



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
21 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

В настоящем добавлении содержится предложение для текста Руководства по принятию относительно главы III (Открытые торги) Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках.



РУКОВОДСТВО ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛ О ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ

Часть II. Постатейный комментарий

ГЛАВА III. ОТКРЫТЫЕ ТОРГИ

Положения об открытых торгах, за малым исключением, применяются согласно Типовому закону к процедурам двухэтапных торгов и торгов с ограниченным участием. В этой связи приведенные в настоящей главе руководящие указания соответственно применяются к этим методам закупок.

Статья 35. Процедуры привлечения тендерных заявок

Статья 35 содержит перекрестную ссылку на положения статьи 32, которые регулируют порядок привлечения тендерных заявок при использовании открытых торгов, двухэтапных торгов и электронных реверсивных аукционов в качестве отдельных методов закупок. Эта статья предусматривает в качестве субсидиарной нормы проведение открытого международного привлечения тендерных заявок. Исключения из процедуры международного привлечения, которые упоминаются в пункте 4 статьи 32 и разъясняются в руководящих указаниях к этой статье, предназначены для использования при проведении внутренних закупок и закупок с низкой стоимостью объекта.

Статья 36. Содержание приглашения к участию в торгах

В интересах содействия обеспечению эффективности и открытости статья 36 предусматривает, что приглашения к участию в торгах должны содержать всю необходимую для поставщиков или подрядчиков информацию, с тем чтобы они имели возможность определить, относится ли объект закупок к тому виду, который они могут поставить, и если это так, то каким образом они смогут принять участие в процедурах торгов. Эти требования в отношении конкретной информации представляют собой лишь необходимый минимум, с тем чтобы не препятствовать закупающей организации включать в приглашения дополнительную информацию, которую она сочтет необходимой. При проведении внутренних закупок закупающая организация может принять решение не указывать валюту платежа, язык или языки тендерной документации, если это не будет необходимо при сложившихся обстоятельствах; однако указание на язык или языки все же может быть весьма важным в некоторых многоязычных странах.

Статья 37. Предоставление тендерной документации

Тендерная документация призвана предоставить поставщикам или подрядчикам информацию, которая им необходима для подготовки своих тендерных заявок, и ознакомить их с правилами и процедурами, в соответствии с которыми будут проводиться процедуры торгов. Статья 37 включена с целью обеспечить, чтобы все поставщики или подрядчики, проявившие интерес к участию в процедурах закупок и соблюдающие процедуры, установленные закупающей организацией, были снабжены тендерной документацией. В соответствии со статьей 36 эти процедуры должны быть изложены в приглашении к участию в торгах и могут касаться таких вопросов, как способы получения тендерной документации, место, где она может быть получена, плата, взимаемая за тендерную документацию, способ и валюта платежа, а также такого более существенного вопроса, упомянутого в подпункте (d) статьи 36 как возможность ограничения участия в конкретных процедурах закупок в соответствии со статьей 8 (что влечет за собой невозможность получения тендерной документации поставщиками или подрядчиками, отстраненными от участия в процедурах закупок).

2. Включение положения о плате, которая взимается за тендерную документацию, имеет целью предоставить закупающей организации возможность возместить свои расходы, например, на печатание и рассылку этой документации, и вместе с тем не допустить взимания чрезмерной платы, что могло бы препятствовать участию в процедурах открытых торгов поставщиков или подрядчиков, удовлетворяющих квалификационным требованиям. Это положение нельзя использовать для возмещения затрат на разработку документации (включая гонорары консультантов и расходы на рекламу). Взимаемая плата не должна превышать фактических расходов на предоставление документации.

Статья 38. Содержание тендерной документации

1. Статья 38 содержит перечень минимальной информации, которую требуется включать в тендерную документацию. Такая минимальная информация позволяет поставщикам или подрядчикам представлять тендерные заявки, которые отвечают потребностям закупающей организации, и проверять способность закупающей организации сопоставлять тендерные заявки на объективной и беспристрастной основе. Многие из пунктов, перечисленные в статье 38, регулируются или рассматриваются в других положениях Типового закона, таких, как статья 9 о квалификационных данных, статья 10 об описании объекта закупок и условий договора о закупках (или рамочного соглашения) и статья 11 о критериях оценки. Перечисление в данной статье тех видов информации, которые необходимо включать в тендерную документацию, в том числе тех видов информации, включение которых прямо предусматривается в других статьях Типового закона, является полезным, поскольку это позволяет закупающим организациям применять эту статью в качестве "контрольного списка" при подготовке тендерной документации. Вместе с тем необходимость включения всей перечисленной информации должна оцениваться закупающей организацией в каждом конкретном случае; некоторые перечисленные виды

информации (например, в подпунктах (i), (j) и (s)) могут быть неуместными при внутренних закупках или в связи с информацией, указанной в подпункте (g), когда представление тендерных заявок на часть объекта закупок не допускается.

