



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited

19 July 2005

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Рабочая группа I (Закупки)

Восьмая сессия

Вена, 7–11 ноября 2005 года

**Возможные изменения в Типовом законе ЮНСИТРАЛ
о закупках товаров (работ) и услуг – проекты
материалов, касающиеся использования электронных
сообщений в сфере публичных закупок**

Записка Секретариата

Добавление

[Главы I–III. В опубликованы в документе A/CN.9/WG.I/WP.38]

Содержание

	Пункты	Стр.
III. Предлагаемый проект текста пересмотренного Типового закона о закупках, призванный отразить использование электронных сообщений в процессе закупок.	1–32	3
С. Форма сообщений – предлагаемые изменения в статье 9 Типового закона	1–5	3
1. Общие замечания	1–2	3
2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: изменения в статье 9 Типового закона, касающиеся формы сообщений	3	3
3. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 9 Типового закона, касающиеся формы сообщений.	4	4
4. Комментарий	5	7
D. Понятие "электронный" и другие термины	6–12	7
1. Общие замечания	6–7	7



2.	Предлагаемые добавления к Типовому закону: добавления к статье 2 Типового закона, содержащие определения понятия "электронный" и связанных с ним терминов	8	7
a)	Вариант А.		8
b)	Вариант В.		8
3.	Комментарий	9–12	8
Е.	Юридическое значение договоров о закупках, заключенных электронным способом	13–15	9
1.	Общие замечания	13	9
2.	Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 36 Типового закона, касающиеся акцепта тендерной заявки и вступления в силу договора о закупках	14	9
3.	Комментарий	15	11
Ф.	Требование ведения отчета о процедурах закупок	16–18	11
1.	Общие замечания	16	11
2.	Предлагаемые добавления к Типовому закону: внесение изменений в статью 11 Типового закона с целью обеспечить возможность ведения отчета о процедурах закупок в любой форме	17	11
3.	Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 11 Типового закона для обеспечения ведения отчета о процедурах закупок в любой форме	18	12
Г.	Представление электронным способом тендерных заявок, предложений и котировок	19–27	13
1.	Общие замечания	19–23	13
2.	Предлагаемые добавления к Типовому закону: включение изменений в статью 30 Типового закона с целью обеспечить возможность представления тендерных заявок в электронной форме	24	14
3.	Комментарий	25	15
4.	Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 30 Типового закона, касающиеся обеспечения возможности представления тендерных заявок в электронной форме	26–27	15
Н.	Электронное вскрытие тендерных заявок	28–32	17
1.	Общие замечания	28–30	17
2.	Предлагаемые добавления к Типовому закону: изменения в статье 33 Типового закона, касающиеся вскрытия тендерных заявок, представленных электронным способом	31	18
3.	Предлагаемые добавления к Руководству по принятию, касающиеся вскрытия тендерных заявок, представленных электронным способом	32	19

III. Предлагаемый проект текста пересмотренного Типового закона о закупках, призванный отразить использование электронных сообщений в процессе закупок

C. Форма сообщений – предлагаемые изменения в статье 9 Типового закона¹

1. Общие замечания

1. Форма сообщения является одним из аспектов общих средств связи, которые предлагается рассмотреть в новой статье 4 бис Типового закона, о чем говорится в пунктах 24–29 документа A/CN.9/WG.I/WP.38. Рабочая группа решила включить в статью 9 Типового закона (A/CN.575, пункты 32 и 33) общий принцип, касающийся формы сообщений, который будет применяться ко всем видам сообщений, рассматриваемых в Типовом законе. Этот принцип позволит закупающей организации выбирать любую форму сообщения с поставщиками и другими сторонами без обязательного обоснования своего выбора при условии, что избранная форма отвечает "стандартам доступности", которые изложены в проекте статьи 4 бис выше. Этот выбор должен также отвечать требованиям действующих положений или статьи 9 о том, что сообщения должны включать запись их содержания.

2. С учетом взаимосвязи между существующей статьей 9 и предлагаемой статьей 4 бис, а также стандартами доступности Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли последовательно расположить все эти положения в Типовом законе. Например, Рабочая группа может счесть, что понятие доступа к сообщениям, отраженное в проекте стандартов доступности, тесно связано с существующей статьей 5 ("Доступность для общественности правовых документов о закупках") и что поэтому статьи, регулирующие вопрос об использовании сообщений, следует включить непосредственно перед этой статьей или после нее.

2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: изменения в статье 9 Типового закона, касающиеся формы сообщений

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть нижеследующие предлагаемые изменения в статье 9, которые призваны дать закупающей организации возможность выбирать способ связи. Ниже (обычным шрифтом) воспроизводится текст пункта 1 Типового закона 1994 года, который предваряет предлагаемый дополнительный текст, напечатанный с подчеркиванием.

Статья 9. Форма сообщений

1) С учетом других положений настоящего Закона и любых требований в отношении формы, предъявленных закупающей организацией при первом приглашении поставщиков (подрядчиков) к участию в процедурах закупок, документация, уведомления, решения и другие упоминаемые в настоящем Законе сообщения, направляемые закупающей организацией или административным органом поставщику (подрядчику) или поставщиком (подрядчиком) закупающей организации, представляются в такой форме, которая обеспечивает запись содержания сообщения.

