Организация Объединенных Наций A/CN.9/731/Add.7

Генеральная Ассамблея

Distr.: General
27 April 2011
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Сорок четвертая сессия
Вена, 27 июня – 8 июля 2011 года

Пересмотренное Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках

Записка Секретариата

Добавление

Настоящее добавление содержит предложение в отношении текста Руководства к статьям 54-56 главы VI (Электронные реверсивные аукционы) Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках и замечания относительно электронных реверсивных аукционов, которые предлагается рассмотреть в разделе Руководства по принятию, затрагивающем изменения по сравнению с текстом Типового закона 1994 года.

V.11-82657 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

РУКОВОДСТВО ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛ О ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ

B. Положения об электронных реверсивных аукционах для включения в постатейный комментарий (*продолжение*)

Статья 54. Регистрация участников электронного реверсивного аукциона и сроки проведения аукциона

1. Настоящая статья регулирует основные аспекты регистрации для участия в аукционе и сроки проведения аукциона и призвана обеспечить справедливое и равное отношение к участникам торгов за счет требований в отношении прозрачности, предусмотренных в пунктах 1 и 2 (каждому зарегистрированному поставщику или подрядчику незамедлительно направляется подтверждение регистрации и, в соответствующих случаях, решение об отмене аукциона) и предусмотренного в пункте 3 требования о предоставлении поставщику или подрядчику достаточно продолжительного времени для подготовки к аукциону. Последнее требование, особенно применительно к отдельным ЭРА, имеет важное значение еще и потому, что оно дает возможность для эффективного опротестования условий привлечения заявок согласно главе VIII. Такое опротестование может быть представлено только до наступления окончательного срока направления представлений, что в случае простых аукционов (не предполагающих предаукционного рассмотрения или оценки первоначальных заявок) означает до момента открытия аукциона; в других случаях это означает до момента представления первоначальных заявок. Поэтому отрезок времени между направлением приглашения к участию в аукционе и самим аукционом должен определяться исходя из того, что считать достаточным временем для подготовки к аукциону в конкретных обстоятельствах (чем проще аукцион, тем короче его продолжительность). Еще одно соображение связано с вопросом о том, как установить минимальный период, который будет достаточным для опротестования условий привлечения заявок. Временное требование, согласно положениям пункта 3, обусловлено разумными потребностями закупающей организации, которые в отдельных обстоятельствах (например, в случаях крайней необходимости, наступившей после чрезвычайных событий) могут возобладать над другими соображениями.

2. Положения пункта 2 позволяют закупающей организации отменить аукцион в том случае, если число поставщиков или подрядчиков, зарегистрированных для участия в аукционе, оказывается недостаточным для обеспечения эффективной конкуренции. Эти положения не имеют предписательного характера: закупающая организация может по собственному усмотрению принять решение о том, следует ли отменять аукцион в таких обстоятельствах. Поскольку решение не отменять аукцион может расходиться с общей идеей обеспечения конкуренции и недопущения сговора, его следует считать оправданным лишь в действительно исключительных случаях, когда процедура закупок должна продолжаться несмотря на отсутствие эффективной конкуренции. Принимающему Типовой закон государству рекомендуется включать в нормативные положения о закупках исчерпывающий перечень обстоятельств, оправдывающих продолжение аукциона в таких случаях. Для

отмены аукциона могут иметься и другие причины (например, подозрение о наличии сговора, о чем говорится в пункте ... выше). Эти положения не распространяются на те случаи, когда закупающая организация должна отменить аукцион, например, если согласно положениям пункта 1 (j) статьи 52, не достигается требуемое минимальное количество зарегистрированных поставщиков или подрядчиков (см. пункты ... выше) или если закупающая организация должна прекратить аукцион по техническим причинам согласно пункту 5 статьи 55 (см. пункты ... ниже).