2. Одна из категорий информации, перечисленных в статье 38, касается предмета закупок и условий договора о закупках (подпункты (b)-(f) и (w)). Включение этих положений призвано предоставить всем потенциальным поставщикам или подрядчикам достаточную информацию о требованиях закупающей организации в отношении поставщиков или подрядчиков, объекте закупок, условиях поставки и других условиях договора о закупках (или рамочного соглашения). Эта информация необходима поставщикам или подрядчикам для определения своего соответствия предъявляемым квалификационным требованиям, а также возможности и способности исполнить данный договор о закупках. Хотя согласно подпункту (d), как правило, требуется указывать точное количество товаров, когда процедуры торгов используются для заключения рамочных соглашений, в начале закупок закупающая организация будет иметь возможность указать только расчетное количество, что допускается согласно положениям главы VII Типового закона (в отношении дальнейших руководящих указаний см. пункты ... ниже). Ссылка на "форму договора" в подпункте (e) связана с формальностями, упомянутыми в подпункте (w) настоящей статьи: если согласно подпункту (w) закупающая организация может указать, что договор о закупках должен заключаться в письменной форме, то согласно подпункту (e) закупающая организация кроме того должна уточнить, где это применимо, должен ли договор подписываться в стандартной форме (что само по себе может предусматривать, например, стандартные условия поставки, стандартный гарантийный срок и стандартный график платежей и т.д.).

3. Вторая категория из перечисленных в статье видов информации касается инструкций по подготовке и представлению тендерных заявок (подпункты (a), (g)-(p) и (u)), касающиеся таких вопросов, как порядок, место и окончательный срок представления тендерных заявок и способ, на основе которого рассчитывается цена тендерной заявки). Включение этих положений призвано ограничить возможность того, что поставщики или подрядчики, удовлетворяющие квалификационным требованиям, окажутся в невыгодном положении или даже будут отстранены от участия по той причине, что они четко не представляли себе, каким образом должны готовиться тендерные заявки. Как и в случае представления аналогичной информации согласно статье 36, при проведении внутренних закупок закупающая организация может решить не указывать валюту платежа и язык или языки тендерной документации, если при данных обстоятельствах такая информация не нужна; однако указание языка или языков может быть все же весьма важным в некоторых многоязычных странах.

4. В Типовом законе признается, что для тех закупок, которые могут быть разделены на два или более отдельных элемента (например, закупка различных видов лабораторного оборудования, закупка проекта по сооружению гидроэлектростанции, состоящего из строительных работ по возведению плотины и поставки генераторов), закупающая организация может пожелать разрешить поставщикам или подрядчикам представить тендерные заявки как

на весь пакет закупок, так и на одну или несколько его частей. Такой подход давал бы закупающей организации возможность обеспечить максимальную экономию путем закупок у одного поставщика или подрядчика или путем сочетания закупок у группы поставщиков или подрядчиков в зависимости от того, при каком подходе тендерные заявки обеспечивают более значительную экономию с точки зрения затрат. Разрешение представлять тендерные заявки на часть пакета закупок может также содействовать участию в торгах МСП, которые могут иметь возможность представить тендерные заявки только в отношении некоторых частей пакета закупок. В этой связи включение в статью 38 пункта (g) обусловлено намерением разрешить такие тендерные заявки на часть пакета закупок и стремлением добиться максимальной объективности, открытости и эффективности на этапе оценки тендерных заявок, поскольку закупающей организации не будет разрешено делить весь пакет закупок на отдельные договоры по своему усмотрению после представления тендерных заявок.

5. Некоторые другие виды информации, перечисленные в статье 38 (подпункты (b), (c) и (q)-(s)), касаются, в частности, порядка квалификации поставщиков или подрядчиков и рассмотрения и оценки тендерных заявок, а также применимых критериев; раскрытие такой информации необходимо для обеспечения открытости и объективности процедур торгов. Вместе с тем при проведении внутренних закупок уместность информации, указанной в подпункте (s), должна подвергаться оценке.

6. Информация, упомянутая в подпунктах (t) и (v), является отражением применения общего принципа открытости, лежащего в основе Типового закона, поскольку она знакомит поставщиков или подрядчиков с правовой основой, применимой в принимающих Закон государствах к публичным закупкам в целом, и с конкретными правилами, которые могут быть применимы к конкретным закупкам (например, связанным с закрытой информацией), а также с возможностью оспаривания или апелляции в отношении решений или действий закупающей организации и, в частности, с тем, будет ли им предоставлен специальный определенный срок (период ожидания), позволяющий им оспорить решение и действия закупающей организации, связанные с рассмотрением и оценкой тендерных заявок, до вступления в силу договора о закупках. Указание места, в котором можно найти применимые законы и правила, о чем говорится в подпункте (t), относятся скорее не к физическому местонахождению, а к официальной публикации или интернет-порталу, на страницах которых публикуются и систематически обновляются официальные тексты законов и подзаконные акты принимающего Закона государства (см. соответствующие руководящие указания по статье 5 Типового закона в пунктах ... выше).

7. В статье перечислена лишь минимальная информация, подлежащая представлению. В случае необходимости закупающая организация может

принять решение о включении дополнительной информации, например о порядке исправления арифметических ошибок согласно пункту 1 статьи 42¹.