1) бис Закупающая организация может указать в тендерной документации форму, которая используется для всех сообщений с поставщиками (подрядчиками) при условии, что средства связи, избранные покупающей организацией, отвечают стандартам доступности, отраженным в [статье 4 бис или 5 бис].

1) тер Закупающая организация может указать в тендерной документации, что тендерные заявки, представленные согласно статье 30, должны представляться в электронной форме [при условии, что средства представления, избранные покупающей организацией, отвечают стандартам доступности, отраженным в [статье 4 бис или 5 бис]].

1) кватер Без ущерба для права покупающей организации указывать в тендерной документации форму сообщений покупающая организация не допускает дискриминации в отношении поставщиков (подрядчиков) или между ними на основании той формы, в которой они передают или получают документацию, уведомления, решения или другие сообщения.

1) квинквис В подзаконных актах о закупках могут устанавливаться меры для обеспечения подлинности, целостности, доступности и конфиденциальности сообщений, а также для обеспечения взаимодействия систем, используемых для представления и получения таких сообщений.

3. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 9 Типового закона, касающиеся формы сообщений

4. Опираясь на текст Руководства по принятию 1994 года, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли нижеследующие пункты стать основой для подготовки рекомендаций по этому вопросу. Ниже (обычным шрифтом) воспроизводится текст пункта 1 Руководства 1994 года, который предваряет предлагаемый дополнительный текст (текст, подлежащий удалению, перечеркнут, а предлагаемый дополнительный новый текст подчеркивается):

Статья 9. Форма сообщений

1. Статья 9 призвана обеспечить определенность в отношении требуемой формы сообщений между покупающей организацией и поставщиками (подрядчиками), как это предусмотрено в Типовом законе. Основное требование, обусловленное другими положениями Типового закона, заключается в том, что сообщения должны представляться в такой форме, которая обеспечивает запись его содержания. ~~Этот подход направлен на то, чтобы не увязывать форму сообщений с использованием только бумаги, с учетом того, что сообщения все чаще передаются с помощью таких средств, как электронный обмен данными (ЭДИ). Ввиду того, что такие нетрадиционные средства связи, как ЭДИ, пока еще имеются не повсеместно и используются не во всех случаях, был включен пункт 3 в качестве гарантии того, чтобы поставщики (подрядчики) не подвергались дискриминации на основании используемой ими формы сообщений.~~

2. Совершенно очевидно, что статья 9 не имеет целью дать ответ на все технические и правовые вопросы, которые могут возникнуть в результате

применения ЭДИ или других нетрадиционных средств передачи сообщений при закупках; такие смежные вопросы, как обеспечение тендерной заявки, выданное с помощью электронных средств, и другие вопросы, выходящие за сферу "сообщений" для целей Типового закона, будут регулироваться различными отраслями права.

3. Для того чтобы закупающая организация и поставщики (подрядчики) могли избежать излишних задержек, в пункте 2 разрешается на предварительной основе использовать некоторые средства связи, в частности телефонную связь, которые не обеспечивают запись содержания сообщения, при условии, что предварительное сообщение незамедлительно подтверждается сообщением в форме, обеспечивающей запись содержания сообщения о подтверждении.

3 бис В пересмотренной статье 9 Типового закона предусмотрено, что закупающая организация может избрать способ, с помощью которого она будет поддерживать связь с поставщиками (подрядчиками) в процессе закупок. Цель настоящего положения состоит в том, чтобы дать закупающей организации возможность настаивать на использовании конкретных средств связи, например, электронных средств, без необходимости обоснования своего выбора. Тем не менее эта возможность ограничивается двумя условиями: во-первых, выбранные средства связи должны служить целям Типового закона (т.е. целям, изложенным в преамбуле Типового закона), и, во-вторых, такие средства связи не должны создавать препятствия для доступа к закупкам ("стандарты доступности", описанные в пунктах ** выше, которые будут применяться в отношении любых избранных средств связи). В этой связи в Руководство включены пересмотренные пункты 1 бис, 1 тер и 3 с целью укрепления предусмотренных в статье гарантий защиты от дискриминационной или иной ограничительной практики со стороны закупающих организаций (A/CN.9/575, пункт 33). Лежащая на закупающей организации обязанность удостовериться в соблюдении стандартов доступности может быть обжалована согласно статье 54, а требования ведения отчета о процедурах закупок в соответствии со статьей 11 позволят обжаловать решение закупающей организации и способ его принятия.

3 тер Пункты 1 бис и 3 призваны также обеспечить, чтобы поставщики (подрядчики) не имели права настаивать на каком-либо конкретном средстве связи с закупающей организацией и чтобы такое право не могло подразумеваться (A/CN.9/575, пункт 33).

3 кватер Текст, предлагаемый в пункте 1 тер, включен с целью предусмотреть возможность электронного представления тендерных заявок, что в настоящее время запрещено согласно статье 30 Типового закона (см. также документ A/CN.9/568, пункт 32, и документ A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункты 22–37)^a.

