



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
2 July 2008

Russian
Original: English

^[Stat1]
**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа I (Закупки)
Четырнадцатая сессия
Вена, 8-12 сентября 2008 года

Возможные изменения в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг – средства правовой защиты, коллизия интересов и закупки услуг в Типовом законе

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-4	2
II. Средства правовой защиты (внутренние процедуры обжалования)	5-9	2
III. Коллизия интересов при закупках	10-33	5
A. Справочная информация	10-16	5
B. Характер коллизий интересов при осуществлении закупок	17-18	7
C. Требования Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции	19	8
D. Подход к регулированию коллизий интересов	20-33	9
IV. Закупки услуг	34-37	17



I. Введение

1. Справочная информация относительно работы, проводимой в настоящее время Рабочей группой I (Закупки) по пересмотру Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг («Типовой закон») (A/49/17 и Согг.1, приложение I), изложена в пунктах 12 - 85 документа A/CN.9/WG.I/WP.60, представленного на рассмотрение Рабочей группы на ее четырнадцатой сессии. Основная задача Рабочей группы состоит в обновлении и пересмотре Типового закона для учета последних изменений в области публичных закупок.

2. На своей девятой сессии Рабочая группа отметила, что недавно вступила в силу Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции¹ и что хотя основные элементы тех ее положений, которые касаются закупок, согласуются с положениями Типового закона, содержащиеся в этой Конвенции требования относительно внутренних процедур обжалования или средств правовой защиты и коллизии интересов выходят за рамки нынешних положений Типового закона, что может потребовать в будущем уделения Рабочей группой надлежащего внимания этим вопросам².

3. На своей шестой сессии Рабочая группа решила, что она рассмотрит дополнительные рекомендации в обоснование основного метода закупок услуг в соответствии с главой IV Типового закона на одной из будущих сессий (более подробно см. пункты 34-37 ниже).

4. Настоящая записка подготовлена к четырнадцатой сессии Рабочей группы с целью освещения вопросов внутренних процедур обжалования, коллизии интересов при закупках и закупках услуг, которые, как решила Рабочая группа на своей тринадцатой сессии, она рассмотрит на своей четырнадцатой сессии³.

II. Средства правовой защиты (внутренние процедуры обжалования)

5. На своей шестой сессии Рабочая группа также рассмотрела положения об обжаловании, содержащиеся в Главе VI текста Типового закона от 1994 года. Она отметила, что, поскольку средства правовой защиты и принудительного исполнения в сфере закупок связаны с законностью действий государства и взаимодействием между исполнительной и судебной ветвями в соответствующем государстве, положения Главы VI были сформулированы

¹ Текст Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции доступен по адресу <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции вступила в силу 14 декабря 2005 года после того, как ее текст был ратифицирован 30 государствами, подписавшими Конвенцию. Цели Конвенции заключаются в поощрении, облегчении и поддержке: i) мер, направленных на более эффективное и действенное предупреждение коррупции и борьбу с ней, ii) международного сотрудничества и технической помощи в предупреждении коррупции и борьбе с ней, в том числе принятия мер по возвращению активов, и (iii) честности и неподкупности, ответственности, а также надлежащего управления публичными делами и публичным имуществом.

² A/CN.9/595, пункт 10.

³ A/CN.9/648, пункт 17 и Приложение.

таким образом, чтобы ограничиваться общими рекомендациями факультативного характера.

6. Рабочая группа на той сессии приняла в предварительном порядке решение о том, что:

а) было бы полезно разработать дополнительные рекомендации, возможно, в Руководстве по принятию, относительно положений об обжаловании, которые могли бы быть включены в национальное законодательство;

б) с учетом существования различных систем, некоторые из которых отдают предпочтение обжалованию в судебном порядке, в то время как другие главным образом предусматривают обжалование независимым административным органом, Рабочей группе следует оставить выбор конкретных вариантов на усмотрение самих государств, исходя из того, что в Типовом законе применяется достаточно гибкий подход в этом отношении и что принципиальное значение имеет независимость органа, осуществляющего процедуру обжалования. Если возникнет потребность в дополнительных замечаниях по этому вопросу, то они могут быть отражены в Руководстве;

в) разработку положений, касающихся обжалования в судебном порядке, следует оставить на усмотрение принимающих государств; и

д) перечень исключений, содержащийся в статье 52(2), следует исключить. Тем не менее, в Руководстве по принятию следует указать, что принимающие государства, возможно, пожелают исключить некоторые вопросы из числа вопросов, которые могут быть объектом обжалования, включая некоторые вопросы, которые в настоящее время перечислены в этой статье, а также другие вопросы. В Руководстве по принятию следует изложить обоснования для таких исключений и разъяснить последствия любых исключений, связанные, например, с риском того, что они могут воспрепятствовать эффективному обжалованию и осуществлению контроля за надлежащим управлением процессом закупок⁴.

7. На своей четырнадцатой сессии Рабочая группа договорилась рассмотреть эти вопросы посредством ссылки на существующие положения главы VI Типового закона, уделяя особое внимание, в частности, исключению, касающемуся выбора метода закупки в соответствии со статьей 52 (2) (а). Это исключение было подвергнуто критике на том основании, что отсутствие механизмов обеспечения подотчетности в том, что касается выбора метода закупок, является одной из причин наиболее значительного числа злоупотреблений на практике. Однако Рабочая группа и те, кто представил комментарии, также выразили обеспокоенность тем, что возможность обжалования выбора инструментов закупки в рамках методов закупки (например, использования электронных реверсивных аукционов или рамочных соглашений для заключения договоров на закупку) может помешать надлежащему осуществлению процесса закупки. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть последствия возбуждения процедуры обжалования для осуществления закупки, а также вопрос о том, всегда ли будет целесообразным приостановление закупки согласно статье 56.

