



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
26 April 2011
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Сорок четвертая сессия

Вена, 27 июня–8 июля 2011 года

Окончательная доработка и принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках

Подборка замечаний правительств и международных организаций относительно проекта Типового закона о публичных закупках

Содержание

	<i>Стр.</i>
II. Замечания, полученные от правительств и международных организаций	2
A. Замечания, полученные от правительств	2
Австрия	2



II. Замечания, полученные от правительств и международных организаций

A. Замечания, полученные от правительств

Австрия

[Подлинный текст на английском языке]
[21 апреля 2011 года]

Австрийская Республика хотела бы высказать следующие замечания по поводу проекта текста Типового закона о закупках (A/CN.9/729 и добавления).

Прежде всего Австрийская Республика хотела бы заметить, что текст типового закона должен содержать все соответствующие положения (и сведения) о процессе закупок. Текст типового закона (ТЗ) должен быть понятен без пояснений, а смысл его положений должен быть в принципе ясен без обращения к Руководству по принятию (РП). Между тем необходимую информацию о применении некоторых положений ТЗ можно найти лишь в РП (например, в пункте 3 статей 28 и 29 предусмотрены одни и те же условия для применения двух разных процедур, а необходимая информация о различиях содержится лишь в РП. См. Add. 6, стр. 16). Предлагаем включить всю необходимую информацию в текст самого закона.

В преамбуле типового закона (см. пункт (d)) использован эпитет "беспристрастный". Предлагаем заменить его на "равный". Выражение "равное отношение" широко используется в международной практике. Например, Суд европейских сообществ (Суд ЕС) неоднократно подчеркивал, что данный принцип означает, что *"сходные ситуации не должны рассматриваться по-разному, а разные ситуации – рассматриваться одинаково, за исключением случаев, когда такое рассмотрение объективно оправдано"* (см. пункт 27 решения Суда ЕС по делу C-21703 [Фабриком], пункт 68 решения по делу C-434/02 [Арнольд Андре] и перечисленные там предыдущие судебные решения, а также пункт 70 решения по делу C-210/03 [Шведская спичка] и перечисленные там предыдущие судебные решения). В связи с этим следует заметить, что приведенный в проекте РП пример (см. добавление Add.1, пункт 30) является неудачным, поскольку в нем сравниваются две разные ситуации (обмен сообщениями на бумажных носителях и в электронной форме). Кроме того, использование разной терминологии (беспристрастный – равный) вызывает вопрос о том, какое различие вкладывается в значение этих двух терминов.

Термин "предварительный отбор", встречающийся в пункте (b) статьи 2 (и других положениях типового закона), не имеет определения. Следует подумать о добавлении соответствующего определения. Одновременно с этим в статью 33 следует включить положение о порядке проведения предварительного отбора (который должен обеспечивать, в частности, прозрачность и отсутствие дискриминации).

Пункт (e) статьи 2 должен гласить: "...означает процедуру, проводимую..." (ср., например, со статьей 2, пункт (e)(iv)).

Вступительная часть пункта 1 статьи 5 ("За исключением случаев, предусмотренных в пункте 2") сбивает читателя с толку, поскольку в пункте 2 не предусмотрено никаких исключений из правила о доступности информации для общественности.

В пункт 2 статьи 8 следует включить ссылку на пункт 1 статьи 8, чтобы ясно обозначить, что соответствующее исключение должно быть прописано в законодательстве принимающего закон государства (и являться исключением, а не общим правилом).

Выражения "любое лицо" и "любой представитель общественности", использованные в пункте 5 статьи 8, пункте 9 статьи 17 и подпункте (е) пункта 3 статьи 48, соответственно, можно отнести и к "представителям общественности третьих стран". Считаем достаточным использовать формулировку "предоставление общественности" – например через Интернет. Кроме того, не следует допускать возникновения вопроса о разнице между понятиями "любое лицо" и "любой представитель общественности" (терминологию необходимо привести к единообразию).

В подпункте (е) пункта 2 статьи 9 следует уточнить формулировку "в данном государстве". В своем нынешнем виде она относится лишь к государству, в котором осуществляются закупки. При международных закупках соответствующее обязательство не будет иметь силы. Предлагаем использовать формулировку "в стране пребывания".

Использованная в подпункте (b) пункта 8 статьи 9 формулировка "может дисквалифицировать" указывает на то, что закупающая организация вольна решать данный вопрос по своему усмотрению. В связи с этим возникает вопрос, насколько оправдана такая свобода при данных обстоятельствах и не было бы уместнее использовать форму "дисквалифицирует".

