

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
11 June 2012
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли****Сорок пятая сессия**

Нью-Йорк, 25 июня – 6 июля 2012 года

**Закупки и развитие инфраструктуры: возможная
будущая работа*****Записка Секретариата****I. Будущая работа****A. Введение**

1. В ходе сессий Рабочей группы I в 2010-2012 годах в Рабочей группе состоялся предварительный обмен мнениями о возможных темах будущей работы, связанной с публичными закупками, которые могли бы быть своевременно представлены на рассмотрение Комиссии. В докладе о работе двадцать первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/745, пункты 38-41) были указаны следующие возможные темы:

а) аспекты публичных закупок, которые не рассматриваются в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (принятом Комиссией на ее сорок четвертой сессии в 2011 году)¹, например, этап закупок, на котором осуществляется администрирование договора; приостановление и прекращение деятельности; нормы, касающиеся корпоративного соблюдения положений, устойчивости и охраны окружающей среды. На предыдущей сессии Рабочая группа заявила, что важным аспектом публичных закупок

* Настоящий документ был представлен менее чем за десять недель до открытия сессии вследствие необходимости проведения неофициальных консультаций по вопросам, связанным с деятельностью других органов в смежных областях, до завершения работы над этим документом.

¹ На веб-странице: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.



является также планирование закупок, которое в настоящее время в Типовом законе не рассматривается²;

б) согласование положений, регулирующих связанные с закупками аспекты Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (Руководства для законодательных органов по ПИФЧИ) (2000 года) и Типовых законодательных положений (2003 года) с положениями Типового закона;

с) обобщение положений Руководства для законодательных органов и Типовых законодательных положений (именуемых в целом документами ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ);

д) определение других тем, которые следует рассмотреть в современном тексте по ПИФЧИ (в частности надзор и поощрение практики внутреннего урегулирования споров вместо использования международных органов по урегулированию споров); и

е) расширение сферы охвата нынешних документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ в любом тексте, который будет разработан в будущем, в целях включения в нее еще не охваченных форм частного финансирования мероприятий по развитию инфраструктуры и связанных с ними сделок, например публично-частных товариществ (ПЧТ), которые могут и не предусматривать развитие инфраструктуры, концессий в отношении природных ресурсов и предоставление частными структурами услуг, которые ранее предоставлялись правительством.

2. В настоящей записке по очереди рассматривается каждая из этих возможных тем.

В. Справочная информация по темам, предложенным для возможной будущей работы

1. Аспекты публичных закупок, которые не рассматриваются в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках

а) Контроль за заключением и осуществлением/администрирование договоров

3. Как отметила Рабочая группа, цикл закупок включает в себя три основных этапа: 1) планирование и составление бюджета перед началом процедуры закупок, 2) отбор поставщиков и 3) контроль за заключением и осуществлением договоров и администрирование договоров³. Такой подход

² A/CN.9/718, пункт 138. Рабочие документы для сессий Рабочей группы I и доклады об их работе размещены на веб-странице: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/1Procurement.html.

³ Документ A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2, пункт 31, представлен Рабочей группе для рассмотрения на ее тринадцатой сессии. Условия проведения данного этапа цикла закупок охватывают контроль за заключением и осуществлением договора, исполнение договора и его администрирование. Если данная тема будет принята в качестве одной из тем будущей работы, то в ее сферу охвата можно было бы включить рассмотрение терминологии. В настоящей записке будет использоваться термин "контроль за заключением и

применяется другими учреждениями при проведении реформы системы закупок и комментаторами и отражен в Принципах, изложенных в приложении к Рекомендации ОЭСР в отношении обеспечения добросовестности при публичных закупках, согласно которым цикл закупок определяется как процесс, начинающийся оценкой потребностей и завершающийся "контроль за заключением и осуществлением договора и окончательной оплатой"⁴. В статье 9 (2) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (2003 год, "КПК ООН") предусмотрено требование, согласно которому любая система закупок должна обеспечивать надлежащие механизмы внутреннего контроля и управления рисками и которое со всей очевидностью не ограничивается этапом 2⁵.

4. Вместе с тем Рабочая группа постановила не включать этап 3 в сферу охвата Типового закона и рассмотреть в нем лишь некоторые аспекты этапа 1 (в этом отношении Типовой закон отражает сферу охвата национального законодательства многих стран и другого международного законодательства, касающегося закупок). В частности, Рабочая группа отметила, что более подходящей, чем законодательство о закупках, платформой, возможно, являются бюджетное законодательство (планирование закупок) и договорное право (администрирование договоров)⁶. Тем не менее Рабочая группа признала, что все три этапа являются неотъемлемыми составляющими цикла закупок⁷, и что их следует рассмотреть более подробно в Руководстве по принятию Типового закона⁸.