⁴ A/CN.9/568, пункты 102-113.

8. При рассмотрении этих вопросов Рабочая группа также может учесть, что согласно статье 9 (1) (d) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции системы закупки должны включать «эффективную систему внутреннего контроля, включая эффективную систему обжалования, для обеспечения юридических средств оспаривания и средств правовой защиты в случае несоблюдения правил или процедур, установленных согласно настоящему пункту». Это требование является более жестким, чем аналогичные нынешние положения Типового закона, поскольку оно носит обязательный, а не факультативный характер. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть новую директиву Европейского союза относительно процедур обжалования в сфере закупок⁵. В данной директиве содержатся детальные положения, предусматривается «период приостановления», аналогичный положениям статьи 56 Типового закона, и возможность аннулирования, при определенных условиях, подписанного договора национальными судами, которые могут признать его «недействительным». Директива также имеет целью противодействовать незаконному заключению публичных договоров напрямую, которое Европейская комиссия считает наиболее серьезным нарушением законодательных норм ЕС в сфере закупок. Она также направлена на то, чтобы усилить средства правовой защиты посредством использования, в дополнение к аннулированию договоров, компенсации убытков. Авторы комментариев выражают мнение о том, что одна из непосредственных целей новой директивы - повышение эффективности - означает, что в итоге и национальные системы должны быть устойчивыми и согласованными. В этом отношении Рабочая группа, возможно, пожелает изучить степень соответствия между положениями Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции и нормами ЕС, в которых положения об обжаловании не являются факультативными, и положениями Типового закона, предусматривающими факультативный характер положений об обжаловании. Первые два подхода представляют собой более современное отражение текущего отношения к обжалованию в сфере закупок.

9. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, следует ли расширить рекомендации в отношении положений Типового закона об обжаловании. В настоящее время в рекомендациях говорится о необходимости системы обжалования, о проблемах, связанных с разработкой универсально применимых положений, и о самих процедурах, но не затрагиваются другие вопросы политики, как, например, государственное ведомство, в котором должен быть расположен орган по обжалованию, охват или юрисдикция обжалования, может ли обжалование возбуждаться другими лицами помимо поставщиков (подрядчиков), доказательства и стандарт доказывания, а также средства правовой защиты, в отношении которых может распорядиться орган по обжалованию⁶. Хотя между различными системами

⁵ Директива 2007/66/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 декабря 2007 года, вносящая поправки в Директивы 89/665/ЕЕС и 92/13/ЕЕС Совета, относительно повышения эффективности процедур обжалования в связи с заключением публичных договоров, текст доступен по адресу http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm.

⁶ Более детальное рассмотрение возможных подходов в отношении механизмов обжалования см. "Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make", Gordon. D.I., Public Contract Law Journal, Spring, 2006. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли полезной для законодательных органов прямая ссылка на эту статью.

неизбежно будут существовать значительные различия, Рабочая группа, возможно, могла бы рассмотреть вопрос о том, что обсуждение этих вопросов политики было бы полезным для законодательных органов индивидуальных принимающих Закон государств.

III. Коллизия интересов при закупках

A. Справочная информация

10. Термин «коллизия интересов» широко используется в торговых и юридических операциях и учитывается в целом ряде кодексов профессионального поведения. Однако, как отмечает Международная федерация инженеров-консультантов (МФИК), «несмотря на то, что этот термин используется на международном уровне, возникает большая путаница и появляются серьезные проблемы, как реальные, так и представляющиеся, ввиду отсутствия общепризнанного определения коллизии интересов»⁷.

11. Тем не менее, имеется некоторый консенсус в отношении понятия фактической коллизии интересов. Коллизии интересов в сфере закупок описываются как «обстоятельства или ситуации, при которых советы, выводы или рекомендации в связи с определенным заданием или процессом отбора для выполнения этого задания могут оказаться под влиянием внешних соображений, связанных с другим заданием или частной заинтересованностью руководящих должностных лиц закупающей организации.»⁸ В МФИК имеется следующее рабочее определение коллизии интересов применительно к консультантам: «Коллизия интересов применительно к консультанту означает такую ситуацию, когда консультант предвзято дает профессиональные рекомендации клиенту с целью получения от этого клиента неоправданных выгод для себя или аффилированного лица, и при этом личные интересы консультанта могут превалировать над интересами клиента». Таким образом, в основе этих положений лежат фактические, а не представляющиеся или потенциальные коллизии интересов⁹.

12. С другой стороны, в рамках программы СИГМА (Содействие совершенствованию управления и руководства, совместная инициатива Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Европейского союза) используется более жесткий подход к коллизиям интересов: ими считаются «не только те ситуации, когда налицо недопустимая

⁷ См. <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>. В Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции не содержится определения термина «коллизия интересов».

⁸ Это описание было представлено Секретариату в процессе консультаций со Всемирным банком.

⁹ Это определение доступно по адресу <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>.

коллизия между интересами публичного должностного лица как частного гражданина и его обязанностями как публичного должностного лица, но также и те ситуации, когда имеется очевидная коллизия интересов или потенциальная коллизия интересов»¹⁰.