8. Все перечисленные в статье 38 категории информации, а также категории, перечисленные в статье 36 (содержание приглашения к участию в торгах), касаются условий привлечения тендерных заявок. Любое из этих условий или все они могут быть оспорены поставщиками или подрядчиками на основании положений главы VIII Типового закона до истечения окончательного срока направления представлений.

РАЗДЕЛ II. ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ТЕНДЕРНЫХ ЗАЯВОК

Статья 39. Представление тендерных заявок

1. Пункт 1 обеспечивает равное отношение ко всем поставщикам или подрядчикам, требуя, чтобы тендерные заявки представлялись в порядке, в месте и до истечения окончательного срока, которые указываются в тендерной документации (согласно определению в статье 2 тендерная документация включает любые поправки к ней). Это требование подробно рассматривается в статье 14 о правилах, касающихся порядка, места и окончательного срока подачи заявок на предквалификационный или предварительный отбор или направления представлений. Эта статья, а также пункт 3 статьи 15 включает конкретные гарантии для урегулирования ситуаций, когда первоначально опубликованная информация о соответствующих процедурах закупки была изменена. Если в результате этих изменений первоначально опубликованная информация оказывается в существенном отношении неточной, то измененная информация должна быть опубликована таким же образом и в том же месте, где была опубликована первоначальная информация. Согласно пункту 5 статьи 14 уведомление о любом продлении окончательного срока представления также должно направляться каждому поставщику или подрядчику, которым закупающая организация направила тендерную документацию (в отношении руководящих указаний к соответствующим положениям статей 14 и 15 см. пункты ... выше).

2. В пункте 2 содержатся конкретные требования в отношении формы и способа представления тендерных заявок, которые дополняют общие требования в отношении формы и средств передачи информации, содержащиеся в статье 7 (см. комментарий к статье 7 в пунктах ... настоящего Руководства). Статья предусматривает, что тендерные заявки должны представляться в письменной форме, с подписью, и что необходимо обеспечивать их подлинность, защищенность, неприкосновенность и

¹ На девятнадцатой сессии Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3, сноска 49) о том, не следует ли в этой статье предусмотреть требование об указании в тендерной документации способа исправления арифметических ошибок. В этой связи внимание было обращено на соответствующее обсуждение и вопросы, затронутые на семнадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/687, пункт 151). Рабочая группа этот вопрос не рассматривала. Возможно, в данный раздел потребуется включить дополнительные руководящие указания по этому вопросу, а также в комментарий к соответствующим положениям статьи 42.

конфиденциальность. Требование в отношении "письменной формы" призвано обеспечить согласованность с требованием в отношении формы, содержащимся в пункте 1 статьи 7 (тендерные заявки должны представляться в форме, которая обеспечивает запись содержания информации и является доступной для последующего использования). Требование в отношении "подписи" призвано обеспечить, чтобы поставщики или подрядчики, представляющие тендерную заявку, с достаточной степенью достоверности идентифицировали себя и подтверждали свое согласие с содержанием представленных ими тендерных заявок. Требование, касающееся "подлинности", призвано обеспечить достаточный уровень уверенности в том, что тендерная заявка представлена закупающей организации поставщиком или подрядчиком, является окончательной и заслуживающей доверия, что от нее нельзя отказаться и что она исходит от поставщика или подрядчика, представившего ее. Таким образом, в сочетании с требованиями в отношении "письменной формы" и "подписи" это требование призвано обеспечить наличие материального свидетельства существования и характера намерения представивших данные тендерные заявки поставщиков или подрядчиков соблюдать обязательства, воплощенные в информации, содержащейся в представленных тендерных заявках, и что это свидетельство будет сохранено для целей учета, контроля и аудита. Требования, касающиеся "защищенности", "неприкосновенности" и "конфиденциальности" тендерных заявок направлены на обеспечение того, чтобы информацию, содержащуюся в представленных тендерных заявках, нельзя было изменить, дополнить или подделать ("защищенность" и "неприкосновенность") и чтобы она была доступной лишь с момента, который установлен для публичного вскрытия тендерных заявок, а после этого только для уполномоченных лиц и только для предписанных целей и в соответствии с установленными правилами ("конфиденциальность").

