

21 January 2009

Russian

Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа I (Закупки)
Пятнадцатая сессия
Нью-Йорк, 2-6 февраля 2009 года**

Оценка и сопоставление тендерных заявок и использование закупок для содействия достижению целей промышленной, социальной и экологической политики

I. Введение

1. Одна из тем, которые Рабочей группе предписано рассмотреть, касается "использования закупок для содействия достижению целей промышленной, социальной и экологической политики", которую Рабочая группа на своей шестой сессии рассматривала в контексте оценки и сопоставления тендерных заявок (термин "тендерные заявки" используется в качестве краткого термина для обозначения всех представлений). В настоящей записке не затрагивается сфера действия Типового закона как таковая даже в тех случаях, когда эта сфера действия может определяться с помощью ссылки на другие цели экономической политики. Статьи 1 и 8 Типового закона 1994 года имеют своей целью обеспечение того, чтобы Типовой закон широко применялся и основывался на принципе международного участия (в дополнение к полной и открытой конкуренции, если только исключения не являются необоснованными). Как разъясняется в Руководстве по принятию, "используемый в Типовом законе подход заключается в том, чтобы предусмотреть в принципе охват всех видов закупок и одновременно признать, что государство, принимающее Типовой закон, может пожелать исключить некоторые виды закупок из сферы его действия", и "рекомендуется обеспечить применение Типового закона, по возможности, на максимально широкой основе" (комментарий к статье 1, пункты 1 и 2). Таким образом, в настоящей записке затрагиваются исключения из основного принципа полной и международной конкуренции на основе



социально-экономических целей, не относящихся к самим закупкам¹. Согласно Типовому закону такие исключения не являются общими исключениями, предусмотренными в законодательстве или подзаконных актах о закупках (по сравнению со статусом закупок, связанных с обороной, согласно статье 1 Типового закона 1994 года)², но исключениями, допустимыми в отношении какой-либо конкретной закупки в силу статей 27 (e), 34 (4), 38 (m) и 39 Типового закона 1994 года³.

2. В Типовом законе такие исключения рассматриваются в качестве части оценки и сопоставления представлений. В нем излагаются критерии оценки, которые могут использоваться для определения тендерной заявки с наиболее низкой ценой, тендерной заявки с наиболее низкой стоимостью или предложения, которое оптимально отвечает потребностям закупающей организации. Эти критерии, когда они применяются для определения тендерной заявки с наиболее низкой стоимостью или предложения, оптимально отвечающего потребностям закупающей организации, "могут допускать использование закупок для содействия достижению промышленных, социальных и экологических целей. Такие цели могут охватывать содействие развитию отечественной промышленности (на основе исключения иностранных поставщиков, предоставления преференций и использования в ограниченном числе случаев закупок из одного источника). Критерии принятия решения о заключении договора о закупках могут также предусматривать учет последствий с точки зрения валютного курса. Предусматриваются механизмы прямого контроля для обеспечения того, чтобы такие критерии являлись объективными, поддавались количественной оценке и заблаговременно сообщались поставщикам"⁴.

3. Как отмечается при рассмотрении статьи 34 (4) (c) (iii) в Руководстве по принятию, "включение в пункт 4 (c) (iii) критериев, касающихся целей экономического развития, обусловлено тем, что в ряде стран, особенно в развивающихся странах и странах, экономика которых находится на переходном этапе, важно, чтобы закупающие организации имели возможность учитывать критерии, позволяющие оценивать и сопоставлять тендерные заявки в контексте целей экономического развития. В Типовом законе предусматривается, что отдельные государства, принимающие Типовой закон, могут пожелать перечислить дополнительные такие критерии. Однако следует проявлять осторожность при расширении списка неценовых критериев, изложенных в пункте 4 (c) (iii), в связи с тем, что такие другие критерии могут создать риск с точки зрения целей добросовестной практики закупок. Такого рода критерии иногда являются менее объективными и более дискреционными, чем критерии, перечисленные в пункте 4 (c) (i) и (ii), и поэтому их использование при оценке и

¹ См. также комментарий в Руководстве по принятию, озаглавленный "F. Положения, касающиеся международного участия в процедурах закупок", пункты 24-27.