13. Также отмечалось, что, «хотя коллизии интересов в конечном итоге могут стать причиной коррумпированного поведения, сговора или мошенничества в результате преднамеренного нераскрытия информации о наличии противоположных интересов, сами по себе они не являются коррупцией, сговором или мошенничеством»¹¹ и, соответственно, к ним относятся как к части концепции обеспечения добросовестности. Другими словами, как к части осуществления общего принципа, согласно которому решения о закупках должны приниматься справедливо и прозрачно, без предвзятости или дискриминации и без влияния соображений личных интересов или личной выгоды.

14. Пример такого подхода приводится в публикации ОЭСР «Integrity in public procurement: Good practice from A to Z» (Добросовестность в области публичных закупок: надлежащие виды практики от А до Я), в которой содержатся рекомендации в отношении того, как избегать ситуаций коллизии интересов и действовать в случае их возникновения¹². В проекте

¹⁰ «Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review», SIGMA Paper no. 36, GOV/SIGMA(2006)1/REV1, документ доступен по адресу [http://www.oilis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma\(2006\)1-rev1](http://www.oilis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma(2006)1-rev1) («документ СИГМА»). В документе СИГМА далее указано, что «Очевидная коллизия интересов предполагает такую ситуацию, когда имеется личная заинтересованность, которую другие вполне обоснованно могут счесть оказывающей влияние на выполнение функций публичного должностного лица, даже если на практике такого недопустимого влияния нет или, возможно, такого влияния нет. Ввиду возможных сомнений в отношении честности должностного лица и/или организации этого должностного лица такую очевидную коллизия интересов следует считать ситуацией, которую необходимо избегать. Потенциальная коллизия интересов может существовать в тех случаях, когда должностное лицо имеет частные интересы, способные вызвать коллизия интересов когда-то в будущем. Одним из примеров является ситуация, когда супруг(а) должностного лица должен (должна) быть назначен(а) в ближайшие недели исполнительным директором или генеральным директором компании, в отношении которой данное должностное лицо недавно приняло решение, причем этому должностному лицу известно о назначении его супруга (супруги). Таким образом, использованное здесь базовое определение основано на том понимании, что разумный человек, зная все соответствующие факты, пришел бы к выводу о том, что частная заинтересованность данного должностного лица может недопустимым образом повлиять на его поведение или принятие решений».

¹¹ Это замечание было представлено Секретариату в процессе консультаций с Всемирным банком.

¹² Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z (OECD, 2007). Текст доступен по адресу http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34135_38561148_1_1_1_1,00.html.

пересмотренного Соглашения о правительственных закупках Всемирной торговой организации¹³ содержится следующее изложение принципа коллизии интересов:

«Осуществление закупок

4. Закупающая организация производит охватываемые Соглашением закупки прозрачным и беспристрастным образом, который:

а) соответствует настоящему Соглашению, используя при этом такие методы как открытые торги, избирательные торги и ограниченные торги;

б) не допускает коллизии интересов; и

в) предотвращает коррумпированные действия».

15. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции предусматривает, что системы закупок должны учитывать, среди прочего, вопросы коллизии интересов при осуществлении закупок. В статье 9 (1) содержательная часть текста гласит:

«Каждое Государство–участник принимает, в соответствии с основополагающими принципами своей правовой системы, необходимые меры для создания надлежащих систем закупок, которые основываются на прозрачности, конкуренции и объективных критериях принятия решений и являются эффективными, среди прочего, с точки зрения предупреждения коррупции. Такие системы, которые могут предусматривать надлежащие пороговые показатели при их применении, затрагивают, среди прочего, ...

е) меры регулирования, в надлежащих случаях, вопросов, касающихся персонала, который несет ответственность за закупки, например требование о декларировании заинтересованности в конкретных публичных закупках, процедуры проверки и требования к профессиональной подготовке».

16. Именно в свете этого требования Рабочая группа «рассмотрела принятую на тридцать девятой сессии Комиссии рекомендацию о том, что в процессе обновления Типового закона и Руководства Рабочей группе следует принять во внимание аспекты коллизии интересов, а также рассмотреть вопрос о том, необходимо ли будет включить в Типовой закон какие-либо специальные положения, регулирующие эти аспекты (A/61/17, пункт 192). Рабочая группа согласилась добавить вопрос о коллизии интересов в список тем для обсуждения при пересмотре Типового закона и Руководства (A/CN.9/615, пункт 11)»¹⁴.

¹³ Согласно информации, размещенной на вебсайте ВТО, по состоянию на декабрь 2006 года участники переговоров достигли предварительного согласия относительно пересмотра текста многостороннего Соглашения 1994 года. Согласие, достигнутое участниками переговоров, носит предварительный характер и обусловлено i) необходимостью проведения юридической экспертизы; и (ii) достижением взаимоприемлемого результата в отношении другого аспекта переговоров относительно Соглашения о правительственных закупках, а именно расширения охвата (т.е. перечня правительственных структур, закупки которых будут охвачены Соглашением). Пересмотренный текст доступен по адресу <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/W297.doc>.

¹⁴ A/CN.9/623, пункт 4.

В. Характер коллизий интересов при осуществлении закупок

17. Примеры коллизий интересов при осуществлении публичных закупок, представленные в Секретариат, включают:

- a) коллизии между консультационной деятельностью и закупками товаров и работ;
- b) определенные коллизии в рамках предоставления консультационных услуг, например, подготовка технического задания и участие в соответствующем тендере;
- c) выполнение проекта или проведение исследования и оценка того же проекта или исследования;
- d) разработка проекта и исследование его воздействия на окружающую среду;
- e) предоставление рекомендаций одновременно и правительству и покупателю, например, при приватизации;
- f) коллизии, вытекающие из семейных или иных личных обстоятельств, как, например, ситуации, когда поставщик полностью или частично принадлежит должностному лицу, занимающемуся вопросами закупок, или его семье или когда надзор за предоставлением консультационных услуг осуществляется родственником ведущего эксперта, участвующего в соответствующем проекте;
- g) другие ситуации, когда возможность извлечения личной выгоды может повлиять на объективность принимаемого решения о закупках¹⁵.