В пункте 1 статьи 10 вместо формулировки "описание объекта закупок" следует использовать "подробное описание объекта закупок" (ср. аналогичную формулировку в подпункте (a) пункта 2 статьи 29).

В пункте 3 статьи 10 следует пересмотреть формулировку "в том числе в отношении".

Формулировку "любое описание" в пункте 4 статьи 10 следует заменить на "описание" (то же самое относится к подпункту (a) пункта 5). Помимо этого, слово "характеристики" следует заменить на "параметры" (как и в подпункте (a) пункта 5) для обеспечения единообразия с терминологией, использованной в других местах текста. Кроме того, из пункта 4 следует, что закупающая организация вправе указывать конкретные методы производства. Считаем это недопустимым и предлагаем внести в пункт 4 соответствующие изменения. Вместе с тем необходимо отметить, что даже после добавления в данный пункт предлагаемого нового текста закупающая организация будет по-прежнему вправе требовать, например, чтобы поставляемая электроэнергия была экологически чистой (однако не сможет требовать, скажем, чтобы поставляемая экологически чистая электроэнергия обязательно производилась с помощью гидрогенераторов).

Подпункт (b) пункта 2 статьи 11 является слишком общим. Согласно данному положению, критерии оценки могут включать "характеристики

объекта закупок" (термин "расходы" явно относится только к использованию, эксплуатации и ремонту товаров и т. д.). Что имеется в виду? Не достаточно и не лучше ли было бы упомянуть о социально-экономических критериях, связанных с осуществлением социально-экономической политики (см. подпункт (m) статьи 2)?

Содержащееся в пункте 3 статьи 11 требование о том, чтобы все неценовые критерии оценки (в принципе – "насколько это практически возможно") всегда выражались в денежной форме, представляется слишком обременительным. Предлагаем заменить союз "и" на "и/или".

В пункте 1 статьи 14 английского варианта текста, по всей видимости, пропущен предлог "in".

В пункт 5 статьи 14 предлагается добавить следующую формулировку: "и публикуется таким же образом и в том же месте, где была опубликована первоначальная информация о приглашении к предквалификационному или предварительному отбору".

В третьем предложении пункта 1 статьи 15 английского текста следует заменить формулировку "as will" на формулировку "as to" (то же самое относится к пункту 6 статьи 17).

Подпункт (f) (i) пункта 1 статьи 16 предлагается переформулировать следующим образом: "отзыв или изменение представления до или после истечения окончательного срока направления представлений, если это оговорено в тендерной документации".

Согласно подпункту (f) (ii) пункта 1 статьи 16, требование в отношении поведения поставщика может касаться только неподписания им договора о закупках. Каким образом следует понимать/толковать данное положение, не совсем ясно.

В связи с пунктом 2 статьи 16 возникает вопрос о том, что происходит с тендерным обеспечением в ситуации, предусмотренной в пункте 7 статьи 21, или при возникновении аналогичной ситуации, которая не была заранее оговорена (например в тендерной документации).

В конце подпункта (b) пункта 3 статьи 17 предлагаем использовать формулировку "предполагаемый график".

Пункт 1 статьи 19 должен охватывать также случаи, когда аномально заниженной является только цена. Для уточнения этого момента во вторую строку следует добавить формулировку "...что предложенная в нем цена или цена в сочетании с...". Предлагаем также выделить подпункт (c) пункта 1 в самостоятельный пункт 2, а прежний пункт 2 перенумеровать в пункт 3. По нашему мнению, условий, предусмотренных в подпунктах (a) и (b), и так достаточно для отклонения представления. Если данное предложение будет принято, то форму "изложила" в новом пункте 2 будет необходимо заменить формой "излагает".

В подпункт (a) пункта 1 статьи 20 предлагается ввести понятие минимальной стоимости. Текст данного пункта в его нынешнем виде можно истолковать таким образом, что факт получения должностным лицом или служащим закупающей организации любой вещи независимо от ее ценности

(!!; пусть даже шариковой ручки стоимостью менее 1 евро) может повлечь за собой отстранение поставщика или подрядчика от участия в процедурах закупок. Поскольку доказать, с какой целью предлагается вознаграждение ("с целью повлиять"), обычно невозможно, большое значение приобретают доказательственные факты. Данный момент достаточно пояснить в РП.

Следует подумать над тем, чтобы четко определить и/или пояснить понятие "несправедливого конкурентного преимущества". Следует также уточнить, что слова "положения законодательства данного государства" относятся только к ранее упомянутой "коллизии интересов".