3. В случае проведения отдельных ЭРА отмена аукциона означает отмену процедуры закупок. Проанализировав причины отмены аукциона, закупающая организация может принять решение о допустимости проведения другого ЭРА, например, если могут быть исправлены ошибки в описании, из-за которых для участия в аукционе не было зарегистрировано достаточное количество поставщиков или подрядчиков, или может избрать другой метод закупок. В тех случаях, когда ЭРА используются в качестве одного из этапов закупок, отмена аукциона не обязательно приводит к отмене закупок: закупающая организация может принять решение заключить договор на основе результатов предаукционного рассмотрения и оценки заявок при условии, что этот вариант был оговорен в самом начале процесса закупок[1].

4. В тех случаях, когда ЭРА используются в качестве одного из этапов закупок, закупающей организации следует также оговорить в самом начале процесса закупок любые обстоятельства на тот случай, если поставщики или подрядчики не зарегистрируются для участия в аукционе, [и, при необходимости, рассмотреть вопросы обеспечения тендерных заявок][2].

Статья 55. Требования в ходе электронного реверсивного аукциона

1. Настоящая статья регулирует требования в ходе аукциона, будь то отдельного ЭРА или ЭРА, являющегося одним из этапов закупок. В пункте 1 выделяются два вида аукционов: более простые аукционы, в которых выигрывает заявка с лучшей (наименьшей) ценой, и аукционы, в которых выигрыш определяется на основе ценовых и дополнительных неценовых критериев. Диапазон таких неценовых критериев может быть довольно широким: от околоценовых критериев (таких, как условия поставки и гарантийные условия) до более сложных критериев (таких, как уровень выхлопов автомобилей). Каждому такому дополнительному критерию, независимо от степени его сложности, должно быть присвоено определенное значение, выраженное в цифрах или процентах в соответствии с предварительно объявленной математической формулой, которая делает возможной автоматическую оценку этого критерия. В соответствии с требованиями статей 52 и 53 Типового закона информация по каждому критерию, используемому в рамках оценки, присвоенное ему значение и

---

[1] Этот текст отражает замечания, высказанные в Рабочей группе; вместе с тем вариант заключения договора на основе результатов предаукционного рассмотрения и оценки заявок (при условии, что это было оговорено в самом начале процесса закупок) прямо не предусмотрен в тексте Типового закона.

[2] Что касается текста, заключенного в квадратные скобки, см. сноску 14 в документе A/CN.9/731/Add.6.

математическая формула объявляются в самом начале процесса закупок и не могут меняться в ходе аукциона. Во время аукциона могут меняться только цены и изменяемые элементы[3].

2. В пункте 2 перечисляются основные требования для проведения аукциона: в этой связи они отражают характеристики системы аукционов, предусмотренные в Типовом законе и определенные в статье 2 (в отличие от других видов аукционов, применяемых на практике), соответствуют условиям использования аукционов, сформулированным в статье 30, и отражают требования, содержащиеся в статьях 52 и 53. Например, в подпунктах (a) и (c) подчеркивается непрерывность процесса торгов. В подпункте (a) предусмотрено также, что участники торгов должны иметь равные возможности представлять заявки. На практике это означает, в частности, что система должна регистрировать заявки сразу же по получении, независимо от того, кто их готовит, и оценивать такие заявки и их воздействие на другие заявки. Соответствующая информация должна одновременно направляться системой всем участникам торгов. Последнее требование изложено в подпункте (c), в котором говорится об одновременном направлении каждому участнику торгов достаточной информации, позволяющей ему определить состояние своей заявки по сравнению с другими заявками. Формулировка этих положений указывает на то, что одна и та же информация не всегда доводится до всех участников торгов, но представляемая информация должна быть достаточной для того, чтобы она позволяла приходить к соответствующему заключению, и должна обеспечивать справедливое и равное отношение к участникам торгов.