18. Рабочая группа также отметила, что коллизии интересов могут возникать, в частности, в случае передачи закупок на внешний подряд коммерческим организациям, как это может иметь место в системах, предусматривающих использование таких инструментов закупки как рамочные соглашения (посредством использования централизованных закупочных учреждений) и электронные реверсивные аукционы, в связи с которыми Рабочая группа отметила, «что в связи с использованием ЭРА возникает ряд моментов, вызывающих обеспокоенность, в частности в том, что такие аукционы: (е) могут привести к коллизии интересов участников рынка, таких как фирмы, выпускающие программное обеспечение, и "устроители рынков" или "операторы электронных рынков", и централизованные закупочные учреждения, взимающие сборы»¹⁶.

С. Требования Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции

19. Требования статьи 9 (1) (е) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, совместно с положениями статьи 8 этой Конвенции

¹⁵ Примеры взяты из рекомендаций МФИК (см. сноску 1 выше) и из информации, представленной Секретариату Всемирным банком.

¹⁶ A/CN.9/575, пункт 54.

(«Кодексы поведения публичных должностных лиц»), согласно которым каждое Государство–участник поощряет, среди прочего, «неподкупность, честность и ответственность» своих публичных должностных лиц и стремится применять кодексы или стандарты поведения¹⁷, в целом понимаются как то, что в законодательных нормах или положениях в отношении закупок должно содержаться требование о декларировании и регистрации всех интересов, активов, представительских услуг и подарков. Цель такого раскрытия информации заключается в выявлении потенциальных коллизий между официальной должностью сотрудника и его частными интересами, с тем чтобы найти надлежащую защиту от таких коллизий. Именно такой подход обычно используется в национальных законодательных нормах, касающихся коллизии интересов, то есть применяются положения о раскрытии информации, чтобы выявить наличие реальной, а не потенциальной коллизии, против которой можно принять меры¹⁸.

D. Подход к регулированию коллизий интересов

20. Помимо приведенных выше общих положений в отношении целей системы закупок, касающихся принципа добросовестности и избежания коллизии интересов в сфере закупок, существуют также недавние примеры, когда принимающие Закон государства принимали законодательные нормы, в которых коллизии интересов рассматривались в качестве отдельной темы. В Канаде, например, коллизии интересов регулируются Законом о коллизии интересов, вступившем в силу 9 июля 2007 года¹⁹. Положения, применимые к закупкам, которые содержатся в статьях 14, 15, 35 и 36 Закона, запрещают государственным служащим, работающим в своих соответствующих ведомствах, заключать договоры, в которых заинтересованы члены семьи данного государственного служащего, следующим образом: «14. 1) Лицам, занимающим государственные посты и имеющим соответствующие полномочия, не разрешается при исполнении их официальных полномочий, обязанностей и функций заключать договоры или вступать в трудовые отношения с их супругами, партнерами в гражданском браке, детьми, родными братьями или сестрами или родителями». Аналогичные положения касаются конкретных категорий должностных лиц. В соответствии с этими статьями государственным служащим запрещается осуществлять побочную

¹⁷ Статья 8 (5) предусматривает, что «Каждое Государство–участник стремится, в надлежащих случаях и в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, устанавливать меры и системы, обязывающие публичных должностных лиц представлять соответствующим органам декларации, среди прочего, о внеслужебной деятельности, занятиях, инвестициях, активах и о существенных дарах или выгодах, в связи с которыми может возникать коллизия интересов в отношении их функций в качестве публичных должностных лиц».

¹⁸ См., например, положения, использующиеся в Канаде (доступны по адресу http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp), положения, использующиеся в Австралии (доступны по адресу http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf).

¹⁹ Полный текст закона доступен по адресу http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-36.65/20070709/en?command=search&caller=SI&search_type=all&shorttitle=conflict%20of%20interest%20act&day=9&month=7&year=2007&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=a11&lengthannual=50&length=50.

деятельность, включая трудоустройство по совместительству, профессиональную или коммерческую деятельность, занимать должности в союзах или профессиональных ассоциациях, оказывать платные консультации или являться активными членами товарищества. Закон также запрещает государственным служащим трудоустраиваться в организациях, с которыми они ранее заключали «прямые и существенные официальные сделки» «в течение одного года с момента прекращения выполнения ими их государственных обязанностей»²⁰.

21. В Австралии в инструкции 13 по вопросам служебной деятельности закона о работе и управлении в государственном секторе содержится кодекс поведения, распространяющийся на всех должностных лиц, занимающихся вопросами закупок (в качестве государственных служащих). Наряду с административными мерами, такими как отстранение от должности, за нарушение правовых норм и процедурных требований предусмотрены также уголовные наказания²¹.

22. В Соединенных Штатах коллизии интересов рассматриваются в Законе о целостности закупок²², кроме того, дополнительные нормы приводятся в Федеральных правилах закупок. Общий принцип состоит в том, чтобы избегать любой коллизии интересов или даже намека на коллизию интересов в отношениях между правительством и подрядчиком. Имеющиеся положения вводят ограничения на действия государственных служащих и требуют от них такого поведения на работе, чтобы они без проблем могли полностью обнародовать свои действия²³.

