Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3

# 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 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках

### Записка Секретариата

**Добавление**

В настоящем добавлении содержится предложение относительно следующего раздела и подраздела Части I (Общие замечания) проекта пересмотренного Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках: II. Основные черты Типового закона ("Оспаривание и апелляция").

V.11-80229 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

# РУКОВОДСТВО ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛ О ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ

## Часть I. Общие замечания

...

## II. ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ТИПОВОГО ЗАКОНА

*(продолжение)*

### G. Оспаривание и апелляция

110. Одной из основных черт прозрачной системы закупок является наличие механизмов контроля за соблюдением правил системы и обеспечения их принудительного соблюдения в случае необходимости. Такие механизмы предусматривают проведение ревизий и расследований, а также судебное преследование за уголовные преступления (что, как правило, не рассматривается в рамках законодательства о закупках, и поэтому соответствующие положения в данном Типовом законе не содержатся) и процедуры обжалования, при помощи которых поставщики и подрядчики могут обжаловать решения и действия закупающей организации, которые, по их мнению, противоречат нормам применимого законодательства о закупках.

111. В этой связи одним из важнейших элементов обеспечения надлежащего функционирования системы закупок является эффективный механизм обжалования, который может способствовать укреплению доверия к этой системе. Такой механизм способствует тому, что Типовой закон в значительной мере становится средством, которое само по себе обеспечивает контроль и соблюдение изложенных в нем норм, поскольку при этом предусматривается возможность обжалования для поставщиков и подрядчиков, которые, естественно, заинтересованы в контроле за соблюдением закупающими организациями положений Типового закона в ходе всех процедур закупок. Кроме того, такой механизм обжалования действует также как сдерживающий фактор: он призван не допустить сознательное совершение действий или принятие решений, противоречащих нормам законодательства.

112. Ходатайства об обжаловании в отношении нарушенных правил и процедур могут подавать только поставщики, и поэтому необходимы другие вышеуказанные механизмы контроля для урегулирования a) случаев невыполнения обязательств, когда поставщик принимает решение не обращаться в суд, и b) систематически возникающих проблем. Нежелание поставщиков обращаться в суд может быть обусловлено многими факторами: при невысокой стоимости объекта закупок более крупные поставщики могут исходить из того, что убытки, возможно, не оправдывают соответствующие затраты; более мелкие поставщики могут счесть чрезмерными временные и денежные затраты на обжалование; и любые поставщики, возможно, не будут стремиться обжаловать дискреционные решения из-за повышенного риска

неудовлетворения ходатайства и опасений того, что подача ходатайства об обжаловании поставит под угрозу их взаимоотношения с закупающей организацией в будущем. Систематическое невыполнение обязательств может быть проигнорировано, если в рамках механизмов обжалования внимание сосредотачивается на отдельных случаях, в частности, связанных с относительно несерьезными случаями невыполнения обязательств.

113. Одной из основных черт эффективного механизма обжалования является возможность своевременного представления ходатайств об обжаловании: соответственно, содержащееся в статье 21 (2) требование относительно периода ожидания призвано обеспечить возможность подачи ходатайств об обжаловании до вступления в силу договора о закупках (или рамочного соглашения); положения, регулирующие установление периода ожидания, вкупе с положениями главы VIII являются частью общего механизма надзора и принудительного исполнения, предусмотренного Типовым законом.

114. В главе VIII содержится минимальный набор положений, направленных на обеспечение эффективных процедур обжалования, и принимающим Типовой закон государствам рекомендуется включить все положения этой главы в той мере, в какой это допускается их правовой системой.

### 1. Международные соглашения, касающиеся механизмов обжалования

115. В соответствии со статьей 9 (1) (d) Конвенции против коррупции системы закупок должны предусматривать эффективную систему внутреннего контроля, включая эффективную систему обжалования, для обеспечения юридических средств оспаривания и средств правовой защиты в случае несоблюдения правил или процедур, установленных в соответствии со статьей 9 (1) Конвенции. Для того чтобы обеспечить соответствие Типового закона требованиям Конвенции, Комиссия постановила включить в Типовой закон требование, согласно которому принимающие его государства должны обеспечить все необходимые для создания эффективного механизма обжалования права и процедуры (как на этапе обращения в суды первой инстанции, так и на этапе обжалования). Аналогичным образом, Комиссия стремилась обеспечить согласованность с подходом к механизмам обжалования, применяемым в рамках соглашений о правительственных закупках.