² Или дополнительных видов закупок, подлежащих исключению из подзаконных актов о закупках согласно статье 1 (2) (b).

³ Однако, что касается использования преференциальных поправок, то статья 34 (4) (d) Типового закона разрешает закупающей организации применять преференциальную поправку в пользу тендерных заявок на работы внутренних подрядчиков, но обуславливает возможность ее предоставления соблюдением правил, касающихся расчета и установленных в подзаконных актах о закупках.

⁴ A/CN.9/WG.I/WP.32, пункт 52.

сопоставлении тендерных заявок может нанести ущерб конкуренции и экономичности при закупках, а также снизить степень доверия к процессу закупок".

4. Как далее отмечается в документе A/CN.9/WG.I/WP.32, пункт 53, "по мнению некоторых наблюдателей, такие критерии могут оказать отрицательное воздействие на эффективность и экономичность закупок, однако они играют важную роль во внутренней политике государств, принимающих Типовой закон. Кроме того, отмечается, что рассматриваются такие понятия, как региональные, а также национальные цели. Поэтому выдвигаются предложения о том, чтобы внести в Типовой закон определенные изменения для обеспечения достижения лучшего баланса между задачами в области максимизации экономии и эффективности закупок и другими политическими целями".

II. Рассмотрение этих вопросов Рабочей группой на ее шестой сессии и предложения в отношении их рассмотрения на ее пятнадцатой сессии

5. На своей шестой сессии при рассмотрении возможного обзора роли социальных и экономических целей в публичных закупках Рабочая группа отметила, что "несмотря на возможные возражения принципиального характера в отношении использования публичных закупок для содействия достижению других политических целей, а не только для обеспечения "эффективного использования средств", признается, что на практике государства часто используют публичные закупки для достижения таких других целей. Кроме того, было высказано мнение о том, что в некоторых случаях необходимо и важно использовать закупки в качестве средства достижения таких целей, если такое использование не противоречит таким основным целям процесса закупок, как экономия, эффективность, прозрачность, конкуренция и равный режим для всех поставщиков и подрядчиков. Тем не менее, по общему мнению, основное внимание в Типовом законе следует по-прежнему уделять закупкам, а не достижению других политических целей"⁵. Рабочая группа также рассмотрела вопрос о "целесообразности установления в целях обеспечения большей транспарентности соответствующих ограничений на использование таких критериев оценки, как теневые валютные курсы и соображения, связанные со встречной торговлей (которые являются допустимыми в соответствии со статьей 34 (4)(d) Типового закона)"⁶.

6. На данной сессии Рабочая группа сделала предварительные выводы о том, что:

а) "существующие положения Типового закона предусматривают надлежащий баланс между необходимостью обеспечивать экономию и эффективность и возможностями государства, принимающего Типовой закон, содействовать достижению других политических целей за счет публичных закупок", но что "некоторые из таких других политических целей,

⁵ A/CN.9/568, пункт 96.

⁶ A/CN.9/WG.I/WP.32, пункт 54.

перечисленных в Типовом законе, как представляется, утратили свою актуальность"⁷;

б) следует дополнительно рассмотреть вопрос о том, сохранить ли "теневые валютные курсы и соображения, связанные со встречной торговлей, в качестве факторов, которые необходимо учитывать" при оценке представлений⁸; и

с) Руководство по принятию следует обновить, и в нем следует предусмотреть более подробные рекомендации в отношении дополнительных критериев, касающихся преференций, которые, возможно, пожелают предусмотреть государства, принимающие Типовой закон, и в отношении вопроса о том, когда закупки могут использоваться для содействия достижению других политических целей и каким образом обеспечить транспарентность таких видов использования⁹.