3. В случае закупок с использованием бумажных документов все требования, установленные в предыдущем пункте настоящего Руководства, выполняются поставщиками или подрядчиками, представляющими закупающей организации в запечатанном конверте тендерные заявки или их части, которые, как предполагается, должны быть надлежащим образом подписаны и удостоверены (в противном случае есть опасность того, что в момент вскрытия тендерных заявок они могут быть отклонены), и закупающей организацией, которая должна сохранять запечатанные конверты невскрытыми до момента публичного вскрытия тендерных заявок. В случае электронных закупок те же требования могут быть выполнены посредством применения различных стандартов и методов при условии, что такие стандарты и методы обеспечивают по крайней мере такую же степень уверенности в том, что тендерные заявки действительно представлены в письменной форме, что они подписаны и удостоверены и что сохраняется их защищенность, неприкосновенность и конфиденциальность. В положениях о закупках и других соответствующих положениях следует установить четкие правила в отношении надлежащих требований и, когда это необходимо, выработать функциональные эквиваленты для электронных закупок. Следует следить за тем, чтобы юридические требования не увязывались с конкретным уровнем технологического развития. Система, как минимум, должна гарантировать, чтобы ни один человек не имел доступа к содержанию тендерных заявок после их получения закупающей организацией до момента их официального

вскрытия. Необходимо также гарантировать, чтобы только уполномоченные лица, четко идентифицированные в этой системе, имели право вскрывать тендерные заявки в момент их официального вскрытия и имели доступ к содержанию этих тендерных заявок на последующих этапах процесса закупок. В систему должны быть также заложены такие функции, которые позволяли бы отслеживать все операции в связи с представленными тендерными заявками, включая точное время и дату получения заявок, проверку того, кто и когда имел доступ к тендерным заявкам и были ли вскрыты или изменены тендерные заявки, не подлежащие вскрытию. Необходимо принять соответствующие меры для обеспечения контроля за тем, чтобы тендерные заявки не были стерты, повреждены или испорчены другим несанкционированным образом при их вскрытии и последующем использовании. Применимые стандарты и методы должны быть соизмеримы существующему риску. Достаточно высокого уровня подлинности и защищенности можно достичь с помощью различного коммерческого программного обеспечения, имеющегося в наличии в любой данный момент времени, но этого не требуется в случае закупок невысокой стоимости, сопряженных с невысоким риском. В этой связи выбор должен производиться на основе анализа затрат и выгод. Следует также следить за тем, чтобы не вводить более жестких мер обеспечения защищенности, чем меры, которые в ином случае применялись бы при закупках с использованием бумажных документов, поскольку такие меры могут способствовать отказу поставщиков или подрядчиков от участия в электронных закупках. Эти и другие вопросы следует рассмотреть в положениях о закупках и других соответствующих положениях. (Общее рассмотрение вопросов, связанных с использованием электронных закупок, см. пункты ... Части I Руководства.)

4. В подпункте (b) пункта 2 содержится требование в отношении того, чтобы закупающая организация представляла поставщикам или подрядчикам расписку с указанием даты и времени получения их тендерных заявок. В случае закупок с использованием бумажных документов это обычно делается при помощи представления закупающей организацией бумажного письменного подтверждения получения заявки с печатью и с указанием даты, времени и места получения. При электронных закупках это должно делаться автоматически. В ситуациях, когда система получения заявок исключает возможность установления точного времени их получения, закупающей организации, видимо, придется установить определенный допуск точности регистрации времени получения тендерных заявок. В то же время этот допуск должен строго регулироваться посредством отсылки к применимым правовым нормам электронной торговли, с тем чтобы предотвратить злоупотребления и обеспечить объективность. Какой бы метод регистрации даты и времени не использовался при любых конкретных закупках, информация о нем должна представляться в тендерной документации в самом начале процесса закупок. С учетом таких гарантий удостоверение закупающей организацией факта получения должно носить неоспоримый характер. Если тендерную заявку представить не удалось, в частности, из-за защитных мер, принимаемых закупающей организацией для предотвращения повреждения системы в результате получения той или иной тендерной заявки, то следует считать, что такая заявка не представлялась в рамках применения общего правила, согласно которому все риски, связанные с представлением тендерных заявок, несут

поставщики или подрядчики. Поставщики или подрядчики, тендерные заявки которых не удалось получить с помощью системы закупающей организации, должны быть немедленно информированы об этом, с тем чтобы они могли вновь представить свои тендерные заявки до истечения окончательного срока их представления. После истечения этого срока повторное представление тендерных заявок не допускается.

5. В подпункте (с) пункта 2 затрагиваются упомянутые выше вопросы защищенности, неприкосновенности и конфиденциальности представляемых тендерных заявок. В отличие от подпункта (а) (ii) пункта 2 в нем отсутствует требование в отношении подлинности тендерных заявок (такие вопросы возникают только при представлении тендерных заявок.) Предполагается, что при получении закупающей организацией тендерной заявки в дату и время, зарегистрированные в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 этой статьи, соответствующее требование в отношении подлинности уже соблюдено.