### 2. Обеспечение действия механизмов обжалования с учетом правовых традиций принимающего Типовой закон государства

116. Требования Конвенции против коррупции и Типового закона разрабатывались с осознанием необходимости того, чтобы осуществление процедур не противоречило правовой традиции соответствующего принимающего Типовой закон государства. Признается, что в большинстве государств существуют механизмы и процедуры обжалования действий административных органов и других государственных организаций (зачастую называемые механизмом обжалования). В ряде государств такие механизмы и процедуры установлены специально для урегулирования споров, возникающих в контексте закупок, осуществляемых этими органами и организациями. В других государствах такие споры рассматриваются с помощью общих механизмов и процедур обжалования действий административных органов.

Вместе с тем, между государствами все же отмечаются существенные различия в подходах к принудительному исполнению: в некоторых странах уже давно существует система обжалования решений в специализированных органах и судах; в то время как в других странах не существует какого-либо общего законодательного положения о таком обжаловании (за исключением случаев, когда это требуется в соответствии с международными обязательствами и при условии соблюдения процедур обжалования в судебном порядке). В некоторых правовых системах предусмотрены административные санкции за нарушение законодательства о закупках государственными органами, и соответствующее разбирательство проводится в административном суде, в других правовых системах предусмотрена определенная комбинация обжалования в административном порядке, или "квазисудебное" обжалование, и/или обжалование в судебном порядке решений о закупках в обычных судах (при одновременном проведении специального уголовного разбирательства в случае нарушения законодательства о закупках закупающими организациями).

117. Изложенные в главе VIII Типового закона правила и процедуры являются в достаточной мере гибкими, чтобы можно было с одинаковой эффективностью применять их в рамках любого из этих подходов. Некоторые важные аспекты процедур обжалования – например, определение органа, в который можно представить ходатайство или жалобу, а также возможные средства правовой защиты – касаются основополагающих концептуальных и структурных аспектов правовой системы и системы государственного управления в каждой стране.

118. В некоторых правовых системах предусматривается процедура обжалования или пересмотра действий административных органов и других государственных организаций путем обращения в административный орган, осуществляющий на правах вышестоящей инстанции властные полномочия или контроль за деятельностью данного органа или организации. В правовых системах, в которых предусматривается такой вид обжалования, ответ на вопрос о том, какой орган или какие органы должны осуществлять эту функцию в отношении действий конкретных органов или организаций, зависит в основном от структуры государственного управления. В других государствах функция обжалования или рассмотрения жалоб выполняется специальными независимыми административными органами, компетенцию которых иногда относят к "квазисудебной". Однако в этих государствах подобные органы не рассматриваются в качестве судов, входящих в судебную систему. Процедуры обжалования в административном или "квазисудебном" органе изложены в статье [66] Типового закона.

119. Главной особенностью административного или "квазисудебного" механизма является его независимый характер. В этом контексте понятие "независимость" означает независимость не от правительства, а от закупающей организации. Тем не менее принимающим Типовой закон государствам рекомендуется в рамках своих национальных правовых систем предусмотреть максимально возможную степень автономности и независимости процедур обжалования от исполнительных и законодательных органов власти, с тем чтобы не допустить политического влияния и обеспечить надлежащую строгость решений, принимаемых независимым органом. Независимый механизм обжалования особенно необходим в тех системах, в которых

нереалистично ожидать, что обжалование закупающей организацией своих собственных действий и решений всегда будет беспристрастным и эффективным, однако, с другой стороны, в некоторых уязвимых государствах может быть сложно обеспечить эффективные средства правовой защиты при помощи других механизмов[1].

120. Во многих национальных правовых системах действия административных органов и государственных организаций подлежат обжалованию в судебном порядке, будь то в дополнение к обжалованию в "квазисудебном" порядке или только в судебном порядке. В ряде правовых систем, в которых предусматривается обжалование одновременно и в административном, и в судебном порядке, обращение в суд возможно только после того, как будут исчерпаны все другие возможности обжалования; в других системах предлагается выбор из данных двух способов обжалования или рассмотрения жалоб. В Типовом законе этот вопрос не затрагивается, с тем чтобы принимающие Типовой закон государства могли в нормативном порядке установить желательный подход.

121. Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают использовать положения Типового закона для оценки эффективности своих действующих механизмов обжалования. Учитывая характер споров в области закупок, для их урегулирования, как правило, полезным является наличие специализированных органов. В случае, когда уже имеется система эффективного и действенного обжалования в судебном порядке, создание нового "квазисудебного" органа, возможно, не будет иметь особого смысла, тогда как, с другой стороны, при наличии хорошо функционирующего "квазисудебного" органа, возможно, также не будет особого смысла в создании судов, специализирующихся на урегулировании споров в области закупок.