5. Основными целями этапа контроля за заключением и осуществлением договоров является обеспечение исполнения договора, т.е. предоставление товаров, работ или услуг в соответствии с договором о закупках в требуемом количестве и требуемого качества по согласованной цене и в установленные сроки, не допуская при этом злоупотреблений. Эти цели соответствуют целям обеспечения оправданности затрат и недопущения злоупотреблений непосредственно в процессе закупок. Как недавно было отмечено организацией "Трансперенси интернэшнл" и другими организациями, на данном этапе цикла закупок и при планировании закупок, возможно, вследствие реформ, направленных на регулирование процедур отбора,

осуществлением договоров", поскольку среди этих терминов он имеет наиболее широкую сферу охвата.

⁴ OECD Principles for Integrity in Public Procurement, 2009, Definitions, page 126, http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_2649_34135_42768665_1_1_1_1,00.html.

⁵ Статья 9 (2) гласит: "Каждое государство-участник принимает, в соответствии с основополагающими принципами своей правовой системы, надлежащие меры по содействию прозрачности и отчетности в управлении публичными финансами. Такие меры охватывают, среди прочего, следующее:... d) эффективные и действенные системы управления рисками и внутреннего контроля...". С текстом можно ознакомиться по адресу <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>.

⁶ См., например, A/CN.9/590, пункт 13, и A/CN.9/595, пункты 80-82, с учетом A/CN.9/WG.I/WR.42, пункты 36-48.

⁷ Там же.

⁸ Документ A/CN.9/590, пункт 13.

существует "повышенный риск коррупции"⁹. На практике наблюдались, в частности, такие злоупотребления, как кража активов до их поставки, в некоторых случаях недостаточный надзор вследствие сговора между подрядчиками, осуществляющими надзор должностными лицами, составление заведомо ложных счетов, нерациональное использование средств и т.д.¹⁰

6. В зависимости от сложности объекта закупок для исполнения договора требуется совершение разных действий: от принятия поставки и осуществления платежа в случае простых закупок до разработки подробной программы с участием инженеров, инспекторов, руководителей работ по проекту, ревизоров и т.д. в случае сложных закупок.

7. В проекте руководства по принятию Типового закона контроль за заключением и осуществлением договоров рассматривается следующим образом: "плохая организация этапа контроля за заключением и осуществлением договора может подорвать целостность процесса закупок и нанести ущерб целям Типового закона, состоящим в обеспечении справедливого режима, конкуренции и недопущении коррупции, если, например, в результате внесенных в договор изменений существенно возрастет окончательная цена, если будет дано согласие на не отвечающее стандартам качество, если будут допускаться рутинные задержки платежей и если возникающие споры будут срывать исполнение договора. Подробно разработанные предложения по вопросам администрирования договоров в рамках сложных закупок с частным финансовым компонентом изложены в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2000 год) [...]: многое из сказанного в этом документе в равной мере применимо к вопросам контроля за заключением и осуществлением всех договоров о закупках, особенно в тех случаях, когда договоры связаны со сложными проектами"¹¹.

8. В целях снижения рисков неисполнения договора в Руководстве для законодательных органов и других текстах предлагается, в частности, включить соответствующее положение в условия соглашения по проекту (в котором следует рассмотреть владение активами, финансовые механизмы, обеспечительные интересы, уступки, рассмотрение и утверждение планов, различные условия осуществления проекта, полномочия правительственных органов по наблюдению, функционирование инфраструктуры, общие договорные механизмы, такие как субподряд, обязательства и гарантии, внесение изменений в условия и нарушение положений договора, а также средства правовой защиты). В Руководстве для законодательных органов также затрагивается срок действия соглашения по проекту, его продление и

⁹ Transparency International Handbook, "Curbing Corruption in Public Procurement", 2007, http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook.

¹⁰ OECD Principles for Integrity in Public Procurement, *supra*, at page 69, and "A Guide to best practices for contract administration", Office of Federal Procurement Policy (OFPP), 1994, <http://www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf>.

¹¹ Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, часть I, Общие замечания, "Соблюдение принципов Типового закона на всех этапах цикла закупок: планирование закупок и контроль за заключением и осуществлением договора", пункт 27 документа A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1.

прекращение, а также предупреждение и урегулирование споров. В соответствии с другими руководящими указаниями рекомендуется использовать такие средства управления проектами, как графики работ, определение обязанностей по каждой задаче (например, выполнению и инспекции), а также четкое понимание полномочий государственных чиновников и порядка отчетности, оговоренные процедуры оплаты, а также определенные средства связи и ведения учета¹².

9. В случаях принятия решения о целесообразности проведения будущей работы в этой области Комиссия, возможно, также рассмотрит вопрос о необходимости учета правовой основы контроля за заключением и осуществлением договоров, указываемой в договоре о закупках (условия которого не регулируются Типовым законом); в таком случае, возможно, будет сложно рассматривать вопросы, связанные с контролем за заключением и осуществлением договоров без учета их условий. Общие условия договоров для стандартных закупок предусматриваются многими закупающими организациями, включая Организацию Объединенных Наций¹³ и Всемирный банк¹⁴, а условия специальных договоров, которые могут быть скорректированы с учетом конкретных требований, определяются, в частности, Международной федерацией инженеров-консультантов (МФИК), издавшей набор условий для договоров о строительных работах¹⁵.