6. Признается, что сбои в работе автоматических систем, которые могут лишить поставщиков или подрядчиков возможности представить свои тендерные заявки до истечения окончательного срока, могут неизбежно возникать. Типовой закон предусматривает, что этот вопрос должен регулироваться положениями о закупках или другими соответствующими положениями. Согласно положениям пункта 4 статьи 14 закупающая организация может, исключительно по своему усмотрению, до истечения окончательного срока подачи тендерных заявок продлить этот срок, если один или несколько поставщиков или подрядчиков не в состоянии представить свои тендерные заявки до истечения окончательного срока вследствие любого не зависящего от них обстоятельства. В этом случае закупающая организация должна незамедлительно направить уведомление о любом продлении окончательного срока каждому поставщику или подрядчику, которым она направила тендерную документацию (см. пункт 5 статьи 14 Типового закона). В этой связи, в тех случаях, когда происходит сбой системы, закупающая организация должна определить, может ли функционирование системы восстановлено достаточно оперативно для продолжения процедур закупок, и, если это возможно, решить вопрос о том, требуется ли какое-либо продление окончательного срока представления тендерных заявок. Если, однако, закупающая организация установит, что сбой в работе системы препятствует продолжению закупок, то она может аннулировать закупки и объявить о начале новых закупочных процедур. Сбои, вызванные небрежными или намеренными действиями закупающей организации, а также решения, принятые закупающей организацией для урегулирования вопросов, возникающих в результате сбоев в работе автоматизированных систем, могут служить основанием для обжалования со стороны пострадавших поставщиков или подрядчиков согласно статье 63 Типового закона.

7. Содержащаяся в пункте 3 норма, в соответствии с которой запрещается рассматривать полученные с опозданием тендерные заявки, призвана содействовать обеспечению экономичности и эффективности процесса закупок, а также объективности и доверия к этому процессу. Если допустить рассмотрение прибывших с опозданием тендерных заявок после начала процесса их вскрытия, то это могло бы дать поставщикам или подрядчикам возможность узнать о содержании других тендерных заявок до представления

своих тендерных заявок. Это могло бы привести к повышению цен и способствовать сговору между поставщиками или подрядчиками. Такая практика была бы также недобросовестной по отношению к другим поставщикам или подрядчикам. Кроме того, она могла бы воспрепятствовать упорядоченному процессу вскрытия тендерных заявок и снизить его эффективность. В этой связи положения предусматривают, что любые прибывшие с опозданием тендерные заявки не вскрываются и возвращаются представившим их поставщикам или подрядчикам. Принимающие Закон государства могут предусмотреть требование о регистрации прибывших с опозданием тендерных заявок в документальном отчете о процедурах закупок в соответствии с пунктом 1 (w) статьи 24.

Статья 40. Срок действия тендерных заявок; изменение и отзыв тендерных заявок

1. Статья 40 включена в Типовой закон, с тем чтобы четко установить, что закупающая организация должна указывать в тендерной документации срок, в течение которого тендерные заявки должны оставаться в силе.

2. Совершенно очевидно, что в тендерной документации важно указывать срок действия тендерных заявок с учетом особых обстоятельств, относящихся к конкретной процедуре торгов. Нецелесообразно в законодательстве о закупках устанавливать применяемый во всех случаях какой-либо длительный срок действия тендерных заявок в надежде обеспечить потребности большинства, если не всех процедур торгов. Такой подход был бы неэффективным, поскольку во многих случаях этот срок будет более длительным, чем это необходимо. Слишком длительные сроки действия тендерных заявок могут привести к повышению цен этих заявок, поскольку поставщики или подрядчики должны будут предусмотреть в своих ценах компенсацию затрат и рисков, на которые им пришлось бы пойти в таком случае (например, зарезервированные мощности и невозможность представить тендерную заявку в другом месте; риски, обусловленные повышением затрат на производство товаров или работ).

3. Включение пункта 2 призвано обеспечить для закупающей организации возможность решать проблему задержек в процедуре торгов путем направления просьбы о продлении срока действия тендерных заявок. Эта процедура не является обязательной для поставщиков или подрядчиков, и, таким образом, они не обязаны считать себя связанными условиями своих тендерных заявок в течение непредвиденных длительных сроков, а такой риск может препятствовать участию поставщиков или подрядчиков в торгах или вынуждать их увеличивать цены тендерных заявок. Для продления, в случае необходимости, срока действия гарантий, предоставляемых в форме обеспечения тендерных заявок, предусматривается также, что поставщик или подрядчик, не получивший обеспечение для покрытия продленного срока действия тендерной заявки, рассматривается как поставщик или подрядчик, отклонивший запрос о продлении срока действия своей тендерной заявки. В таком случае срок действия тендерной заявки поставщика или подрядчика заканчивается по истечении первоначального срока действия, указанного в тендерной документации.

4. Пункт 3 является важным дополнением к содержащимся в статье 15 положениям о разъяснениях и изменениях тендерной документации. Это сделано для того, чтобы поставщики или подрядчики могли отреагировать на разъяснения и изменения тендерной документации или на другие обстоятельства путем либо изменения своих тендерных заявок, если это необходимо, либо путем их отзыва, если они этого пожелают. Такая норма содействует участию в торгах и в то же время защищает интересы закупающей организации, так как предусматривает возможность взыскания обеспечения тендерной заявки в случае ее изменения или отзыва после наступления окончательного срока представления тендерных заявок. Однако, чтобы учесть противоположный подход, который закреплен в действующем законодательстве и практике некоторых государств, пункт 3 разрешает закупающей организации отступать от этой общей нормы и предусматривать взыскание обеспечения тендерной заявки в случае изменения или отзыва до окончательного истечения срока представления тендерных заявок, но только, если это оговорено в тендерной документации. (См. также соответствующие комментарии к статье 47 в пунктах ... ниже.)