3 квинквиес Предлагаемый новый пункт 1 квинквиес включен с целью обратить внимание государств, принимающих Типовой закон, на то, что:

^a Предложенные в этой связи изменения и комментарии к статье 30 изложены в тексте после пунктов 23 и 24.

- a) следует разработать соответствующие процедуры и системы для установления подлинности сообщений;
- b) средства, используемые для отправления и получения электронных сообщений, должны быть достаточными для гарантированного сохранения целостности данных;
- c) должна сохраняться конфиденциальность информации, представленной другими поставщиками или касающейся их;
- d) средства или системы, используемые для отправления и получения электронных сообщений, должны быть полностью совместимыми (или способными к взаимодействию);
- e) средства, используемые для отправления и получения электронных сообщений, должны позволять определять время получения документов, если время получения имеет важное значение в связи с применением норм, регулирующих процесс закупок (например, направление просьб об участии в торгах и тендерных заявок/предложений); и
- f) средства, используемые для отправления и получения электронных сообщений, должны быть надежными, т.е. они должны исключать возможность доступа к тендерным заявкам и другим существенным документам со стороны закупающей организации или других лиц до наступления любого окончательного срока, предотвращать передачу информации о других тендерных заявках закупающими организациями тем поставщикам, которым они отдают предпочтение, и лишать конкурентов возможности самостоятельно получить доступ к такой информации (безопасность) (A/CN.9/568, пункт 41).

3 секции Пункты (a), (b) и (c) подпадают под действие общих правовых норм об электронной торговле, и, как отмечается в пункте [включить перекрестную ссылку на раздел общих рекомендаций] выше, государства, принимающие Типовой закон, [возможно]^b пожелают рассмотреть вопрос о том, в какой мере их действующие законы обеспечивают надлежащие меры контроля над сообщениями, которые могут быть подготовлены в рамках процесса закупок, необходимы ли дополнительные меры регулирования, и требуется ли делать сноску на необходимость таких мер контроля в их подзаконных актах о закупках. Например, во внутреннем законодательстве одной из стран предусмотрено, что перед тем, как приступить к использованию электронной торговли, руководителям закупающих организаций следует "убедиться в том, что системы [организации] могут обеспечить такой уровень подлинности и конфиденциальности, который сопоставим с уровнем риска и масштабами возможного ущерба в результате утраты информации, злоупотребления ею, несанкционированного доступа к ней или ее изменения"².

3 секции Пункты (d), (e) и (f) требуют решений, относящихся непосредственно к закупкам, которые связаны прежде всего с представлением тендерных заявок электронным образом, и рассматриваются в пунктах [сделать перекрестную ссылку] ниже.

^b См. пункт 23 документа A/CN.9/WG.I/WP.38.

4. Комментарий

5. Рабочей группе, возможно, известно, что электронные средства связи могут требовать использования конкретных средств или программного обеспечения. Если закупающая организация желает использовать какое-либо конкретное программное обеспечение, Рабочая группа, возможно, пожелает предусмотреть, что закупающая организация должна открыто и бесплатно предоставлять такое программное обеспечение и что закупающей организации следует обеспечить, чтобы любые используемые ею электронные системы были полностью совместимыми (или способными к взаимодействию) с системами, находящимися в совместном или общем пользовании. (Термин "способность взаимодействовать" используется для обозначения систем, которые могут взаимодействовать друг с другом, не создавая технических или функциональных проблем, и общие нормы права или практика в области электронной торговли могут предусматривать соответствующие меры или системы в каждом государстве, принимающем Типовой закон.) Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, необходимо ли включить пояснение формулировки "совместное или общее пользование", возможно, со ссылкой на стандарты доступности, обсуждавшиеся ранее в настоящем примечании.

D. Понятие "электронный" и другие термины³

1. Общие замечания

6. Понятие "электронные, оптические или сопоставимые средства связи [включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс]", изложенное в альтернативном проекте положений о функциональной эквивалентности, находящемся на рассмотрении Рабочей группы, не имеет определения.

7. На своей седьмой сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли включать в статью 2 Типового закона определения терминов "электронный" или "электронные средства", которые могли бы основываться на определениях, содержащихся в директивах Европейского союза о закупках от 31 марта 2004 года (Директива 2004/17/ЕС и Директива 2004/18/ЕС) (A/CN.9/575, пункт 20). В этих директивах предлагается следующее определение: "Электронные средства" означают использование электронного оборудования для обработки (включая цифровую компрессию) и хранения данных, которые пересылаются, передаются и принимаются по проводной связи, по радио, с помощью оптических и других электромагнитных средств"⁴.