23. Политика Всемирного банка по вопросу о коллизии интересов изложена в пункте 1.08 (b) его Руководящих принципов, регулирующих закупки, осуществляемые на займы МБРР и кредиты МАР («Руководящие принципы, регулирующие закупки») и в пунктах 1.9 и 4.12 Руководящих принципов отбора и найма консультантов заемщиками Всемирного банка («Руководящие принципы отбора и найма консультантов»)²⁴. Банк отмечает, что эти положения, приводящиеся ниже, могут быть перенесены в качестве типовых положений в национальные правовые нормы или использованы в них и что в целом поставщики считают их обоснованными, справедливыми и предсказуемыми:

²⁰ Полный текст этих статей доступен по адресу http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp.

²¹ См. http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

²² См. “Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law”, Yukins, C. R., *Public Contract Law Journal*, Vol. 36, No. 3, 2007, footnote 46, citing 41 U.S.C., 423.

²³ Federal Acquisition Regulation 3.101, 3.104-1 et seq. См., кроме того, Yukins, *op. cit.*, сноски 46 и 47.

²⁴ Руководящие принципы, регулирующие закупки, доступны по адресу <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html>, а Руководящие принципы, регулирующие отбор и найм консультантов, по адресу <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html?>

(a) Руководящие принципы, регулирующие закупки, пункт 1.8 (b), касающийся пригодности или квалификации: «Фирма, нанятая заемщиком для оказания консультационных услуг в процессе подготовки или осуществления проекта, а также любые ее аффилированные компании, не имеют права впоследствии поставлять товары (работы) или услуги, являющиеся результатом консультационных услуг, предоставлявшихся этой фирмой в процессе такой подготовки или осуществления, или непосредственно связанные с ними. Настоящее положение не распространяется на различные фирмы (консультантов, подрядчиков или поставщиков), которые совместно выполняют обязательства подрядчика в рамках проекта «под ключ» или договора на разработку проекта и выполнение работ»;

(b) Руководящие принципы отбора и найма консультантов, пункт 1.9, касающийся коллизии интересов: «Политика Банка требует, чтобы консультанты давали профессиональные, объективные и беспристрастные рекомендации и всегда в первую очередь учитывали интересы клиента, не руководствуясь заинтересованностью в продолжении работы, и чтобы при оказании консультаций они избегали коллизий с другими заданиями и своими собственными корпоративными интересами. Консультанты не привлекаются к выполнению какого-либо задания, которое привело бы к коллизии с их предыдущими или текущими обязательствами перед другими клиентами или которое может поставить их в такое положение, что они будут не в состоянии выполнять задание в наилучших интересах заемщика. Консультантов не нанимают при наличии обстоятельств, перечисленных ниже (никаким образом не ограничивая вышеуказанные общие положения):

i) Коллизия между консультационной деятельностью и закупками товаров (работ) и услуг (кроме консультационной деятельности, предусмотренной настоящими Руководящими принципами): Фирма, нанятая заемщиком для поставок товаров (работ) или услуг (кроме консультационной деятельности, предусмотренной настоящими Руководящими принципами) в рамках проекта, а также любые ее отделения не имеют права оказывать консультационные услуги, связанные с этими товарами (работами) или услугами. И наоборот, фирма, нанятая для оказания консультационных услуг в процессе подготовки или осуществления проекта, а также любые ее аффилированные компании, не имеют права впоследствии поставлять товары (работы) или услуги (кроме консультационной деятельности, предусмотренной настоящими Руководящими принципами), являющиеся результатом консультационных услуг, предоставлявшихся этой фирмой в процессе такой подготовки или осуществления, или непосредственно связанные с ними;

ii) Коллизия между консультационными заданиями: Ни консультанты (включая их сотрудников и помощников консультантов), ни какие-либо их аффилированные компании не привлекаются к выполнению задания, которое по своему характеру может противоречить другому заданию этих консультантов. Например, консультанты, нанятые для разработки технической проектной документации для проекта в сфере инфраструктуры, не привлекаются для подготовки независимой экологической экспертизы того же проекта, а консультанты, помогающие

клиенту в вопросах приватизации государственных активов, не покупают такие активы и не консультируют покупателей таких активов. Аналогичным образом, консультанты, нанимаемые для подготовки технического задания (ТЗ) для проекта, не привлекаются к выполнению этого проекта;

iii) Отношения с сотрудниками заемщика: Не допускается заключение договора с консультантами (включая их сотрудников и помощников консультантов), имеющими деловые или семейные связи с кем-либо из сотрудников заемщика (или с кем-либо из сотрудников учреждения-исполнителя или бенефициара займа), которые прямо или косвенно участвуют в любом этапе i) подготовки ТЗ для договора, ii) процесса отбора для такого договора или iii) контроля за исполнением такого договора, если только коллизия, образующаяся в результате наличия таких связей, не урегулирована приемлемым для Банка образом на весь срок процесса отбора и исполнения договора»;

iv) Руководящие принципы отбора и найма консультантов, пункт 1.10, касающийся преимуществ, полученных в результате нечестной конкуренции: «Справедливость и прозрачность процесса отбора требуют, чтобы консультанты или их аффилированные компании, конкурирующие за право получения определенного задания, не получали конкурентных преимуществ в результате оказания консультационных услуг, связанных с соответствующим заданием. В этих целях заемщик совместно с запросом о направлении предложений предоставляет всем консультантам, включенным в короткий список, всю информацию, которая в этом отношении дала бы одному из консультантов конкурентное преимущество».