10. Согласно другому мнению, цикл публичных закупок следует признавать завершенным только "по истечении срока годности товара или по окончании оказания услуг по контракту"¹⁶. Данный подход отражен в законодательстве ряда стран, которые предусматривают в своем законодательстве о закупках возможность распоряжения публичными активами¹⁷. В этой связи Комиссия, возможно, пожелает также изучить необходимость рассмотрения вопросов о распоряжении публичными активами (в контексте вопроса о сфере охвата документов по ПИФЧИ, ниже, обсуждается также вопрос о продаже национальных ресурсов).

b) Планирование закупок

11. Отмечая важность этого этапа цикла, Рабочая группа пришла к выводу, что, возможно, в тексте Типового закона и/или Руководстве было бы более целесообразным рассмотреть вопросы планирования закупок, а не контроля за

¹² См., например, OECD, *supra*, at pages 70-73, OFPP, *supra*, Best Practices in Contract Management, Dr. Rene G. Rendon (available at www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf, citing Gregg A. Garrett, Rene G. Rendon, Contract Management: Organizational Assessment Tools, National Contract Management Association, 2005).

¹³ См. www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm.

¹⁴ См. примеры таких условий в случае закупок товаров по адресу: <http://go.worldbank.org/SOTGACP3U0>.

¹⁵ См. www.fidic.org/.

¹⁶ Review of Civil Procurement in Central Government, Peter Gershon, 1999, reproduced in "Getting value for money from procurement", National Audit Office, United Kingdom, available at www.nao.org.uk/Guidance/vfmprocurementguide.pdf.

¹⁷ См., например, закон о публичных закупках и распоряжении публичными активами Кении, 2005 год, закон о публичных закупках и распоряжении публичными активами Уганды, 2003 год, и закон о публичных закупках Нигерии, 2007 год.

заключением и осуществлением договоров¹⁸. В этой связи она напомнила, что в Типовом законе рассматриваются некоторые аспекты планирования закупок, такие, как определение условий закупок (включая указание потребностей и спецификаций в соответствии со статьей 10), круг возможных участников (статьи 8 и 9), порядок определения выигравшей заявки (статья 11) и выбор метода закупок и способа привлечения представлений (глава II). В нем также поощряется опубликование информации о предстоящих возможных закупках (статья 6, в частности в форме планов закупок). В Руководстве также отмечается, что "в целом выгоды, создаваемые практикой [предварительных уведомлений], обусловлены совершенствованием организации, управляемости и прозрачности в области закупок. В частности [они поощряют] планирование закупок и более строгую закупочную дисциплину и могут помочь, например, в сокращении числа случаев неоправданного обращения к методам, предназначенным для срочных закупок (если срочность возникла в результате отсутствия планирования), и дробления закупок с целью избежать применения более строгих правил. Кроме того, эта практика создает выгоды для поставщиков и подрядчиков, позволяя им определять потребности, планировать выделение необходимых ресурсов и принимать другие подготовительные меры для участия в будущих закупках"¹⁹.

12. В Типовом законе или Руководстве оценка потребностей, равно как и планирование и подготовка бюджета в более широком смысле не рассматриваются. В отношении оценки потребностей ОЭСР отмечает, что информационных перекосов между частным сектором икупающей организацией, способствующих возникновению коррупции, позволяют избежать в частности рыночные исследования и, возможно, взаимодействие с рынком; также она указывает, что сами потребности должны оцениваться исходя из определенных целей и контрольных параметров, и что важную роль в этом процессе играют меры обеспечения прозрачности. В отношении планирования и подготовки бюджета ОЭСР рекомендует оценивать закупки с учетом стратегических приоритетов соответствующей организации, устанавливать реалистичные сроки и составлять реалистичные бюджетные сметы, подготавливать экономическое обоснование, обеспечивать надлежащее разделение полномочий по принятию решений в ходе этого процесса, а также принимать меры для обеспечения выполнения требований, касающихся прозрачности самих процедур закупок²⁰. Эти аспекты отражены также в Руководстве для законодательных органов²¹.

с) Приостановление и запрещение деятельности

13. Закупающие организации могут применять в отношении поставщиков или подрядчиков такие санкции, как приостановление и запрещение деятельности (для их обозначения также используется термин "включение в

¹⁸ A/CN.9/595, пункты 80-82.

¹⁹ Проект Руководства по принятию, часть I, Общие замечания, "Соблюдение принципов Типового закона на всех этапах цикла закупок: планирование закупок и контроль за заключением и осуществлением договора", пункт 26.