Следует также уточнить, что под "другими поставщиками или подрядчиками", упомянутыми в пункте 10 статьи 21, понимаются "поставщики или подрядчики, которые ранее участвовали в процедурах закупок" (но были впоследствии отстранены; поставщики, дошедшие до последнего этапа закупок, уведомляются об их результатах в любом случае). Необходимо также уточнить, что в данном случае не действует положение о периоде ожидания.

Необходимо заметить, что на практике может возникнуть опасность того, что согласие на раскрытие информации другим лицам/сторонам превратится в обязательное условие участия в процедурах закупок. Таким образом, содержащееся в пункте 3 статьи 23 упоминание о разрешении на раскрытие информации в тендерной документации (при отсутствии у поставщиков и подрядчиков реальной возможности запретить такое раскрытие) может привести к серьезным проблемам и должно быть исключено.

В подпункте (r) пункта 1 статьи 24 английского текста должно быть написано "a written procurement contract".

В пункте 3 статьи 24 следует предусмотреть порядок раскрытия отчета о закупках в случае отмены процедур: с этой целью перед словами "предоставляется по запросу" в третьей строке следует добавить формулировку "при наличии таковой". В конец данного положения следует добавить фразу "и в соответствии с условиями такого постановления".

Недостаточно ясна взаимосвязь между пунктами 2-4 статьи 24 (особенно в том, что касается информации, предусмотренной в подпунктах (s) и (t) пункта 1). Так, согласно пункту 4, закупающая организация не раскрывает информацию, касающуюся рассмотрения и оценки представлений и цен представлений, тогда как согласно пункту 3 информация о цене представлений может быть раскрыта по запросу поставщиков или подрядчиков.

Предлагаем убрать из пункта 2 статьи 29 текст в скобках, поскольку положение о предварительном утверждении полномочным органом было исключено из всего текста типового закона (за исключением подпункта (e) пункта 5 статьи 29).

Слово "неопределенный" в подпункте (a) пункта 1 статьи 31 следует заменить на "периодический".

Предлагаем исключить упоминание о "низкой стоимости" из пункта 4 статьи 32. Данное положение может быть неверно понято в свете других положений ТЗ, в которых упоминается "низкая стоимость".

Информация, упомянутая в пункте (b) статьи 38, частично совпадает с информацией, уже перечисленной в подпункте (c) статьи 36.

В пункте (v) статьи 38 следует предусмотреть, что в уведомлении должны быть также указаны наименование и адрес органа, полномочного рассматривать возражения и апелляции, и приведена информация о сроках (то же самое относится и к подпункту (h) пункта 4 статьи 46, подпункту (k) пункта 5 статьи 48, подпункту (t) пункта 1 статьи 52 и подпункту (b) (ix) пункта 4 статьи 61).

Во вступительной части пункта 2 статьи 39 говорится о том, что тендерная заявка представляется "в письменной форме". В пункте 2 упоминается и о других способах связи, однако, несмотря на это, данный термин может быть неверно понят как требование о том, чтобы заявки всегда представлялись в бумажной форме. Эта двусмысленность еще более усиливается из-за использования в разных местах типового закона терминологии, относящейся к бумажным документам (например, упоминание о "конвертах"). Проект РП содержит необходимые пояснения, однако использование более четких формулировок в самом законе могло бы позволить избежать недоразумений (то же самое касается пункта 1 статьи 58 и пункта 4 статьи 61).

Поддерживаем предложение о включении в статью 46 дополнительного положения о запросе разъяснений, высказанное в сноске 4 документа Add.6, содержащего проект РП.

Из текста подпункта (b) пункта 4 статьи 47 можно заключить, что закупающая организация вправе существенно изменить условия и предмет договора, а это противоречит основным принципам ТЗ. Во избежание такой ситуации в закон необходимо добавить соответствующее защитное положение.

Пункт 9 статьи 48 необходимо уточнить для обеспечения ясности относительно того, какие положения договора допускается изменять в процессе диалога. Согласно нынешней формулировке, "закупающая организация не изменяет ни объект закупок ... ни какие-либо элементы описания объекта закупок ... которые не являются предметом диалога" (то же самое касается пункта 5). Весьма целесообразно было бы добавить определение термина "диалог" (особенно для того, чтобы показать разницу между диалогом, разъяснением, обсуждением и переговорами – см. терминологию в пункте 3 статьи 23).

Использованная в подпункте (c) пункта 1 статьи 52 формулировка "форма договора, если таковая имеется, который должен быть подписан" создает двусмысленность. Если договор должен быть подписан сторонами, то это значит, что он должен быть составлен в письменной форме (бумажной или электронной).

В пункт 2 статьи 53 (заклученный в скобки) следует добавить ссылку на сноску 1.