7. Невзирая на широкое обсуждение этих вопросов на своей шестой сессии, Рабочая группа не пришла к окончательному выводу в отношении следующих вопросов:

а) следует ли потребовать в силу закона, чтобы спецификации включали, где это применимо, задачу содействия достижению таких других политических целей, которые Рабочая группа, возможно, пожелает предусмотреть в пересмотренном Типовом законе¹⁰;

б) следует ли сохранить требование статьи 34 (4) (b) (ii) Типового закона 1994 года о том, чтобы любые такие цели представляли собой поддающиеся количественному определению критерии оценки и раскрывались на этапе привлечения представлений¹¹;

с) следует ли предусмотреть в пересмотренном Типовом законе дополнительные меры контроля, касающиеся использования других политических целей (например, требования о том, чтобы такие цели имели непосредственное отношение к объекту закупок; чтобы их оценка не оставлялась полностью на усмотрение закупающей организации; чтобы их использование в качестве критериев оценки осуществлялось с учетом таких основополагающих принципов надлежащей практики закупок, как равный режим для поставщиков и необходимость содействия развитию конкуренции; и чтобы их неправомерное использование можно было обжаловать путем применения механизмов оспаривания результатов торгов)¹²;

д) "следует ли предусмотреть какие-либо максимальные преференции в Типовом законе (выраженные в стоимостном эквиваленте, в виде обязательных требований или каким-либо иным образом) или же включить соответствующие рекомендации в Руководство по принятию"¹³;

⁷ A/CN.9/568, пункт 101.

⁸ A/CN.9/568, пункт 99.

⁹ A/CN.9/568, пункты 98 и 101.

¹⁰ A/CN.9/568, пункт 97.

¹¹ Там же.

¹² Там же.

¹³ A/CN.9/WG.I/WP.32, пункт 54.

е) следует ли распространить действие положений статьи 34 Типового закона, которая разрешает использовать преференции в пользу местных (внутренних) поставщиков, на региональных поставщиков¹⁴;

ф) каким образом следует устранить, если это вообще нужно делать, дублирование положений двух подпунктов статьи 34 (4) Типового закона 1994 года (возникающее потому, что оба подпункта направлены на содействие развитию внутренней экономики): подпункта (с)(iii), касающегося необъективных факторов, которые разрешается учитывать при определении тендерной заявки с наименьшей стоимостью; и подпункта (d), касающегося предоставления определенных преференций для удовлетворения внутренних нужд¹⁵.

8. Кроме того, на своей шестой сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли предусмотреть в Типовом законе положение, позволяющее общинам участвовать в закупках, что, как отметили некоторые наблюдатели, может обеспечить преимущества в ходе закупок, например при осуществлении договоров о закупках¹⁶. Отметив такие преимущества, а также указав, что, "как показывает опыт, участие общин сопряжено с неприемлемым уровнем субъективности, что может быть причиной злоупотреблений"¹⁷, Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, "может ли привлечение местных общин быть одним из критериев для выбора метода закупок или для принятия решения о заключении договора. С другой стороны, участники торгов могут предлагать свои наиболее оптимальные решения, включая участие общин, если они того пожелают, и впоследствии может проводиться сопоставление таких решений, или же условия осуществления могут предусматривать привлечение местной рабочей силы или использование местных материалов, или же часть бюджета проекта может быть зарезервирована для обеспечения участия общин"¹⁸. Рабочая группа пришла к выводу о том, что "большинство вопросов, возникающих в связи с участием общин, главным образом касаются этапов планирования и осуществления проекта, а не процесса закупок. Поэтому участие общин не относится к категории вопросов, которые можно легко урегулировать в Типовом законе. Тем не менее, осознавая возрастающее значение участия общин и возможность возникновения во многих правовых системах необходимости в разработке соответствующего законодательства, Рабочая группа решила, что ей следует провести обзор положений Типового закона для обеспечения того, чтобы они не создавали препятствий использованию участия общин в качестве одного из требований при осуществлении закупок в связи с исполнением проектов"¹⁹.