3. В Типовом законе намеренно ничего не говорится о характере информации, которая должна раскрываться для выполнения этого требования. Решая вопрос об урегулировании этого вопроса, принимающим Типовой закон государствам необходимо увязывать соображения транспарентности и содействия неукоснительному соблюдению правил проведения торгов с требованиями недопущения сговора и предупреждения раскрытия секретной коммерческой информации. В зависимости от характера аукциона, степени его сложности и других факторов рассматриваются следующие варианты: a) раскрытие информации о том, занимает ли участник торгов ведущее положение на аукционе или предложил ли он ведущую цену; b) раскрытие ведущей цены; c) раскрытие для каждого участника торгов информации о положении его заявки по сравнению с ведущей заявкой (исключая информацию по другим заявкам); d) раскрытие информации о диапазоне всех заявок. Закупающая организация также должна иметь возможность видеть весь диапазон заявок. Принимающие Типовой закон государства должны осознавать, что, как показывает опыт некоторых стран, раскрытие ведущей цены может вызвать очень небольшое снижение цены заявки и тем самым помешать закупающей организации получить наилучший результат; раскрытие такой информации может также стать причиной представления анормально заниженных заявок. Чем больше представляется информации о других заявках, тем выше риск сговора; поставщики могут также быть в состоянии вычислить содержание заявок других участников торгов в рамках более сложных

---

[3] Термин "изменяемые элементы", возможно, требует дополнительного разъяснения в Руководстве.

аукционов с помощью предоставленной математической формулы. [Известно, что предотвращение возникновения таких ситуаций сопряжено с некоторыми трудностями; в то же время могут также возникнуть проблемы с обеспечением эффективного процесса торгов и автоматической оценки заявок без раскрытия секретной коммерческой информации[4].] Какое бы решение закупающая организация не приняла в отношении вида информации, подлежащей раскрытию в ходе аукциона, это решение должно быть отражено в правилах проведения аукциона, которые распространяются среди потенциальных участников торгов до начала аукциона. Эти положения дополняют требование пункта 1 (g) статьи 52 и пункта 1 (a) статьи 53 сообщать о критериях и процедуре, которые будут использоваться в ходе аукциона, и требование представлять результаты любой предаукционной оценки.

4. В подпункте (b) подтверждается принцип автоматической оценки заявок в ходе аукциона. Вместе с подпунктом (d) он подчеркивает важность недопущения какого-либо участия человека в ходе аукциона. Система проведения аукциона с помощью электронных средств осуществляет сбор заявок, которые автоматически оцениваются в соответствии с критериями и процессами, указанными в приглашении к аукциону. Эта система должна присваивать каждой заявке идентификационные ярлыки, не нарушающие принципа анонимности. Должна быть также создана онлайновая система, обеспечивающая незамедлительное автоматическое отклонение недействительных заявок и немедленное уведомление об этом соответствующих участников торгов с указанием причин отклонения[5]. Следует предусмотреть для участников торгов контактный адрес для срочной связи в случае возникновения возможных технических проблем. Такой контактный адрес должен находиться за пределами аукционной системы [и соответствующих процедур закупки[6].]

5. В пунктах 3 и 5 этой статьи утверждается еще один важный принцип, лежащий в основе аукционов в соответствии с Типовым законом – необходимость сохранять анонимность участников торгов до начала, в ходе и по окончании аукциона. В пункте 3 этот принцип отражается в запрете для закупающей организации раскрывать идентификационные данные любого из участников торгов в ходе аукциона. Пункт 5 распространяет этот запрет на постаукционный этап, в том числе для тех случаев, когда аукцион приостанавливается или прекращается. Эти положения должны толковаться широко: они запрещают не только очевидное, но и косвенное раскрытие, происходящее, например, в том случае, если другим участникам торгов предоставляется возможность раскрыть или установить такие идентификационные данные. Операторы аукционной системы, действующие от имени закупающей организации, включая любых участвующих в этих операциях лиц, или другие лица, участвующие в этом процессе в другом

---

[4] В Руководство, возможно, необходимо будет включить примеры успешного решения проблем, изложенных в тексте, заключенном в квадратные скобки. Предлагается включить в него руководящие указания для Секретариата.