24. В документе СИГМА приводится перечень того, что в документе названо «наиболее важными инструментами для предотвращения и избежания коллизии интересов ... :

- a) ограничения в отношении работы по совместительству;
- b) декларирование личного дохода;
- c) декларирование дохода семьи;
- d) декларирование личных активов;
- e) декларирование активов, принадлежащих семье;
- f) декларирование подарков;
- g) обеспечение безопасности внутренней информации и контроль за доступом к ней;
- h) декларирование личных интересов, связанных с управлением договорами;
- i) декларирование личных интересов, связанных с принятием решений;
- j) декларирование личных интересов, связанных с участием в подготовке или предоставлением рекомендаций в отношении политики;

- k) публичный доступ к декларации доходов и активов;
- l) ограничения и контроль в отношении деловой активности или деятельности в рамках НПО, осуществляемых после ухода с занимаемой должности;
- m) ограничения и контроль в отношении подарков и других форм неденежных выплат;
- n) ограничения и контроль в отношении параллельного занятия постов во внешних организациях (например, в НПО, в политической организации или в государственной корпорации);
- o) отвод и общепринятое освобождение публичных должностных лиц от выполнения их должностных обязанностей, если их участие в совещании или принятии определенного решения создало бы для них ситуацию коллизии);
- p) личные ограничения и ограничения, распространяющиеся на семью, в отношении прав владения частными компаниями;
- q) вывод инвестиций, либо путем продажи долей в бизнесе или инвестиций, либо путем учреждения доверительного фонда или заключения соглашения об управлении «вслепую»²⁵.

25. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, в качестве первого шага, вопрос о том, следует ли учесть какие-либо требования Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции, содержащиеся в статье 9 (1) (е), или все содержащиеся в ней требования, включив их в текст Типового закона, изложив в подзаконных актах или в других рекомендациях. Можно напомнить, что согласно Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции эти вопросы должны быть учтены в системе закупок (но не обязательно в первичных законодательных нормах в отношении закупок), а осуществление соответствующих требований должно производиться «в соответствии с основополагающими принципами внутреннего законодательства [Государства-участника]».

26. Рабочая группа, возможно, также помнит о том, что сфера действия Типового закона, согласно сопроводительным положениям Руководства по принятию, сводится к следующему: во-первых, это «рамочный закон, который должен быть дополнен «подзаконными актами о закупках», с тем чтобы дополнить всеми деталями процедуры, вводимые Типовым законом»²⁶, и в нем предусмотрены «процедуры, которые должны применяться закупающими организациями при выборе поставщика (подрядчика), с которым будет заключен договор о закупках»²⁷. Следовательно, он не затрагивает вспомогательную административную структуру или иные правовые вопросы, ответы на которые могут содержаться в других отраслях права

²⁵ Документ СИГМА, *op. cit.*

²⁶ Руководство по принятию, «Рамочный» закон, дополняемый подзаконными актами о закупках, пункт 12.

²⁷ В Руководстве по принятию также указано, что в Типовом законе не рассматриваются условия договора закупок, вопросы исполнения или осуществления договора (Введение, пункт 12), включая урегулирование споров в связи с исполнением договора, и, как следствие, этап планирования закупок.

(административном, договорном и судебно-процессуальном праве)²⁸. В Руководстве по принятию отмечается, что Типовой закон «предполагает, что принимающее его государство уже имеет или создаст надлежащие организационные и административные структуры, а также располагает людскими ресурсами, необходимыми для того, чтобы задействовать и осуществлять те процедуры закупок, которые предусматриваются в Типовом законе»²⁹, - вопросы, которые, соответственно, не рассматриваются в тексте самого Типового закона. В Руководстве по принятию, тем не менее, далее рассматриваются административные и надзорные функции, которые могло бы пожелать создать принимающее государство. В качестве важного аспекта в пункте 37 (d) Руководства по принятию указана подготовка кадров – пример функций, связанных с общим надзором за закупками, которые могут быть делегированы центральному органу или ведомству (например, министерству финансов или торговли или центральному органу по закупкам) или нескольким таким организациям.

27. Если Рабочая группа считает, что в тексте Типового закона должны содержаться положения, касающиеся коллизии интересов, то тогда она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сформулировать положения, исходя из принципа добросовестности, как это сделано в Соглашении о правительственных закупках (СПЗ), или избрать подход, в большей степени основанный на правилах, как это сделано в других положениях, приведенных в предыдущих пунктах. Если Рабочая группа выберет второй подход, то она, возможно, пожелает изучить вопрос о том, насколько детальными должны быть эти правила: например, будет ли полезен перечень наподобие того, который содержится в документе СИГМА, или же такой уровень детализации более подходит для Руководства или подзаконных актов. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает предусмотреть положение о том, в течение какого срока бывшее должностное лицо, занимавшееся вопросами закупок, не может принимать предложения о работе

²⁸ Руководство по принятию, «Рамочный» закон, дополняемый подзаконными актами о закупках, пункт 14.

²⁹ Руководство по принятию, пункт 36.

от организаций, деятельность которых связана с бывшими функциями этого должностного лица³⁰.

28. Рабочая группа, возможно, также пожелает обсудить вопрос о том, в какой степени в Типовом законе или Руководстве по принятию следует рассматривать последствия нарушения положений о коллизии интересов. В порядке примера последствий недопустимых действий, уже предусмотренных в Типовом законе, Рабочая группа, возможно, вспомнит положения статьи 15 («Подкуп со стороны поставщиков (подрядчиков)»), в которой предусмотрено, что «закупающая организация отклоняет тендерную заявку, предложение, оферту или котировку, если поставщик (подрядчик), представивший их, прямо или косвенно предлагает, дает или соглашается дать ... предложение о найме на работу или любую другую ценную вещь или услугу с целью воздействия...» в процессе закупок. Всемирный банк отмечает, что соответствующие последствия должны отражать непосредственный предмет коллизии: например, недопущение поставщика к закупкам, если коллизия возникает в процессе закупки, и недопущение поставщика к будущим закупкам, если этот процесс был завершен (отмечая, однако, что во втором случае меры принимать будет трудно, поскольку соответствующие юридические или физические лица могут измениться).