2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: добавления к статье 2 Типового закона, содержащие определения понятия "электронный" и связанных с ним терминов

8. В свете ссылок на термин "электронные средства" и другие связанные с ним термины в предлагаемых статьях 4 бис и 9 бис Рабочая группа согласилась с тем, что на одной из будущих сессий следует продолжить обсуждение предлагаемых определений этих терминов (A/CN.9/575, пункт 22) с учетом следующих альтернативных предложений:

а) Вариант А

"Электронные средства" сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими означают подготовку, отправку, получение или хранение информации и документов или обмен ими с помощью электронных, оптических или сопоставимых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

"Электронные средства" применительно к собраниям каких-либо лиц для любых целей настоящего Закона означают любой метод проведения собраний, при котором собравшиеся могут следить за процедурами и участвовать в них с помощью электронных средств связи".

б) Вариант В

"Электронные средства" сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими и проведения собраний означают подготовку, отправку, получение или хранение информации или документов или обмен ими с помощью электронных, оптических или сопоставимых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими".

3. Комментарий

9. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что в законодательстве об электронной торговле некоторых систем имеется определение термина "электронный" или "электронные средства" либо предлагаются эквивалентные определения с разной степенью конкретизации. К числу общих элементов таких определений относятся ссылки на электронные, цифровые, магнитные, беспроводные, оптические, электромагнитные, биометрические и фотонные технологии и ссылки на форму, в которой может передаваться или храниться информация (например, с использованием телекоммуникационной технологии)⁵.

10. Тем не менее в Типовом законе об электронной торговле определение самого прилагательного "электронный" отсутствует, т.е. вопрос об электронных сообщениях также рассматривается в нем с функциональной точки зрения. В разделе определений Закона предусмотрено следующее:

"а) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;

б) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает электронную передачу с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации;"

11. Эти определения схожи с определениями, изложенными в предложенной новой статье 4 бис и пересмотренной статье 9, которые следуют за пунктом 25 документа A/CN.9/WG.I/WP.38 и пунктом 3 выше.

12. Было также высказано мнение, что можно было бы не включать определение термина "электронные средства" или другие связанные с ним положения на том основании, что это было бы излишним в свете предлагаемой статьи 4 бис (см. текст после пункта 25 документа A/CN.9/WG.I/WP.38). Кроме того, Рабочая группа, возможно, примет к сведению, что решение не включать такое определение будет соответствовать общему принципу рассмотрения в Типовом законе лишь тех вопросов электронной торговли, которые касаются непосредственно закупок. Если Рабочая группа придет к заключению, что необходимость в определении отсутствует, она может рассмотреть вопрос о включении описания формулировки "электронные средства" связи во вступительную часть Руководства по принятию, которая изложена после пункта 23 в документе A/CN.9/WG.I/WP.38, с целью решения задачи, которая состоит в том, что Руководство по принятию должно поощрять последовательность в использовании терминологии государствами, принимающими Типовой закон, с тем чтобы избегать коллизий с другими законодательными актами (A/CN.9/575, пункт 20).

Е. Юридическое значение договоров о закупках, заключенных электронным способом⁶

1. Общие замечания

13. В пунктах 2 (a) и (b) статьи 36 Типового закона предусмотрено, что тендерная документация может содержать требования к поставщику (подрядчику), тендерная заявка которого акцептована, "подписать договор о закупках, составленный в письменной форме", в соответствии с данной тендерной заявкой. Исходя из своей общей позиции в отношении включения в Типовой закон вопросов, касающихся электронной торговли, Рабочая группа постановила, что вопрос о правоспособности заключать договор электронным способом, включая подписание электронного договора, подлежит регулированию общими нормами права, которые регулируют электронную торговлю, и что поэтому в Типовой закон не следует включать положения об электронном заключении договоров (A/CN.9/575, пункт 50)⁷. Тем не менее Рабочая группа высказала мнение, что вопросы, касающиеся электронного заключения договоров, вполне могут быть рассмотрены в Руководстве по принятию (см. также документ A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункт 44). Ниже изложены предложения по этому тексту.

2. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 36 Типового закона, касающиеся акцепта тендерной заявки и вступления в силу договора о закупках

14. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, целесообразно ли включить нижеследующий предлагаемый текст после пункта 1 текста Руководства по принятию, касающегося статьи 36 Типового закона. Как отмечалось выше, текст сопровождается заголовками и подзаголовками, однако

для обеспечения стилистической последовательности их можно будет снять, когда Руководство будет подготовлено.

Формальные требования, касающиеся договора о закупках:

1) бис В статьях 27(у) и 38(и) Типового закона содержится ссылка на "письменный" договор о закупках, а в пунктах 2(а) и (b) статьи 36 предусмотрено, что тендерная документация может содержать требование к поставщику (подрядчику), тендерная заявка которого акцептована, "подписать договор о закупках, составленный в письменной форме" [что может быть сделано традиционным или электронным способом]. [Государства, принимающие Типовой закон, пожелают обеспечить, чтобы их действующее законодательство признавало договоры о закупках, заключенные электронным способом.]