[5] В Руководство, возможно, потребуется включить дополнительные разъяснения. Предлагается включить указания для Секретариата.

[6] В Руководство, возможно, потребуется включить дополнительные разъяснения. Предлагается включить указания для Секретариата.

качестве, например, в качестве контактного лица для срочной связи в случае возможных технических проблем, рассматриваются в этой связи в качестве посредников закупающей организации и поэтому на них распространяется действие того же запрета. Совершенно очевидно, тем не менее, что при закупке объектов, для которых существует относительно стабильный круг поставщиков, и повторной закупке аналогичных объектов через ЭРА сохранить анонимность участников торгов может быть довольно сложно, несмотря на положения этой статьи и главы в целом[7].

6. Пункт 4 дополняет предусмотренные в пунктах 1 (o) статьи 52 и 2 (c) статьи 53 требования в отношении раскрытия критериев, регулирующих закрытие аукциона до начала аукциона. Эти предварительно раскрытые правила не могут быть изменены в ходе аукциона. Кроме того, аукцион не может быть закрыт до наступления установленного окончательного срока ни при каких обстоятельствах – даже в том случае, если торги не проводятся. На практике нередко можно наблюдать, что активизация торгов начинается перед закрытием аукциона. Наделение закупающей организации дискреционным правом закрывать аукцион до наступления установленного крайнего срока откроет возможности для злоупотреблений, например, для заключения между подателем заявки и закупающей организацией предаукционной договоренности в целях достижения выгодных для этого подателя заявки результатов. С другой стороны, в отношении продления конечного срока представления заявок не существует никаких запретов при условии, что эти шаги носят прозрачный характер. Такой механизм может оказаться полезным, например, в тех случаях, когда аукцион приостанавливается по техническим причинам (как это предусмотрено в пункте 5 статьи). Считается вполне оправданным требовать, чтобы критерии и процедуры продления срока представления заявок оговаривались в правилах аукциона.

7. Поставщики могут выйти из ЭРА до его закрытия. Это не должно никак отразиться на аукционе, если только выход не происходит по причинам, требующим приостановления или прекращения аукциона согласно пункту 5 данной статьи (например, из-за сбоев в системе связи закупающей организации). Во всех прочих случаях аукцион должен продолжаться. После закрытия аукциона закупающей организации, возможно, потребуется проанализировать причины выхода (особенно если из аукциона вышло существенное количество участников) и любые негативные последствия такого выхода для итогов аукциона. Право закупающей организации отменить закупки на любой стадии подтверждается в статье 56, которая в этом отношении дополняет пункт 1 статьи 18 (руководящие указания в отношении статьи 18 об отмене закупок см. в пункте ... выше).

8. Пункт 5 требует прекращения или приостановления аукциона в обстоятельствах, указанных в этом пункте. Помимо сбоев в системе связи закупающей организации, которые могут нарушить надлежащее ведение аукциона, для прекращения или приостановления аукциона могут быть и другие причины. В то время как в законодательстве о закупках перечислить все такие причины невозможно, Типовой закон требует указывать все причины в

---

[7] В Руководство, возможно, потребуется включить примеры эффективных методов смягчения таких рисков. Предлагается включить указания для Секретариата.

правилах ведения аукциона, которые должны быть представлены в соответствующих случаях согласно статьям 52 и 53. Закупающая организация не должна получать никаких дополнительных дискреционных полномочий в этом отношении, поскольку осуществление таких полномочий может привести к злоупотреблениям и участию человека в процессе торгов. Хотя в некоторых случаях такое участие может оказаться неизбежным, такие случаи должны быть сведены к минимуму. Например, принимающие Типовой закон государства могут создать в рамках процедуры закупок механизмы регулирования для закупающих организаций с целью осуществления контроля за процедурами проведения аукциона, с тем чтобы не допустить манипулирования рынком, [и получения возможности осуществлять вмешательство с целью предупреждения возможного сговора. Однако это должно подкрепляться требованием к закупающей организации располагать достаточными оперативными данными о ранее совершенных сделках, соответствующем рынке и его структуре. Принимающим Типовой закон государствам следует сознавать, что проведение различия между оправданным поведением и поведением, предполагающим наличие сговора, может быть сопряжено с практическими трудностями, поэтому в целях предотвращения злоупотреблений и неоправданных нарушений следует применять четкие правила, регулирующие свободу действий закупающих организаций][8].