²⁰ OECD Principles for Integrity in Public Procurement, *supra*, at pp. 55-57.

²¹ См., например, the PFIP Legislative Guide, Chapter II, Selection of the Concessionaire, part A.4 "Preparation for the selection proceedings".

"черный список"). Согласно одному из мнений, цель таких мер заключается в обеспечении того, чтобы правительство взаимодействовало только с теми потенциальными поставщиками или подрядчиками, которые будут выполнять свои правовые и договорные обязательства, исключив при этом тех, которые не выполнили свои обязательства в прошлом; согласно другим мнениям, режим запрещения деятельности является частью режима санкций, направленного на поддержку процедур закупок. Запрещение деятельности означает лишение поставщика или подрядчика на определенный период возможности получать правительственные контракты, когда выявляются ненадлежащее поведение или другие неправомерные действия; приостановление деятельности, как правило, означает временный запрет, например, на период, пока расследуются заявления о ненадлежащем поведении.

14. В Техническом руководстве по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции отмечается, что публичным закупающим организациям или аналогичным органам следует рассматривать политику и процедуры по запрещению деятельности²² в качестве одного из аспектов осуществления положений ее статьи 9, касающейся публичных закупок и управления публичными финансами.

15. В статье 21 Типового закона рассматривается отстранение поставщика или подрядчика от участия в процедурах закупок на основании покушения на подкуп или фактического подкупа, несправедливого конкурентного преимущества или коллизии интересов; в ней приводится исчерпывающий перечень оснований для отстранения в обязательном порядке поставщика или подрядчика от участия в процедурах закупок скорее вследствие совершения злоупотреблений, нежели в связи с квалификационными данными или собственно содержанием представления. В отличие от многих других систем, включая системы многосторонних банков развития, в ней не рассматривается отстранение поставщика или подрядчика от участия в будущих закупках, т.е. запрещение деятельности.

16. Примеры систем запрещения деятельности встречаются на международном и региональном уровнях. Система запрещения деятельности, принятая во Всемирном банке, основана на административных процедурах его Комитета санкций. Многосторонние банки развития заключили также Соглашение о взаимном приведении в исполнение решений о запрещении деятельности (вступило в силу в июле 2011 года)²³. В статье 45 Директивы ЕС о публичных закупках 2004 года и статье 39 Директивы ЕС об оборонных закупках 2009 года предусмотрены основания для запрещения деятельности и отстранения в обязательном порядке компаний, обвиняемых в коррупции, мошенничестве, отмывании денег и участии в деятельности преступных организаций в связи с публичными договорами.

17. Запрет на участие предусматривается в национальных системах всех регионов, хотя и не всегда в основном законодательстве, касающемся публичных закупок. Примеры нормативно-правовых положений,

²² At page 79, "II.7. Preventing the misuse of procedures regulating private entities"; text available at www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf.

²³ См. подробнее <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>.

регулирующих процедуры запрета на участие в каждом регионе, см. в законодательстве Аргентины (Указ № 1023/01, статья 28); США (Федеральное положение о закупках, подраздел 9.4 – Запрещение, приостановление деятельности и недопущение к участию); Чешской Республики (правительственное постановление № 1199 Чешской Республики от 25 октября 2006 года), Нигерии (раздел 6(1)(е) Закона о публичных закупках 2007 года); в Сингапуре деятельность может быть запрещена Постоянным комитетом по запрещению деятельности в соответствии с законом о предупреждении коррупции²⁴.

18. В случае, если Комиссия сочтет, что ЮНСИТРАЛ следует заняться рассмотрением процедур запрещения деятельности и связанных с этим вопросов, она, возможно, пожелает дать руководящие указания относительно возможной сферы охвата такой работы, например, по вопросам, касающимся требований относительно надлежащих процедур, обеспечения последовательности применения, соразмерности и справедливости, запрещения деятельности в обязательном и/или дискреционном порядке, по вопросам о том, должны ли полномочия по запрещению деятельности быть централизованными, а также по вопросам о прозрачности, сроках (и надлежащем порядке подачи ходатайства для исключения из "черного списка")²⁵ и "самоочистке"²⁶.

d) Правовые нормы, касающиеся корпоративного соблюдения положений

19. Типовой закон регулирует действия правительства и покупающей организации, однако не регулирует действия поставщиков или подрядчиков, предусматривая лишь санкции за действия, подробно изложенные в статье 21 Типового закона. Рабочей группе было предложено, исходя из новых подходов, рассматривающихся в одном из государств, применять соответствующие нормы и стандарты также к поставщикам или подрядчикам. Было отмечено, что при этом преследуется цель предупредить поставщиков о возможном наказании за мошенничество и коррупцию при осуществлении закупок, а также поощрить их к принятию определенных превентивных мер (аналогично обязательствам покупающей организации и сфере охвата статьи 21 Типового закона, как указано выше). По мнению Рабочей группы, подобное расширение сферы охвата Типового закона является неуместным, однако Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос в контексте

²⁴ См. ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, Anti-corruption policies in Asia and the Pacific: Thematic review on provisions and practices to curb corruption in public procurement, Self-assessment report Singapore, available at www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf.