122. С учетом вышесказанного и для того, чтобы обеспечить преемственность положений для самых разнообразных концептуальных и структурных рамок правовых систем и систем государственного управления во всем мире, положения главы VIII содержат принципы и основные процедуры, которых необходимо придерживаться в интересах создания эффективного механизма обжалования. Этот Типовой закон, как и все подобные документы в целом, представляет собой рамочный текст, и поэтому для обеспечения эффективного, оперативного и целесообразного с точки зрения затрат действия механизмов обжалования его положения должны дополняться нормативными положениями и подробными правилами процедуры. Особое внимание следует уделить

---

[1] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в Руководство, будь то в эту главу или в общий раздел, посвященный административной инфраструктуре, обеспечивающей поддержку в целях осуществления Типового закона, дополнительной информации, в частности об оптимальном распределении полномочий между закупающей организацией, контрольными органами (например, существующими антимонопольными органами власти) и независимыми органами. Секретариат придерживается мнения о том, что контрольный орган или центральный орган по закупкам не могут быть независимыми, поскольку они принимают решения, касающиеся закупающей организации. Такую независимую функцию мог бы выполнять регулирующий или надзорный орган, например орган по публичным закупкам, или, если это обусловлено масштабом и наличием ресурсов, такие функции могли бы быть переданы отдельному органу.

вопросу представления доказательств и проведения слушаний, с тем чтобы все стороны, участвующие в разбирательстве, были в полной мере осведомлены о своих соответствующих правах и обязанностях[2].

123. В главе VIII не рассматривается возможность разрешения споров с помощью арбитража или других судов, поскольку случаи использования арбитражной процедуры в контексте закупок являются относительно редкими и сам характер процедур обжалования зачастую связан с выяснением того, соответствуют ли действия или решения закупающей организации требованиям Типового закона. Тем не менее предположение о том, что Типовой закон исключает возможность передачи закупающей организацией и поставщиком или подрядчиком спора, касающегося предусмотренных Типовым законом процедур, на арбитражное разбирательство в соответствующих обстоятельствах, было бы неверным.

124. В случае, если, например, ходатайство об обжаловании подается в связи с утверждениями о мошенничестве или коррупции, или нарушением норм конкурентного права, на действие предусмотренного главой VIII механизма обжалования могут оказывать влияние положения других отраслей права и других органов принимающего Типовой закон государства. В таких случаях принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает убедиться в том, что закупающим организациям и поставщикам предоставлены соответствующие руководящие указания и что эта информация доступна для широкой общественности, с тем чтобы уведомить соответствующие органы власти и обеспечить принятие надлежащих мер.

### 3. Важность баланса между эффективными механизмами обжалования и недопущением неоправданного нарушения процесса закупок

125. Одной из ключевых черт эффективного механизма обжалования является установление надлежащего баланса между необходимостью защиты прав поставщиков и подрядчиков и обеспечения целостности процесса закупок, с одной стороны, и необходимостью ограничить возможность нарушения процесса закупок, с другой стороны. Поэтому положения предусматривают ограничение права на обжалование поставщиками и подрядчиками (включая возможных поставщиков и подрядчиков, которые были, например, дисквалифицированы); установление предельных сроков для подачи жалоб и апелляций и рассмотрения дел; и предоставление возможности самостоятельного принятия решения о целесообразности приостановления процедур закупок. Тем не менее в статье [64] содержатся положения, согласно которым договор о закупках или рамочное соглашение не вступает в силу в

---

[2] Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения более подробной информации, в частности руководящих указаний для создаваемых независимых органов, касающихся сбора доказательств (следственный или состязательный подход) и ведения производства. Например, закупающая организация обязана предоставить отчет о процедурах закупок, однако применение механизма принудительного исполнения может быть при этом неуместным. Также для обеспечения согласованности в том, что касается вида необходимых доказательств и их значимости, могут потребоваться соответствующие положения о представлении доказательств.

случае, когда подано ходатайство об обжаловании (за некоторыми исключениями). Эти вопросы рассматриваются в комментариях к этой статье.

### 4. Необходимость своевременного урегулирования споров

126. Одним из важных факторов, способствующих эффективному урегулированию споров и уменьшению числа нарушений процесса закупок, является принятие мер, способствующих раннему урегулированию проблем и споров и обеспечению возможности обжалования до того, как нужно будет отменять уже выполненные процедуры в рамках закупок, в частности, что наиболее важно, до вступления договора о закупках в силу (, или, где это применимо, заключения рамочного соглашения). Для этого в Типовом законе предусмотрен ряд положений, в частности об установлении периода ожидания (предусмотренного в статье [21 (2)]). Период ожидания устанавливается для того, чтобы между моментом определения выигравшего представления и моментом заключения договора о закупках (или рамочного соглашения) существовал непродолжительный период времени для рассмотрения любых ходатайств об обжаловании, касающихся предполагаемого заключения договора или соглашения, до того, как возникнут дополнительные осложнения и расходы в связи с рассмотрением уже исполненного договора. Что касается ходатайств об обжаловании, касающихся условий привлечения заявок и других вопросов, возникающих до представления тендеров или других оферт, то в статье [15] предусмотрен механизм для внесения пояснений и изменений в тендерную документацию, с тем чтобы уменьшить вероятность подачи жалоб в отношении условий, предусмотренных в этих документах. Следовательно, эти положения поддерживают механизм обжалования, предусмотренный в главе VIII.