а) Электронное заключение договоров

1) тер Решение, предлагаемое в текстах ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и содержащееся в статье 11 Типового закона об электронной торговле, не ставит своей целью вступать в противоречие с общими правилами заключения договоров. Напротив, его заявленная цель состоит в "содействии международной торговле путем обеспечения большей правовой определенности в том, что касается заключения контрактов с помощью электронных средств. Она касается не только вопроса о заключении контракта, но и о форме, в которой могут быть выражены оферта и акцепт оферты. В некоторых странах [положение] ... может быть сочтено содержащим лишь очевидное указание, т.е. то, что оферта и акцепт оферты, как и любое другое волеизъявление, могут передаваться с помощью любых средств, включая сообщения данных. Тем не менее такое положение является необходимым с учетом сохраняющейся в ряде стран неопределенности по вопросу о действительности контрактов, заключенных с помощью электронных средств. Такая неопределенность может вытекать из того факта, что в ряде случаев сообщения данных, содержащие оферту и акцепт, подготавливаются компьютерами без непосредственного вмешательства человека, в связи с чем возникают сомнения в отношении волеизъявления сторон. Другая причина такой неопределенности связана с самим способом передачи данных и является результатом отсутствия бумажного документа". В самой статье 11 предусмотрено, что "в случае, когда при заключении контракта используется сообщение данных [электронное сообщение], этот контракт не может быть лишен действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовалось сообщение данных [электронное сообщение]".

б) Электронные подписи

1) кватер На практике государства, принимающие Типовой закон, возможно, пожелают указать способ, с помощью которого стороны будут подписывать договор о закупках, заключенный электронным образом, или иным образом подтверждать его аутентичность в соответствии со своими законами об электронной торговле. В некоторых государствах могут действовать требования использования цифровых или других аутентифицированных форм электронной подписи в сфере электронной

торговли, которые могут применяться в отношении закупок при условии, что их применение не ограничивает доступ к закупкам.

1) *квинквиес* Решение, предлагаемое в текстах ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, содержится в статье 7 Типового закона. В части Руководства по принятию, где рассматривается эта статья, отмечается, что ее цель состоит в содействии более широкому использованию электронных подписей для обеспечения юридической силы в тех случаях, когда такие электронные подписи в функциональном отношении эквивалентны собственноручным подписям. В положениях самой статьи вопрос об электронной подписи документов рассматривается на основе принципа функциональной эквивалентности, и в них предусмотрено, что: [если законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если: [подпись] этот способ является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности".

3. Комментарий

15. Рабочая группа примет к сведению, что в предлагаемом пункте 1 бис содержится альтернативный текст по вопросу об электронных подписях, в котором рассматривается вопрос о том, насколько строгий предписательный характер следует придавать этому вопросу в Руководстве (см. также пункт 23 документа A/CN.9/WG.I/WP.38).

F. Требование ведения отчета о процедурах закупок

1. Общие замечания

16. Статья 11 Типового закона о закупках требует от закупающей организации вести отчет о процедурах закупок, в котором содержится определенный минимальный объем информации, и содержит требование обеспечить доступность этой информации. Однако с учетом того, что в статье 11 рассматривается вопрос хранения, а не распространения информации и что в ней не предписывается конкретная форма хранения информации, Рабочая группа просила Секретариат включить в "стандарты доступности", изложенные в тексте документа A/CN.9/WG.I/WP.38 после пункта 30, концепции как хранения, так и распространения информации. Эти вопросы отражены в проекте статьи 4 бис и альтернативной статье 5 бис, а также в проекте текста Руководства по принятию. Кроме того, Рабочая группа постановила, что в статье 11 не следует затрагивать вопрос о форме отчета и что возникшие вопросы следует рассмотреть в Руководстве по принятию (см. также A/CN.9/575, пункты 43–46).

2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: внесение изменений в статью 11 Типового закона с целью обеспечить возможность ведения отчета о процедурах закупок в любой форме

17. Рабочая группа просила также Секретариат пересмотреть предложенный новый пункт 6 статьи 11 таким образом, чтобы он применялся ко всем методам

хранения документов (A/CN.9/575, пункт 47). Ниже приводится предлагаемый пересмотренный текст этого положения.

Статья 11. Отчет о процедурах закупок

...

6) В подзаконных актах о закупках могут устанавливаться процедуры для ведения отчетов о процедурах закупок и получения к ним доступа, включая меры по обеспечению целостности, подлинности, доступности и, если это уместно, конфиденциальности информации, возможности прослеживания этапов процесса закупок и возможности взаимодействия систем сохранения отчетов.

3. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 11 Типового закона для обеспечения ведения отчета о процедурах закупок в любой форме

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли нижеследующие пункты служить основой для подготовки рекомендаций по этому вопросу с использованием в качестве исходного материала текста Руководства 1994 года. Ниже (обычным шрифтом) воспроизводится текст пункта 1 Руководства по принятию 1994 года, который предваряет предлагаемый дополнительный текст (текст, подлежащий удалению, перечеркнут, а предлагаемый дополнительный новый текст подчеркивается):

Статья 11. Отчет о процедурах закупок

1. Одно из важнейших средств содействия открытости и отчетности – это включение в текст Закона положений, требующих, чтобы закупающая организация вела отчет о процедурах закупок. В таком отчете обобщается основная информация, касающаяся процедур закупок. Он способствует осуществлению права считающих себя потерпевшими поставщиков (подрядчиков) на обжалование. Это в свою очередь поможет тому, чтобы законодательство о закупках само, по возможности, в максимальной степени обеспечивало соблюдение своих положений и контроль за их соблюдением. Кроме того, содержащиеся в законодательстве о закупках требования об адекватной отчетности облегчат работу правительственных органов, осуществляющих ревизионно–контрольную функцию, и будут содействовать обеспечению того, чтобы закупающие организации должны были публично отчитываться за расходуемые государственные средства...