²⁵ См., например, разработанные организацией "Трэнсперенси интернэшнл" "Recommendations for the Development and Implementation of an effective Debarment System in the EU" ("Рекомендации, касающиеся разработки и применения эффективной системы запрещения деятельности в ЕС"), 2006 год, с которыми можно ознакомиться по адресу: www.eib.org/attachments/strategies/TI_EU_debarment_recommendations.pdf.

²⁶ Процесс, в ходе которого поставщики, отстраняемые от участия в закупках вследствие обвинения во взяточничестве и в других правонарушениях, допускаются к участию в закупках в будущем на том основании, что они приняли меры по ликвидации последствий своих действий.

запрещения деятельности и "самоочистки" (см. выше) и обеспечения соблюдения положений субподрядчиками.

е) Вопросы устойчивости и охраны окружающей среды

20. Было отмечено, что "вопрос об устойчивости закупок стоит как на национальной, так и на международной повестке дня. Это отражено в рекомендации Йоханнесбургской встречи на высшем уровне по проблемам Земли, согласно которой "соответствующие власти на всех уровнях должны поощрять политику в области государственных закупок, способствующую разработке и распространению экологически безопасных товаров и услуг"²⁷. Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде, например, налаживает партнерские отношения с группами различных партнеров, в частности Всемирным банком, Международным центром по подготовке кадров при Международной организации труда, Лигой арабских государств и Международным советом экологической инициативы на местах, а также национальными правительствами в интересах содействия обеспечению устойчивых закупок²⁸.

21. Рабочая группа отклонила предложение объявить "устойчивые закупки" в качестве одной из целей Типового закона²⁹. Однако она все же сочла, что уделение этой теме все более существенного внимания может свидетельствовать о целесообразности проведения в будущем работы в этой области³⁰.

22. В проекте Руководства по принятию по данной теме отмечается следующее: "Комиссия отметила, что согласованного определения устойчивых закупок не существует, однако, как правило, считается, что под ними подразумевается, в частности, долгосрочный подход к политике закупок, который находит отражение в учете общего воздействия закупок на общество и окружающую среду в принимающем Типовой закон государстве (например, на основе поощрения расчета расходов в течение жизненного цикла, расходов на утилизацию и влияния на окружающую среду). В этом контексте устойчивость закупок может во многом рассматриваться как применение оптимальных видов практики, как это предусмотрено в Типовом законе. Именно поэтому устойчивость не указывается в преамбуле в качестве отдельной цели, но рассматривается как один из элементов процедур, предусмотренных Типовым законом. Понятие устойчивых закупок может также использоваться в качестве обобщающего понятия для осуществления при помощи закупок социальной, экономической и природоохранной политики, например, для урегулирования "социальных" факторов: условий занятости, общественного участия, недискриминации; "этических" факторов: прав человека, детского труда, принудительного труда; и для экологических/"зеленых" закупок. Более подробно гибкость положений Типового закона, позволяющих таким образом

²⁷ Выдержка из документа "Sustainable procurement — making it happen", UK Government, available at www.idea.gov.uk/idk/aio/69979.

²⁸ См. подробнее на www.unep.fr/scp/procurement/.

²⁹ Это предложение было выдвинуто в ходе межсессионных консультаций – см. A/CN.9/WG.I/WP.71, пункт. 32(a).

³⁰ A/CN.9/713, пункт 142.

осуществлять социально-экономическую политику, рассматривается в [комментарии к статьям 8-11]"³¹.

23. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости проведения дальнейшей нормотворческой работы в этой области или отсутствии такой необходимости в связи с тем, что в Типовом законе уже предусмотрены необходимые механизмы, дополняемые приведенным выше комментарием, изложенным в Руководстве по принятию; во втором случае Комиссия, возможно, пожелает принять меры в целях доведения используемого в Типовом законе подхода до сведения занимающихся деятельностью в этой области учреждений.

2. Согласование положений, касающихся закупок, в документах ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ и соответствующих методов закупок, предусмотренных в Типовом законе о публичных закупках

24. Рабочая группа подчеркнула важность обеспечения согласованности положений Типового закона и документов по ПИФЧИ³². В Руководстве для законодательных органов отмечается, что метод выбора концессионера основывается на "основном методе закупок услуг" в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг 1994 года³³. В Типовом законе 2011 года такой метод закупок уже не предусматривается, однако некоторые его черты имеет метод закупок сложных объектов, именуемый "Запрос предложений с проведением диалога" (статья 49), включая предварительный отбор, который является характерным для выбора концессионера в соответствии с Рекомендациями и комментарием, изложенными в Руководстве для законодательных органов. Общими чертами данной процедуры отбора, а также метода, предусмотренного в статье 49 Типового закона, являются первоначальная открытая публикация, процедура предварительного отбора, определенное содержание приглашений к участию, минимальные технические стандарты и предварительно объявляемые критерии оценки. Тем не менее положения статьи 49 и Рекомендации не являются идентичными; первые сформулированы более подробно и содержат дополнительные требования (например, в отношении критериев оценки). В этой связи Комиссия, возможно, пожелает обновить положения Руководства для законодательных органов, касающиеся выбора концессионера, с тем чтобы учесть соответствующие положения Типового закона.