9. Предложения в отношении внесения в Типовой закон изменений в том, что касается выбора метода закупок, изложены в пунктах 65-70 записки Секретариата (A/CN.9/WG.I/WP.66). Эти предложения в настоящее время не предусматривают выбора метода закупок по социально-экономическим соображениям. Эта позиция отражена в тексте Типового закона 1994 года в иных отношениях, чем в отношении а) закупок из одного источника (в статье 22 (2)

¹⁴ Там же.

¹⁵ A/CN.9/568, пункт 95.

¹⁶ A/CN.9/WG.I/WP.32, пункты 62-64.

¹⁷ A/CN.9/WG.I/WP.32, пункт 64.

¹⁸ A/CN.9/568, пункт 121.

¹⁹ A/CN.9/568, пункт 122.

текста Типового закона 1994 года), которые дополнительно рассматриваются в пунктах 45-48 этой же записки Секретариата, и b) закупок в интересах обороны или закупок, сопряженных с соображениями обеспечения национальной безопасности, в ходе которых закупающая организация может решить не полагаться на общее исключение, предусмотренное статьей 1 (2) Типового закона, и выбрать метод закупок (включая закупки из одного источника) для осуществления соответствующих закупок.

10. Кроме того, в пункте 26 этой же записки Секретариата высказывается предположение о том, что в отношении оценки и сопоставления тендерных заявок Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о разработке единого пакета требований, касающихся критериев оценки, основываясь на положениях статей 27 (e), 34 (4), 38 (m) и 39 Типового закона 1994 года. Проект положения об этом представляется на рассмотрение Рабочей группы в качестве проекта статьи 12 в документе A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1. Одна из особенностей этого положения заключается в том, что критерии оценки должны иметь отношение к объекту закупок, и Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли это ограничение исключать использование социальных и экономических целей при оценке представлений согласно Типовому закону, включая то, что оно может создавать препятствие использованию участия общин в закупках.

III. Положения, касающиеся социальных и экономических целей, в других международных текстах о закупках

11. С учетом того, что Типовой закон прямо обусловлен международными обязательствами государства, принимающего Типовой закон, а также при более широком взгляде на согласование порядка регулирования закупок Рабочая группа, возможно, пожелает учесть положения, касающиеся социальных и экономических целей, в других международных текстах о закупках. Например, во Всемирной торговой организации (ВТО) Соглашение о правительственных закупках (СПЗ) и ее проект пересмотренного соглашения 2006 года (СПЗ 2006 года) устанавливают режимы в отношении специального и иного статуса конкретно в интересах развивающихся стран. Они подлежат ежегодному обзору (СПЗ) или являются "переходными мерами" в соответствии с графиком (СПЗ 2006 года). Сами меры согласно СПЗ сосредоточиваются главным образом на охвате. В соответствии с СПЗ государства могут исключать определенные закупающие организации из "охвата", однако данный текст в целом направлен на обеспечение того, чтобы списки охвата как развивающихся, так и развитых стран носили настолько благоприятный характер, насколько это возможно, для финансовых и торговых интересов развивающихся стран и их интересов в области развития. СПЗ также предусматривает в своей статье V ряд мер в рамках "Специального и иного статуса развивающихся стран", включая охват, согласованные исключения, специальный статус наименее развитых стран и зачеты. Согласно СПЗ 2006 года потребности развивающихся и наименее развитых стран в области развития, финансов и торговли и сложившиеся в них условия особо учитываются при проведении переговоров о присоединении к СПЗ, и этим странам предоставляется большая совокупность вариантов, включая возможность использования переходных мер (таких как программа

преференциальных цен) и возможность отложить исполнение конкретного обязательства, предусмотренного Соглашением, пока развивающаяся страна исполняет это обязательство. Таким образом, согласно СПЗ и СПЗ 2006 года исключения предоставляются на общей основе, которая призвана носить временный характер, а не на основе каждой закупки²⁰.