[дополнительный текст, который предлагается включить в настоящий пункт 1, и который станет пунктом 1 бис, разделит исходный пункт 1 на два новых подпункта^c

^c Остальная часть пункта 1 и комментарий к этой статье касаются вопроса о раскрытии информации. Рабочая группа, возможно, сочтет возможным включить новый пункт 1 бис до обсуждения вопроса о раскрытии информации с тем, чтобы охватить вопросы непрерывной доступности и возможности взаимодействия систем сохранения отчетов, установления любого требуемого периода сохранения отчетных данных, конфиденциальности, целостности и безопасности электронных отчетов (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункт 57).

1) бис Тем не менее в статье 11 основное внимание сосредоточено на вопросах доступности и возможности использования информации, образующей отчеты, и в ней не указываются ни обязательная форма отчета, ни условия, которые необходимы для ведения отчетов электронным способом (A/CN.9/575, пункт 45). Тем не менее в стандартах доступности, изложенных в [статье 4 бис или 5 бис], предусмотрено, что в целях ведения отчета закупающая организация должна отобрать средства хранения информации, которые обеспечат возможность доступа к соответствующей информации даже по мере совершенствования технологий, а также не допускать дискриминационного обращения. Кроме того, государства, принимающие Типовой закон, возможно, пожелают принять подзаконные акты, которые будут обеспечивать полную совместимость (возможность взаимодействия) систем сохранения отчетов, а также возможность проверки каждого сообщения, используемого в процессе закупок, таким образом, чтобы можно было установить отправителя, получателя, время отправления или получения и продолжительность каждого сообщения (и воспроизвести результаты автоматической обработки данных или расчетов) (прослеживания). Кроме того, в подзаконных актах может рассматриваться вопрос о необходимости учета случаев доступа к отчетной и договорной документации и любые вопросы, касающиеся защиты данных, которые могут возникнуть, для обеспечения целостности и безопасности данных, а также конфиденциальности сообщений и информации, о чем более подробно говорится [включить перекрестную ссылку на комментарий к статье 9 выше].]

С. Представление электронным способом тендерных заявок, предложений и котировок⁸

1. Общие замечания

19. В статье 30 (5)(а) Типового закона предусматривается, что тендерные заявки должны представляться "в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте" или (согласно статье 30 (5)(b) "в любой другой указанной в тендерной документации форме" при соблюдении определенных условий. Статья 30(5)(b) дает также поставщику преимущественное право представлять тендерную заявку в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. Согласно Руководству по принятию 1994 года это положение является "важной защитой от дискриминации с учетом того, что возможность использовать такие нетрадиционные средства связи, как [электронный обмен данными (ЭДИ)], имеется не повсеместно". (Эти положения включены в перекрестную ссылку на главу III Типового закона в статьях 46(1) (двухэтапные торги) и 47(3) (торги с ограниченным участием), и аналогичные положения содержатся в статье 48(6) (запрос предложений).) Тем не менее с учетом более широкого распространения соответствующей технологии Рабочая группа постановила внести изменения в эти положения, с тем чтобы обеспечить возможность представления тендерных заявок и других предложений электронным способом (A/CN.9/586, пункт 32).

20. Поскольку в отношении электронного представления тендерных заявок применяется принцип функциональной эквивалентности, электронные

тендерные заявки должны обладать таким же юридическим значением, как и тендерные заявки, представленные в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. В статье 30(5)(b) предусмотрено, что форма любой тендерной заявки должна обеспечивать "запись содержания такой тендерной заявки и обеспечивать по крайней мере ту же степень подлинности, надежности и конфиденциальности", что и тендерная заявка, представленная в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. В Руководстве по принятию делается ссылка на дополнительные "нормы и методы", которые могут потребоваться, например, "для обеспечения конфиденциальности тендерных заявок и предотвращения "вскрытия" тендерных заявок до истечения окончательного срока представления тендерных заявок"⁹.

21. В условиях использования электронных средств такие нормы и подзаконные акты, возможно, должны будут охватывать целый ряд вопросов. Во-первых, это вопрос надежности: тендерные заявки должны быть защищены от несанкционированного доступа или проникновения (например, с помощью брандмауэров). Во-вторых, это вопрос целостности: система должна предотвращать какое-либо считывание или изменение содержания представленных тендерных заявок до наступления времени их вскрытия (например, путем использования технологий шифрования, блокирования всех тендерных заявок, обеспечения невозможности расшифровки тендерных заявок до наступления намеченного времени их вскрытия, обеспечения того, чтобы время вскрытия тендерных заявок могли устанавливать или изменять лишь уполномоченные на это лица, возможно, с использованием принципа "четыре глаза"). В-третьих, должна быть установлена подлинность тендерных заявок. В-четвертых, должна быть обеспечена конфиденциальность информации, включая права интеллектуальной собственности. В-пятых, необходимо обеспечить возможность взаимодействия: закупающим организациям следует обеспечить, чтобы используемые ими системы были в полной мере совместимыми с системами потенциальных поставщиков (подрядчиков). Наконец, следует периодически проводить проверку систем для облегчения их защиты от проникновения извне (в том числе вирусов, червей и хакеров).