3. Дополнительные положения для современного текста по ПИФЧИ

а) Надзор

25. Обязательные процедуры закупок в сочетании с требованием составлять отчет о процедурах каждой закупки (в соответствии со статьей 25 Типового закона) призваны способствовать осуществлению надзора за процессом закупок. Рекомендация 38 Руководства для законодательных органов предусматривает соответствующие требования в отношении ведения

³¹ Проект Руководства по принятию, Общие замечания, выше, пункты 34-44.

³² A/CN.9/713, пункт 142.

³³ Размещен на веб-сайте по адресу www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

надлежащей отчетности о процедурах отбора. В Руководстве для законодательных органов также рассматривается надзор регулирующих органов за процессом отбора, утверждение договоров, обязательства по наблюдению и соблюдению условий договора, условия лицензирования и т.д., санкции и урегулирование споров³⁴. В отношении эксплуатации инфраструктуры и ее объектов в Руководстве для законодательных органов предусматривается, что организация-заказчик или независимое регулирующее учреждение может выполнять соответствующие функции надзора, в частности, когда может рассматриваться вопрос о правовых требованиях, касающихся предоставления публичных услуг, и внесения изменений в нормативные положения (которые могут сказаться на осуществлении проекта).

26. В Руководстве для законодательных органов отмечается, что "подробное обсуждение правовых вопросов, касающихся условий эксплуатации объектов инфраструктуры, выходят за [его] рамки"³⁵. В контексте возможности внесения изменений в порядок регулирования и использования договорных механизмов, в частности стабилизационных положений, которые иногда используются для рассмотрения связанных с ними вопросов (и в отношении которых было получено много негативных отзывов)³⁶, Комиссия, возможно, пожелает более подробно изучить вопросы, касающиеся надзора.

b) Поощрение внутренних мер урегулирования споров

27. На Конгрессе ЮНСИТРАЛ под названием "Современное правовое регулирование для глобальной торговли", проведенном в 2007 году, в адрес Комиссии была обращена настоятельная просьба определить: а) необходимые элементы надлежащего национального режима для предупреждения и урегулирования споров между регулирующим органом и оператором в условиях концессии и б) соответствующие виды передовой практики. Было отмечено, что цель проведения работы в этой области заключается в устранении выявленной неспособности стран надлежащим образом обеспечивать "урегулирование споров, возникающих в связи с регулированием всё более активно приватизируемых секторов экономики, ответственность за которое прежде возлагалась в основном на правительство", и противодействовать возникающим вследствие этого сдерживающим факторам для частных инвестиций в эти секторы. Хотя Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), возможно, сможет принять к рассмотрению некоторые из этих споров, было признано, что важное значение имеет поощрение участия местных органов в соответствующих принимающих государствах.

³⁴ См. главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30-53.

³⁵ См. главу IV "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры...", раздел I "Эксплуатация инфраструктуры", пункт 80.

³⁶ См., например, "Stabilization Clauses and Human Rights: A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights", 2008, available at [www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) and "Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts", R. Howse, 2011, available at www.iisd.org/itm/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/.

28. ЮНСИТРАЛ было предложено разработать национальную систему предупреждения и урегулирования споров на основе положений об урегулировании споров, содержащихся в главе VI Руководства для законодательных органов, и при этом рассмотреть вопрос о надлежащем судебном органе. Любой будущий текст по этой теме мог бы предусматривать "включение в соглашения и правовые нормы положения о регулярном обмене информацией между регулирующим учреждением и оператором; системы "раннего предупреждения" о возникающих проблемах, по возможности, постоянные механизмы (аналогичные советам по экспертизе договоров или другой постоянный механизм для проведения независимой экспертизы) в целях решения проблем на этапе их возникновения путем обеспечения законного соблюдения нормативных положений регулирующим органом и добросовестного их соблюдения оператором". В связи с этими положениями было рекомендовано обеспечить как на деле, так и в восприятии общественности, независимость механизмов урегулирования споров (в том числе в вопросах выбора членов соответствующих органов и гарантии их компетентности) и соответствующих руководящих структур от политики и краткосрочных правительственных стратегий"³⁷.