9. Правила проведения аукциона должны также предусматривать, в частности, следующие процедурные гарантии для защиты интересов участников торгов в случае прекращения или приостановления аукциона: незамедлительное и одновременное уведомление всех участников торгов о приостановлении или прекращении аукциона, а также уведомление о времени возобновления аукциона и новых сроках его закрытия в случае приостановления.

10. Прекращение аукциона в отличие от приостановления может привести к отмене процедуры закупок (различие между простыми и сложными аукционами применительно к этим случаям см. в пункте 3 комментария к статье 54 выше)[9].

Статья 56. Требования после электронного реверсивного аукциона

1. Эта статья регулирует шаги, которые должны предприниматься по окончании аукциона независимо от того, является ли он отдельным ЭРА или ЭРА, который является одним из этапов закупок. При этом применяются одни и те же правила, поскольку во всех случаях аукцион предшествует принятию решения о заключении договора о закупках. Во избежание злоупотреблений, фаворитизма и коррупции никакие дальнейшие оценки или переговоры не допускаются после проведения аукциона. Таким образом, результаты аукциона принято считать окончательными результатами процедуры закупок. На практике это означает, что, если в тендерной документации предусмотрено, что

---

[8] Необходимо решить, следует ли расширить это руководящее указание, оставить его без изменения или перенести в раздел, касающийся более общего обсуждения проблемы сговора.

[9] Необходимо включить дополнительное разъяснение относительно того, почему прекращение аукциона не может привести к отмене закупок в случае отдельного ЭРА.

договор о закупках заключается со стороной, предложившей наименьшую цену, участник торгов, представивший эту заявку, получает договор о закупках, и выигравшая цена указывается в этом договоре о закупках. Если в тендерной документации предусмотрены ценовые и неценовые критерии для предоставления договора о закупках, то договор о закупках заключается с участником торгов, представившим наиболее выгодную заявку[10], которая определяется с помощью предварительно раскрытой математической формулы, и условия выигравшей заявки включаются в договор о закупках. В пунктах 2 и 3 перечислены отдельные исключения к этим правилам.

2. Пункт 2 применим к простым отдельным ЭРА (которым не предшествует представление первоначальных заявок). В таких аукционах оценка квалификационных данных и соответствия формальным требованиям проводится по окончании аукциона, причем только в отношении выигравшего участника и выигравшей заявки. Такой подход позволяет сэкономить время и средства. Если оказывается, что выигравший участник не соответствует квалификационным требованиям или его заявка не отвечает формальным требованиям, закупающая организация может принять одно из двух возможных решений: отменить процедуру закупок или заключить договор о закупках с участником торгов, чья заявка заняла второе место, при условии, что последний отвечает квалификационным требованиям, а его заявка отвечает формальным требованиям. Этот подход основывается на предположении, что все стороны, согласившиеся принять участие в торгах, могут предоставить запрашиваемые продукты или услуги приблизительно равного качества; если речь идет о закупке простых готовых товаров или услуг, то закупающая организация подвергается небольшому риску, поскольку альтернативные источники поставок легко доступны. В руководстве для поставщиков, которые будут участвовать в аукционах, следует обратить особое внимание на эту возможность, с тем чтобы они удерживались от соблазна представлять не отвечающие формальным требованиям заявки на более поздних этапах аукциона.