РАЗДЕЛ III. ОЦЕНКА ТЕНДЕРНЫХ ЗАЯВОК

Статья 41. Вскрытие тендерных заявок

1. Содержащаяся в пункте 1 норма призвана не допустить разрыва во времени между истечением окончательного срока представления тендерных заявок и моментом их вскрытия. Такие разрывы во времени могут создать возможности для злоупотреблений (например, раскрытие содержания тендерных заявок до наступления назначенного момента их вскрытия) и лишить поставщиков или подрядчиков возможности свести этот риск к минимуму путем представления тендерной заявки в последнюю минуту непосредственно перед вскрытием тендерных заявок².

2. В пункте 2 закреплена норма, в соответствии с которой закупающая организация должна разрешать всем поставщикам или подрядчикам, представившим тендерные заявки, или их представителям присутствовать при вскрытии тендерных заявок. Возможные варианты порядка вскрытия тендерных заявок, установленного закупающей организацией (место, порядок, время и процедуры вскрытия тендерных заявок), должны предусматривать присутствие поставщиков или подрядчиков с учетом таких факторов, как разница во времени, необходимость указания помимо любого физического места, установленного для вскрытия тендерных заявок, любых средств, обеспечивающих присутствие тех, кто не может присутствовать в физическом месте или предпочел виртуальное местонахождение. Такое присутствие может быть личным или в любой иной форме, отвечающей требованиям статьи 7

² Возможно, потребуется включить разъяснения дополнительных рисков, связанных с отступлением от требований Типового закона относительно того, что тендерные заявки вскрываются по наступлении срока, указанного в тендерной документации в качестве окончательного срока представления тендерных заявок, и практических соображений, которые необходимо учитывать при осуществлении данного требования (A/CN.9/687, пункт 150).

Типового закона (в отношении рассмотрения соответствующих требований см. пункты ... настоящего Руководства). Второе предложение пункта 2 дополняет эти требования пункта 4 статьи 7, уточняя, что в контексте вскрытия тендерных заявок считается, что поставщикам или подрядчикам было разрешено присутствовать при вскрытии тендерных заявок, если они в полной мере извещаются в режиме реального времени о вскрытии тендерных заявок. Это положение соответствует положениям других международных документов, в которых рассматривается этот же вопрос³.

3. Выражение "в полной мере извещается в режиме реального времени" в данном контексте означает, что поставщикам или подрядчикам должна быть предоставлена возможность наблюдать (в устной или письменной форме) за всей той информацией, которая сообщается при вскрытии тендерных заявок. Эта возможность должна предоставляться в то же самое время, в которое любое лицо, физически присутствующее при вскрытии тендерных заявок, увидело бы или услышало бы соответствующую информацию с учетом времени, необходимого для загрузки информации, если она будет получена в письменной форме. Соответствующая информация включает информацию, объявляемую в соответствии с пунктом 3 статьи 41.

4. Поставщики должны также иметь возможность вмешаться в случае возникновения каких-либо нарушений, причем в том же объеме, как если бы они физически там присутствовали. Поэтому действующая система должна обеспечивать получение и подтверждение получения сигналов от поставщиков и незамедлительно реагировать на них. При использовании информационных систем могут существовать различные методы, отвечающие требованию об извещении в полной мере в режиме реального времени. Независимо от используемого метода, достаточная информация о них должна доводиться до сведения поставщиков или подрядчиков заблаговременно, с тем чтобы они могли принять все необходимые меры для подключения к системе с целью наблюдения за вскрытием тендерных заявок.

5. Норма, в соответствии с которой закупающая организация должна разрешать всем поставщикам или подрядчикам, представившим тендерные заявки, или их представителям присутствовать при вскрытии тендерных заявок, способствует открытости процедур торгов. Она позволяет поставщикам или подрядчикам следить за тем, чтобы законодательство и подзаконные акты соблюдались, и способствует возникновению уверенности в том, что решения будут приниматься объективно и без каких-либо нарушений. По аналогичным причинам в пункт 3 включено требование о том, чтобы при вскрытии тендерных заявок наименования поставщиков или подрядчиков, представивших тендерные заявки, а также цены их тендерных заявок объявлялись всем присутствующим. В этих же целях было также предусмотрено положение, в соответствии с которым эта информация направляется участвующим поставщикам или подрядчикам, которые не присутствовали или не были представлены при вскрытии тендерных заявок.

³ В представленном проекте необходимо рассмотреть вопрос о достаточности обсуждения положения об "условном" или "виртуальном" присутствии поставщиков или подрядчиков при вскрытии тендерных заявок.