4. Обобщение документов ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ

29. В 2001 году Комиссия просила Секретариат в надлежащие сроки обобщить тексты документа ЮНСИТРАЛ по ПИФЧИ в одну публикацию и при этом сохранить рекомендации по законодательным вопросам, содержащиеся в Руководстве для законодательных органов и взятые за основу при разработке Типовых законодательных положений³⁸. В случае, если Комиссия решит заняться обобщением этих текстов, она, возможно, пожелает отразить в своих Рекомендациях и Типовых законодательных положениях все рассматриваемые в Руководстве для законодательных органов вопросы (комментарий, изложенный в Руководстве для законодательных органов, охватывает больше вопросов, чем Рекомендации и Типовые законодательные положения).

5. Расширение сферы охвата документов по ПИФЧИ в целях включения в нее форм частного финансирования в развитие инфраструктуры и связанные с этим сделки, не охватываемые в настоящее время документами по ПИФЧИ

30. Проекты в области развития инфраструктуры все чаще теперь осуществляются на основе публично-частных товариществ (ПЧТ). Существует множество определений, однако, как поясняет Всемирный банк, "понятие "публично-частные товарищества" приобрело весьма широкое значение, ключевым элементом которого при этом является наличие "партнерского" подхода к созданию инфраструктуры в отличие от строго коммерческого подхода взаимодействия "поставщиков"... Либо каждая сторона берет на себя ответственность за тот или иной элемент предприятия и сотрудничает с другой

³⁷ См. pages 351-363 of the Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission, Vienna, 9-12 July 2007, available at www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

³⁸ На ее тридцать пятую сессию; см. A/58/17, пункт 171.

стороной, либо обе стороны принимают совместную ответственность за каждый элемент. ПЧТ предусматривает совместный риск, совместную ответственность и совместное вознаграждение и формируется в тех случаях, когда соотношение цены и качества отвечает интересам налогоплательщиков"³⁹. Поэтому можно считать, что термин "ПЧТ" имеет более широкие смысловые связи, чем ПИФЧИ, поскольку может также включать нефинансовые инвестиции частного сектора. Тем не менее в целом считается, что ПЧТ и ПИФЧИ по смыслу во многом эквивалентны друг другу.

31. Согласно некоторым мнениям, определения ПЧТ также включают в себя и другие методы предоставления услуг правительствами, в том числе внешний подряд и продажу государственных активов или предприятий для этой цели. В одном из докладов было отмечено, что "со временем ПЧТ стали включать в себя закупки активов социальной инфраструктуры и связанных с ней неосновных услуг. ПЧТ создаются теперь в таких областях, как жилищное строительство, здравоохранение, деятельность исправительных учреждений, энергетика, водоснабжение и переработка отходов"⁴⁰. Главной особенностью является то, что услуги, которые ранее предоставляло правительство, теперь предоставляются третьими сторонами; в Руководстве для законодательных органов такие услуги рассматриваются лишь в контексте развития инфраструктуры.

32. Во вступительной части Руководства для законодательных органов указано, что "особое внимание в Руководстве уделяется проектам в области инфраструктуры, которые предусматривают обязательство со стороны отобранных инвесторов провести работу по сооружению, ремонту или расширению соответствующего объекта в обмен на право взимать плату – либо с населения, либо с какого-либо публичного органа – за использование этого объекта инфраструктуры или обеспечиваемые им услуги. Хотя такие проекты в некоторых случаях объединяются с другими сделками по "приватизации" правительственных функций или собственности, "приватизационные" сделки, которые не связаны с развитием и эксплуатацией публичной инфраструктуры, в Руководстве не рассматриваются. Кроме того, в Руководстве не рассматриваются проекты в области эксплуатации природных ресурсов, такие, как проекты по добыче полезных ископаемых, нефти или газа на условиях "концессии", "лицензии" или "разрешения", выданных публичными властями принимающей страны"⁴¹. Было отмечено, что такие сделки могут предусматривать передачу частному сектору общих и природных ресурсов или земель, причем появляются сообщения о несоблюдении прав в отношении таких земель, негативном воздействии на окружающую среду и отсутствии

³⁹ The World Bank, 2003. См. также <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

⁴⁰ New South Wales Treasury (2009): New South Wales Public-Private Partnerships — An Evolution, cited in Public-Private Partnerships, Literature Review — Draft, G. Palmer, Aid Delivery Methods Programme, 2009 (available at www.dpwg-lgd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership_Lit_Review.doc).

⁴¹ См. Введение и справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, пункт 8.

прозрачности при совершении некоторых таких сделок⁴². По сообщениям, также существенно увеличилось количество проектов, связанных с отчуждением земель и других природных ресурсов⁴³.

33. Было отмечено, что многие рекомендации Руководства для законодательных органов применимы к этим исключаемым сделкам; на практике все виды концессий рассматриваются в разработанных ОЭСР совместно с Стамбульской фондовой биржей и региональными экспертами "Базовых элементах законодательства, касающегося концессионных соглашений"⁴⁴. С учетом повышения роли соответствующих сделок Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения их в сферу охвата Руководства для законодательных органов. Комиссия, возможно, также пожелает принять во внимание предполагаемую сферу охвата предложения Европейской комиссии в отношении директивы о концессиях⁴⁵.