29. Что касается взаимоотношений, которые могут привести к возникновению коллизий, то в используемых Всемирным банком положениях предусмотрено, что либо должностное лицо, занимающееся вопросами закупок, самоустраняется от участия в процессе закупки, либо поставщик

³⁰ В соответствии со статьей 12 (2) (е) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции государства-участники должны предотвращать коллизию интересов, «путем установления ограничений, в надлежащих случаях и на разумный срок, в отношении профессиональной деятельности бывших публичных должностных лиц или в отношении работы публичных должностных лиц в частном секторе после их выхода в отставку или на пенсию, когда такая деятельность или работа прямо связаны с функциями, которые такие публичные должностные лица выполняли в период их нахождения в должности или за выполнением которых они осуществляли надзор». Аналогичные положения, как было отмечено выше, имеются в Канаде, в Соединенных Штатах в 5 C.F.R., 2635.604 и рекомендованы ОЭСР в документе «Integrity in Public Procurement» (Добросовестность в области публичных закупок). Действительно, подзаконные акты в Соединенных Штатах носят одновременно детальный и пространственный характер: например, подрядчику запрещается предлагать работу должностному лицу, курирующему деятельность этого подрядчика, или детям этого должностного лица (см. Yukins, *op. cit.*, citing 18 U.S.C., 208, и ссылки на свод статутов США, регулирующих вопросы этики в государственной службе, см. U.S. Office of Government Ethics, *Compilation of Federal Ethics Laws* (2004), доступно по адресу http://www.usoge.gov/pages/laws_regs_fedreg_stats/comp_fed_ethics_laws.pdf).

услуг не должен быть допущен к заключению договора³¹. Такие коллизии интересов, основанные на взаимоотношениях, невозможно смягчить и, соответственно, санкции, подобные приведенным выше, являются единственным эффективным выходом, когда преимущество, полученное в результате нечестной конкуренции одним поставщиком, может, например, быть компенсировано путем раскрытия соответствующей информации другим поставщикам.

30. В Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции в главе, посвященной криминализации и правоохранительной деятельности, содержатся санкции, которые были бы уместными в случае коррупции (статьи 19-50), но Рабочая группа, возможно, сочтет, что как таковые они будут иметь ограниченное применение к ситуации, связанной с коллизией интересов.

31. Вместо этого (или в дополнение к этому) Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы коллизии интересов в Руководстве по принятию, например, разлив комментарии, содержащиеся в пунктах 36 и 37 нынешнего текста³². Пример дополнительных рекомендаций можно найти в документе ОЭСР «Integrity in Public Procurement» (Добросовестность в области публичных закупок)³³, в котором имеется глава, озаглавленная «Предотвращение коллизии интересов и коррупции». В ней данная тема рассматривается с функциональной точки зрения и во введении говорится следующее. Отмечается, что в системах закупок должен существовать: «... четкий набор ценностей и этических стандартов, разъясняющих, каким образом можно достичь данных целей. В ряде стран разработаны конкретные этические рекомендации, устанавливающие четкие ограничения и запреты в отношении должностных лиц, занимающихся вопросами закупок, с тем чтобы избегать ситуаций коллизии интересов и препятствовать коррупции как на уровне отдельных лиц, так и организаций». Затем в тексте рассматриваются следующие аспекты положений, касающихся коллизии интересов: организационные аспекты (разделение обязанностей и предоставление полномочий), определение этических стандартов для публичных должностных лиц, определение специальных стандартов для должностных лиц, занимающихся вопросами закупок, применение этих стандартов и установление отношений партнерства с участниками торгов в целях

³¹ Всемирный банк включает правила на этот счет в свою тендерную и договорную документацию. Национальное финансово-ревизионное управление Соединенного Королевства, рассматривая коллизии интересов в сфере закупок, связанные с ревизиями, отмечает следующее: «7.27 При выборе поставщиков следует учитывать то, в какой степени присутствуют коллизии интересов, затрагивающие фирмы и работающих в них сотрудников, а также то, в какой степени они могут сказаться на проводящейся работе. Создание «китайских стен» внутри фирмы не считается эффективным методом устранения коллизий, если оно используется в одиночку. Однако этот метод может использоваться в сочетании с другими методами. При составлении договоров следует предусматривать договорные положения, не позволяющие фирмам увеличивать их коллизии интересов. В сложных случаях следует проконсультироваться с группой по централизованным закупкам, с тем чтобы сохранять последовательность и не допускать создания неподобающих прецедентов». (См. <http://www.nao.org.uk/manuals/procurement/chapter7.htm#conflict>).

³² Пункт 26 и сноска 29 выше.

³³ ОЭСР, Integrity in Public Procurement, *op. cit.*

предотвращения коллизии интересов и коррупции. Приводятся примеры шагов и мер, осуществленных в различных странах ОЭСР и других странах, обследование которых проводилось для целей указанной публикации.