22. Для целей ведения отчета о процедурах закупок согласно статье 11 Типового закона следует также убедиться в возможности отслеживания соответствующих сообщений (см. также текст после пункта 18 выше). На практике это может потребовать ведения учета всех случаев доступа к системе до вскрытия тендерных заявок и выявления любых случаев несанкционированного доступа.

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в Руководство по принятию проект положений или текст описательного характера для урегулирования этих вопросов, о чем говорится в предыдущих пунктах.

2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: включение изменений в статью 30 Типового закона с целью обеспечить возможность представления тендерных заявок в электронной форме

24. Ниже (обычным шрифтом) воспроизводится текст пункта 5 Типового закона 1994 года, который предваряет предлагаемый дополнительный текст

(текст, подлежащий удалению, перечеркнут, а предлагаемый дополнительный новый текст подчеркивается):

Статья 30. Представление тендерных заявок

5) а) ~~С учетом подпункта (б)~~ Тендерная заявка представляется в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте ~~(б) без ущерба для права поставщика (подрядчика) представлять тендерную заявку в форме, упомянутой в подпункте (а), тендерная заявка может альтернативно представляться в~~ или в любой другой указанной в тендерной документации форме, при условии, что средства представления тендерной заявки, избранные закупочной организацией, отвечают стандартам доступности, содержащимся в [статье 4 бис или 5 бис];

б) закупочная организация по запросу представляет поставщику (подрядчику) расписку с указанием даты и времени получения его тендерной заявки.

3. Комментарий

25. Предлагаемые изменения позволят закупочной организации настаивать на представлении тендерных заявок в электронной форме благодаря устранению прежнего положения о том, что поставщик представляет тендерную заявку в запечатанном конверте. Рабочая группа, возможно, примет к сведению, что в предлагаемом измененном тексте отсутствует положение об электронном эквиваленте запечатанного конверта (вопросы конфиденциальности, надежности и целостности данных рассматриваются далее в пунктах 26 и 27 ниже). Согласно предлагаемой статье закупочной организации надлежит применять рассматривавшиеся ранее в настоящем примечании стандарты доступности в отношении избранного способа представления тендерной заявки, сообразного способу, который избирался бы при любой форме сообщения в рамках процедуры закупок.

4. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию в отношении статьи 30 Типового закона, касающиеся обеспечения возможности представления тендерных заявок в электронной форме

26. С учетом вышеизложенного в пункт 3 настоящего текста Руководства по принятию, касающегося статьи 30 Типового закона, могут быть внесены поправки и новый пункт 3 бис, с тем чтобы он предусматривал следующее (текст, подлежащий удалению, перечеркнут, а предлагаемый дополнительный новый текст подчеркивается):

Статья 30. Представление тендерных заявок

3) ~~В отношении содержащегося В пункте 5 (а) требования о том, чтобы предусмотрено, что тендерные заявки представляются в письменной форме, может быть сделано исключение согласно подпункту (б), разрешающему использовать иную форму сообщения, помимо письменной формы, например, электронный обмен данными (ЭДИ) включая представление с помощью электронных средств, как они [определены в статье 2] [описаны в комментарии к статье 9], при условии, что используемая форма допускает запись содержания данного сообщения. С~~

целью оградить целостность процесса закупок, а также особые интересы закупающей организации и поставщиков (подрядчиков) включены дополнительные защитительные оговорки: ~~использование иной формы, чем письменная, должно быть разрешено тендерной документацией; поставщики (подрядчики) всегда должны иметь право представлять тендерные заявки в письменной форме, что является важной защитой от дискриминации с учетом того, что возможность использовать такие нетрадиционные средства связи, как ЭДИ, имеется не повсеместно; альтернативная форма сообщения должна быть таковой, чтобы обеспечивать по крайней мере ту же степень подлинности, надежности и конфиденциальности. Далее можно отметить, что применение пункта 5 не целью разрешить представление тендерных заявок в нетрадиционных формах~~ форма должна быть установлена в тендерной документации; и форма должна быть таковой, чтобы обеспечивать по крайней мере ту же степень подлинности, надежности и конфиденциальности, что и представление в традиционной бумажной форме. Государства, принимающие Типовой закон, или закупающие организации могут прийти к заключению, что представление тендерных заявок в нетрадиционных формах повлечет за собой необходимость разработки специальных норм и методов для обеспечения конфиденциальности тендерных заявок и предотвращения "вскрытия" тендерных заявок до истечения окончательного срока представления тендерных заявок, а также для решения других вопросов, которые могут возникнуть в том случае, когда тендерная заявка представляется в иной форме, чем письменная (например, о форме, в которой будет представляться обеспечение тендерных заявок).