34. Комиссия, возможно, помнит о том, что в Руководстве для законодательных органов указано, что успешные проекты в области инфраструктуры должны "обеспечивать сбалансированность между стремлением к облегчению и поощрению частного участия в [соответствующих] проектах с одной стороны и различными публичными интересами, являющимися предметом обеспокоенности принимающей страны, — с другой"⁴⁶. Комиссия, возможно, сочтет, что в случае расширения сферы охвата Руководства для законодательных органов и включения в нее выявленных выше и не рассматриваемых в нем в настоящее время аспектов потребуются дополнительные разъяснения, касающиеся этих элементов и их надлежащей сбалансированности. В этой связи, возможно, необходимо будет с особой осмотрительностью определять соответствующие публичные интересы и связанную с ними обеспокоенность: как было отмечено, любое "мнение о "ценности" результатов публичной политики"⁴⁷ будет, скорее всего, субъективным.

35. В этом контексте Комиссия, возможно, пожелает отметить, что в настоящее время УНИДРУА рассматривает возможность проведения будущей работы в смежных областях: совместно с МФСР и ФАО по вопросу о ведении

⁴² См. Uniform law Review, NS — Vol. XVII 2012, Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures, C. Nicholas, а также различные источники, которые упоминаются в этой работе.

⁴³ См., например, S. Haralambous, H. Liversage and M. Romano, The Growing Demand for Land Risks and Opportunities for Smallholder Farmers, справочный документ, подготовленный для "круглого стола", организованного в ходе тридцать второй сессии Руководящего совета МФСР 18 февраля 2009 года, www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf, а также Rachel Nalepa, The Global Land Rush: Implications for Food, Fuel, and the Future of Development, Pardee Papers, No. 13, May 2010, available at www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13_GlobalLandRush.pdf.

⁴⁴ Ibid., at page 3. The text of the OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreement is available at www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf.

⁴⁵ С текстом директивы можно ознакомиться по адресу <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:EN:PDF>.

⁴⁶ См. Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, пункт 4.

⁴⁷ Illidge, R. and Cicmil, S. [2000] From PFI to PPP: Is risk understood? available at www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr, на странице 2.

сельского хозяйства на договорной основе и в более широком плане о разработке международных руководящих указаний, касающихся договоров о земельных инвестициях с учетом, в частности, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА.

6. Дополнительные вопросы

36. Комиссия, возможно, сочтет, что некоторые кратко освещенные выше вопросы требуют дальнейшего пояснения, чтобы можно было сформулировать надлежащий мандат для любой будущей работы; в этом случае Комиссия, возможно, пожелает поручить Секретариату более подробно изучить соответствующие нормы, стандарты и практику и рассмотреть вопрос о практической осуществимости и желательности проведения Комиссией работы в соответствующих областях. Также она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости проведения коллоквиума в целях содействия определению надлежащей сферы охвата любой дальнейшей работы.

37. Комиссия, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о соответствующей сфере охвата и форме любого будущего текста по этим темам. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в какой мере указанные выше аспекты поддаются регулированию; она, возможно, сочтет, что некоторые из них будет более уместно рассмотреть в рамках руководства по передовым видам практики. В этой связи Рабочая группа на своей двадцать первой сессии признала, что ряд важных вопросов, связанных с публичными закупками и соответствующей деятельностью, выходит за рамки такого юридического текста и политических указаний, которые, например, содержатся в Руководстве по принятию, в том числе вопросов, касающихся осуществления и использования соответствующего текста (см., например, вопросы, рассматриваемые в пунктах 6-9, 12, 17 и 34 выше). В этой связи Рабочая группа рассмотрела вопрос о разработке дополнительных документов в поддержку Типового закона о публичных закупках, в том числе глоссария терминов, используемых в Типовом законе, и Руководства по принятию Типового закона⁴⁸.

38. Комиссия, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о способах сбора дополнительной информации о принятии, осуществлении, толковании и применении Типового закона и предоставлении к ней доступа. Что касается толкования, то Типовой закон 1994 года редко принимался без корректировки положений с учетом местных условий, и в отношении Типового закона 2011 года ожидается применение такого же подхода. Поэтому ППТЮ, возможно, будет иметь незначительную практическую ценность.

⁴⁸ A/CN.9/745, пункт 36.

39. В сфере несостоятельности в поддержку соответствующего Типового закона разработаны "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики" (2011 год) и Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2009 год): поддержка Типового закона о публичных закупках может быть обеспечена за счет применения аналогичного подхода, а также содействия размещению на веб-сайте ЮНСИТРАЛ тематических материалов и проведения консультаций с экспертами.