6. При использовании автоматизированного вскрытия тендерных заявок принимающее Закон государство должно осознавать необходимость дополнительных гарантий, обеспечивающих открытость и целостность процесса вскрытия тендерных заявок. Система должна гарантировать, чтобы только уполномоченные лица, четко идентифицированные в этой системе, имели право устанавливать или изменять в системе время вскрытия тендерных заявок в соответствии с пунктом 1 этой статьи, не уменьшая степень защищенности, неприкосновенности и конфиденциальности тендерных заявок. Только такие лица должны иметь право вскрывать тендерные заявки в установленное время. Принимающее Закон государство может предусмотреть требование о том, что вскрытие тендерных заявок должно производиться одновременно по крайней мере двумя уполномоченными лицами. "Одновременно" в этом контексте означает, что назначенные уполномоченные лица почти в один и тот же момент должны вскрыть одни и те же компоненты тендерной заявки и зарегистрировать информацию о том, какие компоненты были вскрыты и когда. До вскрытия тендерных заявок рекомендуется, чтобы система подтвердила защищенность тендерных заявок при помощи проверки на предмет отсутствия несанкционированного доступа. Уполномоченных лиц следует обязать проверять подлинность и неприкосновенность тендерных заявок и их своевременное представление.

7. Необходимо принять меры для предотвращения нарушения неприкосновенности тендерных заявок, предотвращения их стирания или предотвращения вывода из строя системы при их вскрытии системой, например, в результате вирусного или аналогичного заражения. Конфигурация системы должна также позволять отслеживать все операции в ходе вскрытия тендерных заявок, включая идентификацию лица, которое производило вскрытие каждой тендерной заявки и ее компонентов, а также регистрацию даты и времени вскрытия каждого из них. Она также должна гарантировать, что вскрытые тендерные заявки будут доступными только для лиц, уполномоченных для ознакомления с их содержанием и данными (например, членов оценочного комитета или аудиторов на последующих этапах процесса закупок). Эти и связанные с ними технические вопросы следует урегулировать в положениях о закупках и других положениях, которые будут приняты принимающим Закон государством.

Статья 42. Рассмотрение и оценка тендерных заявок

1. Пункты 1-3 регулируют порядок рассмотрения тендерных заявок, который включает установление квалификационных данных поставщиков или подрядчиков, представляющих тендерные заявки, оценку соответствия тендерных заявок прошедших квалификацию поставщиков или подрядчиков предъявляемым требованиям и определение наличия каких-либо оснований для отклонения тендерных заявок в соответствии с пунктом 3. Как того требуют различные положения Типового закона, включая положения статей 10 и 38, все критерии и процедуры рассмотрения должны сообщаться поставщикам или подрядчикам в самом начале процедур закупок.

2. Цель пункта 1 состоит в том, чтобы предоставить закупающей организации возможность запрашивать у поставщиков или подрядчиков

разъяснения по поводу их тендерных заявок, с тем чтобы облегчить рассмотрение и оценку этих заявок, причем четко указывается, что речь не должна идти об изменении существа тендерных заявок. Подпункт (b) пункта 1, в котором речь идет об исправлении чисто арифметических ошибок, не преследует цель охватить аномально низкие цены тендерных заявок, которые, как предполагается, являются результатом недопонимания или других ошибок, не являющихся очевидными в тексте тендерной заявки. Включение соответствующего требования об уведомлении имеет важное значение, поскольку в подпункте (b) пункта 3 содержится положение об обязательном отклонении тендерной заявки, если исправление не сочтено приемлемым⁴.

3. В пункте 2 содержится норма, которую необходимо соблюдать при определении того, отвечают ли тендерные заявки предъявляемым требованиям, и которая допускает рассмотрение тендерной заявки как отвечающей предъявляемым требованиям даже при незначительных отклонениях. Разрешение закупающей организации рассматривать тендерные заявки с незначительными отклонениями способствует расширению участия и конкуренции при проведении процедуры торгов. Требуется вести количественный учет таких незначительных отклонений, с тем чтобы тендерные заявки можно было сопоставить объективно таким образом, который положительно сказывался бы на тендерных заявках, полностью отвечающих предъявляемым требованиям⁵.

4. В пункте 3 перечислены основания для отклонения тендерных заявок. Этот перечень носит исчерпывающий характер и относится только к тем основаниям, которые прямо предусмотрены в Типовом законе. Основание, указанное в подпункте (a), а именно несоответствие квалификационным требованиям, должно применяться с учетом статьи 9, в которой перечислены допустимые требования к квалификационным данным и основания для дисквалификации. Основание, указанное в подпункте (b), а именно несогласие поставщика или подрядчика с исправлением арифметической ошибки и несоответствие тендерной заявки предъявляемым требованиям, следует рассматривать вместе с положениями подпункта (b) пункта 1, который разрешает закупающей организации исправлять чисто арифметические ошибки и требует в этом случае уведомлять о таком исправлении поставщика или подрядчика, представившего соответствующую тендерную заявку. Обсуждение каких-либо других вопросов между закупающей организацией и поставщиком или подрядчиком по поводу исправленной арифметической ошибки не должно допускаться: соответствующий поставщик или подрядчик может либо согласиться с внесенным исправлением, либо его тендерная заявка будет отклонена. Основание, указанное в подпункте (c) пункта 1, а именно несоответствие тендерной заявки предъявляемым требованиям, должно трактоваться в свете статьи 10 и пунктов 1 и 2 статьи 42, которые устанавливают правовую основу, подлежащую применению закупающей организацией при принятии решения о соответствии или несоответствии

⁴ В этой связи, возможно, потребуется дополнительная проработка вопросов о правилах и принципах, применимых к исправлению закупающей организацией арифметических ошибок, и соответствующей роли тендерной документации.

