскольку он может вызывать разные толкования и поэтому может стать причиной для обжалования. Было сочтено, что формулировка "обычно используется" преследует ту же цель, что и формулировка "в целом имеется в наличии", являясь при этом более ясной и более понятной, но можно сохранить обе формулировки. Было также достигнуто согласие о том, что для использования ЭРА не требуется согласия третьей стороны. С учетом предлагаемого места включения данной статьи Рабочая группа пришла к пониманию, что ЭРА по сути будут одной из составляющих процедур торгов, хотя при этом не исключается возможность их использования в качестве отдельного метода или этапа в рамках многоступенчатых рамочных соглашений.

104. Секретариату было предложено пересмотреть пример, приведенный в пункте 32 документа A/CN.9/WG.I/WP.43, а также решение о включении в пункт 5 Руководства предложенного текста к статье 19 бис.

3. Процедуры в предаукционный период (A/CN.9/WG.I/WP.43, пункты 38–53)

105. Что касается предложенной статьи 47 бис, то был задан вопрос о том, предусмотрено ли в этой статье, что поставщики могут отзываться свои заявки с ЭРА до его закрытия. Рабочей группе было сообщено, что в этой статье отсутствует прямое положение об этом, но возложение на закупающую сторону обязанностей на постоянной основе обеспечивать достаточную конкуренцию подразумевает, что поставщики фактически могут отзываться свои заявки. Рабочей группе было сообщено также, что в некоторых правовых системах поставщикам не разрешается снимать свои заявки после того, как они заявили о своем участии в ЭРА.

106. Далее было отмечено, что может применяться два вида ЭРА: в рамках первого осуществляются все этапы обычной процедуры торгов, включая оценку квалификационных данных поставщиков и соответствия первоначальной тендерной заявки установленным требованиям, при сохранении всех гарантий системы запечатанных конвертов. Затем всем поставщикам, которые отвечают квалификационным требованиям, будет предложено принять участие в ЭРА, по результатам которого определяется победитель. В такой системе поставщики имеют возможность выйти из процедур, поскольку оценка, проводимая перед

ЭРА, гарантирует способность выигравшего участника выполнить условия контракта.

107. При ЭРА второго вида первоначальная оценка не проводится и проверка квалификационных данных поставщика и соответствия тендерной заявки установленным требованиям осуществляется только после закрытия ЭРА. Внимание Рабочей группы было обращено на тот факт, что ЭРА уже проводятся таким образом и что эти процедуры могли бы свести к минимуму риск мошенничества при проведении ЭРА, поскольку конфиденциальная информация, представляемая с первоначальной тендерной заявкой, не раскрывается до начала самого ЭРА. В рамках этой системы поставщики просто подтверждают в начале ЭРА, что они согласны со спецификациями и отвечают квалификационным требованиям для участия в закупках в режиме онлайн. Было отмечено, что система постаукционной оценки соответствия требованиям и квалификационных данных создает опасность того, что победивший поставщик может быть признан не отвечающим квалификационным требованиям, либо его тендерная заявка может быть признана не соответствующей установленным требованиям, в результате чего договор будет заключен с другим поставщиком (согласно оговоренным правилам). Поскольку в рамках этой системы нет никаких гарантий того, что победивший поставщик сможет выполнить условия договора, было бы нецелесообразно разрешить поставщикам отзываться свои тендерные заявки.

108. Рабочая группа сочла, что текст Типового закона должен быть достаточно гибким, чтобы обеспечивать возможность функционирования обеих систем при условии наличия достаточных гарантий для защиты от мошенничества и злоупотреблений. Рабочая группа просила пересмотреть формулировку предложенной статьи 47 бис, с тем чтобы придать ей достаточную гибкость в этом отношении. Что касается нынешнего текста, то было выражено согласие с тем, что в пункте 2 следует предусмотреть, что когда предполагается проведение ЭРА первого описанного выше вида, поставщикам или подрядчикам следует до начала аукциона представить первоначальные тендерные заявки, которые являются полными во всех отношениях. Было также выражено согласие с тем, что в этой статье следует использовать термины "тендерные заявки", а не "заявки" и что необходимо будет найти более подходящий термин, чем "элементы", для определения тех частей тендерной заявки, по которым будет проводиться ЭРА.

109. Рабочая группа сочла, что в тексте Руководства по принятию следует разъяснить, что целью положений Типового закона является обеспечение достаточных возможностей для проявления гибкости, с тем чтобы позволить организацию ЭРА любым из способов, описанных в пунктах 106 и 107 выше, в зависимости от обстоятельств, преобладающих в той или иной стране. Кроме того, в Руководстве следует рассмотреть вопрос о защитных мерах, которые должны быть установлены для обеспечения функционирования системы ЭРА в соответствии с целями и основными процедурами Типового закона, в том числе случаи расхождений между практикой ЭРА и этими основными процедурами.

110. Что касается возможности отзыва поставщиками своих заявок с ЭРА и обеспечения эффективной конкуренции, то было выражено согласие с тем, что в пункте 3 (d) следует предусмотреть, что

"Закупающая организация обеспечивает, чтобы число поставщиков (подрядчиков), приглашенных к участию в аукционе, было достаточным для обеспечения эффективной конкуренции. Если число поставщиков (подрядчиков) в любой момент до закрытия аукциона является, по мнению покупающей организации, недостаточным для обеспечения эффективной конкуренции, покупающая организация [может отменить/отменяет] электронный реверсивный аукцион".

111. Рабочая группа согласилась рассмотреть на своей следующей сессии вопрос о том, следует ли предоставить покупающей организации возможность или обязать ее отменять ЭРА в таких обстоятельствах, в свете решения о том, следует ли разрешать поставщикам отзываться свои заявки с ЭРА. Рабочая группа сочла, что в Руководстве по принятию следует рассмотреть вопросы о том, когда и каким образом поставщики могут выйти из участия в процедурах ЭРА до их завершения.

Примечания

¹ Рабочая группа была кратко проинформирована по этому вопросу представителями АБР, ОРВЮА, МАБР и ВТО. Резюме информации о работе этих организаций в области публичных закупок содержится в документе A/CN.9/598/Add.1.

² Резолюция 60/21 Генеральной Ассамблеи.