Подпункт (a) пункта 1 статьи 53 следует согласовать с подпунктом (g) пункта 1 статьи 52.

Положения подпунктов (b) и (c) пункта 3 статьи 59, как представляется, совпадают по смыслу.

Следует рассмотреть вопрос о том, не надо ли добавить в статью 57 ссылку на статью 8 (обычно такая ссылка предусматривается, см., например, подпункт (e) (i) пункта 3 статьи 59).

В пункте 3 статьи 59 отсутствует упоминание о механизмах правовой защиты (ср., например, с подпунктом (ix) пункта 4 статьи 61).

Между названием и текстом статьи 62 имеются расхождения. В названии сказано о недопущении "существенных изменений", тогда как в тексте говорится о недопустимости "никаких изменений описания объекта закупок".

В пункте 1 статьи 63 упоминается о несоответствии того или иного решения или действия "положениям настоящего Закона". Право же на оспаривание или апелляцию будет возникать лишь в том случае, если решения или действия закупающей организации не соответствуют национальному законодательству о введении в действие типового закона, а не положениям самого типового закона.

Требование о публикации уведомления, содержащееся во вступительной части пункта 3 статьи 65, представляется излишним, поскольку правом на оспаривание и апелляцию обладают лишь заинтересованные стороны, а остальные участники и так подлежат уведомлению согласно подпунктам (b) и (c) пункта 3.

В подпунктах (a) и (c) пункта 3 статьи 65 говорится о том, что закупающая организация может принять решение о (дальнейшем?) приостановлении процедур закупок, которое, согласно пункту 1 статьи 64, наступает автоматически, когда дело касается заключения договора или рамочного соглашения. Данную формулировку (см. замечания к подпункту (a) пункта 6 статьи 66 ниже) следует уточнить. То же самое касается пунктов 3, 5 и 9 статьи 66, которые будет необходимо привести в соответствие с новой (уточненной) формулировкой.

Содержащие сноски 7 к статье 66 следует включить в РП, а не в типовой закон.

Из текста в квадратных скобках, содержащегося в подпункте (c) пункта 5 статьи 66 английского варианта текста, следует исключить слово "insert".

В связи с подпунктом (a) пункта 6 статьи 66 возникает вопрос о том, не должен ли независимый орган проверять сроки и обоснованность апелляции в самом начале процедуры (т. е. в момент подачи ходатайства). В этом случае трудно представить ситуацию, чтобы после вынесения постановления о приостановлении процедур закупок независимый орган установил, что ходатайство является "явно необоснованным" или поданным в нарушение сроков, установленных в ТЗ. Поэтому ситуация, предусмотренная во второй части вводного положения пункта 6 ("снимает любое введенное приостановление"), возникнуть не может. Если же данное положение относится к "автоматическому приостановлению", о котором говорится в пункте 1 статьи 64, то формулировка "снимает приостановление" является неуместной (поскольку его никто не вводил), и вместо него следует

использовать "прекращает" (см. формулировку пункта 2 статьи 64) или "заканчивает".

По поводу пункта 8 статьи 66 хотелось бы отметить, что ТЗ должен учитывать тот факт, что материалы дела могут быть весьма обширными. В связи с этим предлагаем переформулировать данный пункт следующим образом: "закупающая организация предоставляет ... всю имеющуюся в ее распоряжении документацию, касающуюся процедур закупок, или доступ к такой информации".

Сомнительным выглядит также упоминание о "законном решении" в пункте 9 статьи 66. Вопрос о законности решениякупающей организации в конечном счете должен решаться судом последней инстанции. Таким образом, могут возникать ситуации, когда независимый орган приходит к выводу о законности решениякупающей организации, а суд впоследствии этот вывод опровергает. В связи с этим предлагаем убрать определение "законный" и говорить лишь о подтверждении "решениякупающей организации".

Выражение "любой правительственный орган", использованное в пункте 1 статьи 67, требует уточнения. О каких органах идет речь и на каком основании они вправе участвовать в процедурах оспаривания?

В связи с пунктом 3 статьи 67 возникает вопрос о том, не следует ли предусмотреть специальное положение о секретной информации. Проблему можно было бы решить путем добавления следующей формулировки: "[название независимого органа] обеспечивает надлежащий уровень конфиденциальности секретной и другой информации, содержащейся в документах, переданных ему сторонами, и действует в соответствии с интересами обороны и/или безопасности в ходе всей процедуры".

Весьма проблематичным является также положение об открытости разбирательства, затрагивающего секретную информацию; необходимо предусмотреть положение об ограничении доступа (по требованию одной из сторон).

Требования относительно системы судебного обжалования следует отразить в самой статье 69 (см. сноску 14).