32. В рекомендациях также могут быть рассмотрены, например, надлежащие условия предоставления услуг, механизмы контроля на уровне процедур (например, сопоставительный анализ показателей или ротация кадров, которая позволит избежать риска подкупа в случае длительного нахождения на одном посту), регулярные оценки и конфиденциальные отчеты, а также может быть разрешена оценка предыдущего поведения при рассмотрении кандидатов на посты, связанные с закупками. В подзаконных актах могут быть установлены обязательные требования в отношении подготовки специалистов в сфере закупок и в отношении этического поведения.

33. Рекомендации в отношении толкования принадлежности к другим организациям, семейных и иных связей, преимущества, полученного в результате нечестной конкуренции, и вопрос о том, следует ли на практике подходить жестко или сохранять некоторую гибкость, возможно, также были бы полезны³⁴, но Рабочая группа, возможно, пожелает прийти к выводу о том, что ссылка на другие публикации, возможно, была бы более предпочтительным решением, нежели изложение подробных рекомендаций в самом Руководстве по принятию, в особенности, в свете продолжающихся изменений в данной области законодательных норм в отношении закупок. В этой связи Рабочая группа, возможно, помнит, что в пункте 40 нынешнего текста Руководства по принятию содержится ссылка на руководство No 23, изданное Международным торговым центром ЮНКТАД/ГАТТ (Женева), под названием «Совершенствование механизмов государственных закупок» (“Improving Public Procurement Systems”), в котором, как отмечается, «рассматривается ряд организационных вопросов и вопросов, касающихся повышения квалификации персонала и подготовки кадров, а также вопросов политики в области государственных закупок».

IV. Закупки услуг

34. На своей шестой сессии Рабочая группа сосредоточила внимание на вопросе о том, следует ли пересмотреть положения Типового закона с тем, чтобы ограничить круг тех услуг, в отношении которых может быть использован "основной метод закупки услуг", предусмотренный в статьях 37–45 Типового закона. Рабочая группа сочла, что положения, касающиеся услуг, до сих пор удовлетворительно работали на практике, особенно в отношении закупок интеллектуальных услуг (услуг, которые не ведут к поддающимся оценке физическим результатам, например, консультативных и других профессиональных услуг), но что в отношении услуг, по которым закупающая организация до

³⁴ Гибкость может быть уместной там, где последствия такого поведения могут быть исправлены. Так, если один поставщик получил преимущество в результате нечестной конкуренции, то раскрытие соответствующей информации всем поставщикам может компенсировать эту обеспокоенность, и дальнейших мер в рамках закупок, возможно, не потребуются (в отличие от соответствующего должностного лица, занимающегося вопросами закупок, в отношении которого, возможно, потребуются дальнейшие меры).

осуществления соответствующих закупок может представить спецификации по качественным и количественным аспектам, положения, касающиеся услуг, возможно, подходят меньше. Было также указано, что при отдельном рассмотрении услуг внимание сосредоточивается на особенностях закупок некоторых видов услуг, а не на общих элементах, характерных как для многих видов закупок товаров (работ), так и для закупок услуг³⁵.

35. Рассмотрев на своей шестой сессии вопросы о том, а) следует ли ограничить использование основного метода закупок услуг интеллектуальными услугами; б) должны ли тендерные процедуры быть признаны в качестве основного метода закупок услуг; и с) должны ли тендерные процедуры быть признаны в качестве второго предпочтительного альтернативного метода после процедуры запроса предложений (или наоборот), Рабочая группа решила в предварительном порядке, что в Типовом законе следует сохранить все предусматриваемые в настоящее время различные варианты методов закупок услуг. Таким образом, Рабочая группа не сочла необходимым пересматривать текст Типового закона. Тем не менее была выражена поддержка в отношении того, чтобы в Руководство по принятию включить дополнительные рекомендации относительно использования каждой из трех процедур отбора в соответствии с положениями, касающимися услуг, в зависимости от вида услуг и соответствующих обстоятельств. Так, например, в рекомендациях можно было бы рассмотреть вопрос о целесообразности использования основного метода закупок услуг прежде всего применительно к интеллектуальным услугам, вопросы о том, как подходить к определениям («интеллектуальных услуг» и концепций других услуг), как подходить к проектам, которые могут состоять из нескольких этапов, и к смешанным проектам и насколько подробными должны быть рекомендации в свете того, что Рабочая группа стремится избегать чрезмерной жесткости в Типовом законе и в Руководстве по принятию.

36. Кроме того, чтобы также учесть некоторые обеспокоенности, высказывавшиеся на шестой сессии, в отношении чрезмерно частого использования или неподобающего использования положений, касающихся услуг, в Руководстве можно было бы более подробно изложить подход, лежащий в основе главы II Типового закона (согласно которому закупки товаров (работ) должны осуществляться с использованием процедур торгов, если не оправдано применение одного из альтернативных методов), и то, каким образом данный подход можно применять к закупкам услуг. Например, в Руководстве можно было бы указать, что при закупках услуг предпочтительнее проводить торги (в отличие от предусмотренного в настоящее время более свободного выбора методов), если обстоятельства не оправдывают использование более гибких положений в отношении услуг. Такие обстоятельства могли бы включать обстоятельства, перечисленные в пунктах 88-93 доклада Рабочей группы о ее шестой сессии³⁶.

37. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает дать дальнейшие указания Секретариату по вопросу закупок услуг, опираясь на свои обсуждения, проведенные на шестой сессии, и на пункты 41 по 44 записки, подготовленной

³⁵ A/CN.9/568, пункты 79-93.

³⁶ A/CN.9/568.

Секретариатом к той сессии (A/CN.9/WG.I/WP.32), в частности, в том, что касается уровня детализации дальнейших рекомендаций, которые будут содержаться в Руководстве по принятию.