12. В Европейском союзе²¹ соответствующие директивы предоставляют государствам-членам *возможность* использовать политику в области закупок для достижения более широких социально-экономических целей. Соответствующие положения содержатся в нижеследующих пунктах.

13. Например, пункт 29 Директивы 2004/18/ЕС предусматривает (частично):

"... Заключающие договор о закупках органы, которые желают определить экологические требования в отношении технических спецификаций какого-либо данного договора, могут предусмотреть экологические особенности, такие как какой-либо данный метод производства, и/или конкретные экологические последствия групп продукции или услуг..." (эквивалентное положение содержится в пункте 42 Директивы 2004/17/ЕС).

14. Пункт 33 Директивы 2004/18/ЕС предусматривает:

"Условия исполнения договора совместимы с настоящей Директивой, если они не являются прямо или косвенно дискриминационными и изложены в уведомлении о договоре или в договорных документах. В частности, они могут быть призваны способствовать профессиональной подготовке без отрыва от производства, занятости людей, испытывающих особые трудности в обеспечении интеграции, борьбе против безработицы или охране окружающей среды. Например, можно упомянуть, среди прочего, о требованиях – применимых в течение исполнения договора – в отношении приема на работу лиц, которые в течение длительного периода времени искали работу, или осуществления учебных мероприятий в интересах безработных или молодежи для соблюдения по существу положений основных конвенций Международной организации труда (МОТ), при том предположении, что такие положения не были реализованы во внутреннем праве, а также приема на работу большего числа инвалидов,

²⁰ Кроме того, статья XXIII (2) СПЗ и статья III (2)(a)-(d) СПЗ 2006 года предусматривают (по существу), что Стороны могут устанавливать исключения из этих соглашений на основе (среди прочего) соображений защиты общественной нравственности, порядка или безопасности или же необходимости обеспечивать защиту жизни или здоровья человека, животных или растений при условии, что они не принимают такого рода меры произвольным или необоснованно дискриминационным способом или же в качестве средства установления скрытого ограничения в отношении международной торговли. Эти положения по существу повторяют положения Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА).

²¹ См. Директиву 2004/17/ЕС о координации процедур закупок организаций, действующих в секторах водных ресурсов, энергетики, транспорта и почтовых служб, и Директиву 2004/18/ЕС о координации процедур выдачи контрактов на общественные работы, контрактов на публичные поставки и контрактов на публичные услуги; с этими директивами можно ознакомиться на веб-сайте по адресу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

чем требуется согласно внутреннему законодательству" (эквивалентное положение содержится в пункте 44 Директивы 2004/17/ЕС).

15. Обе директивы в своем первом пункте содержат более общую ссылку на "возможности для заключающих договор органов удовлетворять соответствующие потребности населения, в том числе в экологической и/или социальной области, при условии, что такие критерии связаны с предметом договора, не предоставляют неограниченной свободы выбора заключающему договор органу, прямо упомянуты и отвечают основополагающим принципам [упомянутым в пункте 2]". Однако эти директивы не предусматривают дополнительных подробностей в отношении осуществления этих принципов в ходе самих закупок.

IV. Выводы

16. С учетом вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы:

a) следует ли и впредь разрешать использование социальных и экономических целей при закупках согласно Типовому закону, и если да, то следует ли сохранить некоторые или все нынешние цели, которые допускаются, и следует ли допускать достижение любых других целей (таких как цели, прямо позволяющие исполнять обязательства, касающиеся трудового права, или учитывать экологические соображения);

b) если такие цели должны быть предусмотрены в Типовом законе, то можно ли их использовать для обоснования выбора какого-либо конкретного метода закупок, должны ли они действовать в качестве критериев оценки или, в ином случае, в качестве критериев соответствия квалификационным требованиям в надлежащих случаях; и

c) содержание комментария по этому вопросу, который должен быть включен в Руководство по принятию.