### 5. Резюме положений об обжаловании

127. Положения главы VIII, в первую очередь, устанавливают, что поставщики и подрядчики имеют право на обжалование действия или решения закупающей организации: действие этого механизма распространяется на все без исключения действия или решения закупающей организации. Что касается органа, который рассматривает ходатайство об обжаловании, то в Типовом законе предусмотрено три варианта. На первом этапе ходатайство об обжаловании может быть направлено непосредственно закупающей организации в соответствии со статьей [65] при том условии, что договор о закупках еще не заключен. Важным является то, что такая одноуровневая система является одним из вариантов, которым могут воспользоваться поставщики, но при этом не представляет собой обязательный первый этап процедур обжалования. Этот вариант был предусмотрен в качестве оперативной, простой и относительно недорогостоящей процедуры. Было бы весьма желательно, чтобы в рамках механизма обжалования в области закупок существовали оперативные средства правовой защиты, которые не требуют существенных временных и денежных затрат, и достижению этой цели способствует то, что закупающая организация будет уже располагать всеми соответствующими фактами и контролировать соответствующие процедуры закупок и, возможно, будет готова и сможет исправить процедурные ошибки, о наличии которых ей даже не было известно. Наличие таких средств важно не только для подающего жалобу поставщика, но и для минимизации случаев

нарушения процедур закупок в целом. Одноуровневая система может также способствовать уменьшению предполагаемого риска того, что из-за судебной тяжбы, которая, как отмечается, является сдерживающим фактором при обжаловании, деловые отношения в будущем могут быть поставлены под угрозу. В этой связи принимающим Типовой закон государствам рекомендуется принять меры для обеспечения широкого распространения информации о таком механизме, его функционировании (что предусматривает официальные процедуры и не заключается в информировании), а также о его преимуществах, с тем чтобы его можно было эффективно использовать.

128. Вторым вариантом является обжалование решения или действия закупающей организации, которые, по мнению поставщика, противоречат закону, независимым третьим лицом. Такое независимое обжалование может быть проведено в административном или квазисудебном порядке. Сфера охвата такой процедуры шире, чем описанная выше одноуровневая система, поскольку ходатайства об обжаловании могут направляться после вступления в силу договора о закупках (или рамочного соглашения). Независимый орган, в который направляется ходатайство об обжаловании, может предоставить широкий круг средств правовой защиты, причем в сносках к соответствующим положениям указаны те средства правовой защиты, которыми невозможно воспользоваться в некоторых правовых системах, чтобы принимающие Типовой закон государства могли обеспечить согласованность системы независимого обжалования и соответствующих судебных механизмов.

129. Третьим вариантом, которым могут воспользоваться поставщики, является открытие производства в компетентном суде. В Типовом законе не предусмотрены процедуры для такого разбирательства, поскольку они будут регулироваться применимым национальным законодательством. В сносках к различным положениям указаны те аспекты и процедуры, которые необходимо будет учесть или выполнить таким образом, чтобы обеспечить эффективное функционирование вышеуказанного механизма в целом.

130. В этой связи принимающим Типовой закон государствам рекомендуется рассмотреть полномочия всех органов, в которые могут направляться ходатайства об обжаловании, чтобы убедиться в том, что созданная система действительно эффективно обеспечивает возможность обращения в суд и использования средств правовой защиты (включая апелляции), как это требуется в соответствии с Конвенцией против коррупции и что входит в оптимальные виды практики. В общих чертах эффективный механизм предусматривает возможность незамедлительного вмешательства; способность приостановить или отменить процедуры закупок и не допустить при обычных обстоятельствах вступления договора о закупках в силу до тех пор, пока не урегулирован спор; право приводить в исполнение другие обеспечительные меры, например запретительные судебные приказы или финансовые санкции за невыполнение обязательств; право присуждать возмещение убытков, если осуществить вмешательство уже невозможно (например, после заключения договора); и способность действовать оперативно в течение достаточно непродолжительного периода времени, который следует при обычных обстоятельствах отсчитывать в днях и неделях.

[Настоящий документ является заключительным в нынешнем проекте Части I. Общие замечания Руководства. Рабочая группа рассмотрит вопрос о необходимости включения в эту часть дополнительных разделов/подразделов/вопросов, что может повлиять на порядок изложения разделов/подразделов/вопросов в нынешнем проекте Части I.]