3. Пункт 3 применим к любому виду аукционов и касается тех случаев, когда выигравшая заявка кажется закупающей организации анормально заниженной (разъяснение этого термина см. в руководящих указаниях к статье 19 в пункте ... выше). Положения этого пункта также подпадают под действие общих правил проведения расследования в отношении представления анормально заниженных заявок, которые содержатся в статье 19, включая гарантии обеспечения объективной и транспарентной оценки. Если все условия статьи 19 в отношении отклонения анормально заниженной заявки соблюдены, закупающая организация может отклонить заявку и принять решение о том, чтобы отменить процедуру закупок или заключить договор о закупках с участником, заявка которого заняла второе место на аукционе (см. руководящие указания к этой статье относительно соответствующих процедур). Это исключение из общего правила, требующего заключения договора о закупках с выигравшим участником торгов, который определяется в конце аукциона, включено, в частности, для предупреждения демпинга. Эти

---

[10] В комментарии к статье 56 отсутствует разъяснение термина "наиболее выгодная заявка": он будет рассмотрен в другом месте, если не будет сочтено, что такое разъяснение требуется и в контексте статьи 56.

положения Типового закона сформулированы таким образом, чтобы предоставить более широкую свободу действий закупающей организации с соблюдением гарантий защиты от злоупотреблений, предусмотренных в статье 19.

4. Выбирая между вариантами, предусмотренными в пунктах 2 и 3 – отменить процедуру закупок или заключить договор о закупках с участником торгов, чья заявка заняла второе место, – закупающей организации следует оценить последствия отмены аукциона, в частности определить, можно ли будет провести второй аукцион в рамках той же процедуры закупок, и расходы, связанные с использованием альтернативного метода закупок. В частности, может быть нарушена анонимность участников торгов, а также может быть поставлено под угрозу повторное открытие конкурса. Тем не менее такой риск не должен побуждать закупающую организацию всегда отдавать предпочтение заявке, занявшей второе место, особенно в тех случаях, когда имеются подозрения в сговоре между выигравшим участником торгов и участником, чья заявка заняла второе место. Положения пунктов 2 и 3 сформулированы таким образом, чтобы избежать навязывания закупающей организации каких-либо конкретных шагов.

5. Независимо от выбранного варианта – пунктов 2 или 3 – по окончании аукциона в строгом соответствии с применимыми положениями Типового закона должны быть незамедлительно предприняты соответствующие шаги, с тем чтобы обеспечить максимально разумную обоснованность окончательных результатов. Такие шаги не должны рассматриваться как возможность создания препятствий для автоматической идентификации выигравшей заявки[11].

C. Замечания, касающиеся электронных реверсивных аукционов и предлагаемые для обсуждения в разделе Руководства по принятию, затрагивающем изменения по сравнению с текстом Типового закона 1994 года

С тех пор, как был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1994 года, ЭРА проводятся все чаще. Текст 1994 года не затрагивает традиционные аукционы с личным участием в значительной степени из-за нередко наблюдаемого сговора. Электронные технологии облегчают проведение реверсивных аукционов, поскольку способствуют существенному сокращению расходов по сделкам и обеспечивают сохранение анонимности участников торгов, когда аукционы проходят виртуально, а не с личным участием заинтересованных лиц. Поэтому Типовой закон допускает проведение только онлайновых аукционов, предусматривающих автоматические процессы оценки, при которых обеспечивается анонимность участников торгов, а также конфиденциальность

[11] Секретариату необходимо представить руководящие указания по следующим вопросам, затронутым в Рабочей группе: практические последствия применения вариантов, описанных в пунктах 2 и 3; соответствующее разъяснение характера заявок (обязательные/необязательные и при каких условиях); использование периода ожидания и обжалования в контексте аукционов (включая решение о том, к чему должно быть отнесено настоящее руководящее указание – к статье 21 и главе VIII с перекрестной ссылкой на настоящую статью или наоборот).

и отслеживаемость процедур. Тем не менее опасность сговора может присутствовать и в рамках ЭРА, особенно когда они используются в качестве одного из этапов в других методах закупок или когда им предшествует автономное рассмотрение или оценка первоначальных заявок.