⁵ Возможно, потребуется дальнейшая проработка вопроса о том, что собой представляют "незначительные отклонения".

тендерных заявок предъявляемым требованиям. Основания, указанные в подпункте (d), отражают положения статьи 19, которые разрешают закупающей организации отклонять представление с аномально низкой ценой, и положения статьи 20, которые обязывают закупающую организацию отстранять поставщика или подрядчика от участия в процедурах закупок на основании подкупа со стороны поставщика или подрядчика, несправедливого конкурентного преимущества или коллизии интересов.

5. Пункты 4-7 регулируют порядок оценки тендерных заявок, т.е. сопоставление всех тендерных заявок, которые не были отклонены в результате рассмотрения. Как того требуют различные положения Типового закона, например статьи 11 и 38 и подпункт (a) пункта 4 данной статьи, отвечающие предъявляемым требованиям тендерные заявки оцениваются в соответствии с заранее сообщенными критериями и процедурами оценки. Как отмечается в подпункте (b) пункта 4 данной статьи, выигравшей тендерной заявкой может являться тендерная заявка с самой низкой ценой или наиболее выгодная тендерная заявка⁶. В соответствии с пунктом 5 (a) статьи 11 Типового закона вопрос о том, будет ли выигравшее представление определяться на основе только цены или цены и других критериев, должен быть урегулирован в тендерной документации в самом начале процесса закупок без каких-либо возможных изменений на последующих этапах.

6. Включение в пункт 5 нормы, касающейся пересчета цен тендерных заявок в одну валюту в целях оценки и сопоставления этих заявок, призвано содействовать обеспечению точности и объективности решения, принимаемого закупающей организацией. В соответствии с требованием, содержащимся в подпункте (s) статьи 38, эта одна валюта должна определяться в тендерной документации наряду с любым применимым обменным курсом или методом, подлежащим использованию для определения применимого обменного курса. Эти положения могут быть неуместны при внутренних закупках.

7. Пункт 6 был включен с целью обеспечить закупающим организациям возможность потребовать от поставщика или подрядчика, представившего выигравшую тендерную заявку, вновь подтвердить свои квалификационные данные. Это положение, возможно, является особенно полезным в том случае, если процедуры закупок длятся довольно долго, и закупающая организация может пожелать удостовериться в том, что информация о квалификационных данных, представленная на более раннем этапе, остается в силе. Использование метода повторного подтверждения оставлено на усмотрение закупающей организации, поскольку необходимость его применения зависит от обстоятельств, связанных с каждой отдельной процедурой торгов.

8. Для того чтобы процедура нового подтверждения стала эффективной и открытой, в пункте 7 предусматривается, что если поставщик или подрядчик не подтвердит вновь свои квалификационные данные, то его тендерная заявка

⁶ Необходимо разъяснить эволюцию с 1994 года практики закупок, которая оправдывает замену термина "тендерная заявка с самой низкой ценой", использовавшегося в этом контексте в Типовом законе 1994 года, термином "наиболее выгодная тендерная заявка". Поскольку этот момент имеет отношение к другим положениям Типового закона, в которых фигурирует выражение "наиболее выгодная", во избежание повторов следует рассмотреть вопрос о надлежащем месте такого разъяснения в Руководстве.

отклоняется, и устанавливаются процедуры, которым закупающая организация должна следовать, с тем чтобы выбрать выигравшую тендерную заявку в данном случае. В этом пункте также вновь подтверждается право закупающей организации отменять закупки в таких случаях, что является важной гарантией против риска сговора между поставщиками или подрядчиками.

Статья 43. Запрещение переговоров с поставщиками или подрядчиками

В статье 43 предусмотрен прямой запрет на переговоры между закупающей организацией и каким-либо поставщиком или подрядчиком в отношении какой-либо тендерной заявки, представленной этим поставщиком или подрядчиком. Включение этой нормы обусловлено тем, что подобные переговоры могут привести к применению своего рода "аукциона", на котором тендерная заявка, предложенная одним поставщиком или подрядчиком, используется для оказания давления на другого поставщика или подрядчика с целью добиться от него уступки в цене или каких-либо иных более благоприятных условий тендерной заявки. Многие поставщики или подрядчики воздерживаются от участия в процедурах торгов, на которых применяются подобные приемы, или же повышают цены своих тендерных заявок в ожидании переговоров, если они участвуют в торгах. Запрещение переговоров не затрагивает возможного обсуждения вопросов между закупающей организацией и поставщиком или подрядчиком, проводимых с целью уточнения его тендерной заявки в соответствии с пунктом 1 статьи 42 Типового закона или заключения договора о закупках.