3) бис Поэтому государства, принимающие Типовой закон, или закупающие организации, возможно, пожелают принять подзаконные акты, в которых регулируются вопросы происхождения и подлинности сообщений, документов и тендерных заявок (и предложений или котировок), полученных от поставщиков (подрядчиков); целостности сообщений, документов и тендерных заявок, полученных от поставщиков (подрядчиков), даты и времени получения сообщений, документов и тендерных заявок; которые предотвращают возможность доступа закупающей организации или других лиц к сообщениям, документам и тендерным заявкам до наступления любого окончательного срока, которые предусматривают возможность выявления любого несанкционированного доступа или попытки доступа к сообщениям, документам и тендерным заявкам до наступления окончательного срока, указанного в пункте 1 выше; которые обеспечивают на постоянной основе конфиденциальность сообщений, документов и тендерных заявок, полученных от других поставщиков (подрядчиков) или касающихся их; и которые обеспечивают возможность отслеживания сообщений и возможность взаимодействия систем.

27. Как отмечалось выше, Рабочая группа, возможно, пожелает представить дополнительную информацию или проект соответствующих норм для урегулирования этих вопросов, например, следующего содержания, как предлагается в пункте 3 тер:

3) тер Системы электронного получения тендерных заявок должны обеспечивать по крайней мере, чтобы:

- a) [можно было установить] [подлинность] электронных подписей, касающихся тендерных заявок [включить соответствующий нормативный акт об электронных подписях, например, основывающийся на Типовом законе об электронных подписях];
- b) система могла взаимодействовать с системами, которые находятся в [общем]^d пользовании в [государстве, принимающем Типовой закон];
- c) можно было установить точное время и дату получения тендерных заявок;
- d) никто не мог получить доступа к тендерной заявке до наступления времени и даты, указанных в тендерной документации, или любого продленного окончательного срока представления тендерных заявок и вскрытия тендерных заявок;
- e) в случае нарушения этого запрета на доступ можно было легко выявить это нарушение;
- f) устанавливать или изменять время и дату, указанные в тендерной документации, или каким-либо образом продлевать окончательный срок для представления тендерных заявок и вскрытия тендерных заявок могли лишь [два уполномоченных лица] уполномоченные лица;
- g) уполномоченные лица могли иметь доступ к тендерной заявке лишь по наступлении окончательного срока;
- h) данные, полученные и вскрытые в соответствии с этими требованиями, оставались доступными лишь для таких уполномоченных лиц¹⁰.

Н. Электронное вскрытие тендерных заявок

1. Общие замечания

28. В статье 33(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках предусмотрено, что тендерные заявки "вскрываются по наступлении срока, указанного в тендерной документации в качестве окончательного срока представления тендерных заявок [...] в месте и в соответствии с процедурами, указанными в тендерной документации". В статье 33(2) предусмотрено также, что "закупающая организация допускает всех поставщиков (подрядчиков), представивших тендерные заявки, или их представителей присутствовать при вскрытии тендерных заявок".

29. Рабочая группа отметила, что, хотя статья 33(1), возможно, сформулирована достаточно широко для учета любой системы вскрытия тендерных заявок, статья 33(2) предполагает физическое присутствие поставщиков (подрядчиков) в конкретном месте и в конкретное время (A/CN.975, пункт 36). Рабочая группа постановила, что в Типовой закон следует

^d Что касается понятия "общее пользование", см. пункт 5 выше.

включить разрешающие положения, допускающие вскрытие электронных тендерных заявок. Такое вскрытие может производиться с помощью электронной информационной системы, автоматически высвобождающей и вскрывающей тендерные заявки в ту дату и в то время, которые предусмотрены в тендерной документации, и автоматически передающей информацию, которая обычно публично объявляется при вскрытии тендерных заявок. В противном случае вскрывать тендерные заявки в онлайн-режиме и опубликовывать соответствующую информацию могут уполномоченные лица.

30. Электронное вскрытие тендерных заявок может потребовать применения мер контроля для обеспечения безопасности в дополнение к тем мерам, которые применяются в отношении других процедур электронных закупок. Например, даже при автоматическом высвобождении и вскрытии тендерных заявок в какой-то момент потребуются участие человека, дающего разрешение, и для этого необходимо будет назначить соответствующих лиц. Если тендерные заявки будут вскрывать люди, то, возможно, потребуется выдать им ключи для расшифровывания. Меры контроля могут включать также одновременное исполнение определенных операций по крайней мере двумя уполномоченными лицами (например, разблокирование данных), регистрацию каждого доступа к системе и предпринятых шагов, а также предупреждение нарушения целостности данных в процессе проверки на наличие вирусов. Наконец, такая система должна допускать последовательное вскрытие обоих элементов двухэтапных торгов по заявкам, представленным согласно статье 46 Типового закона, не ставя под угрозу второй этап торгов. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, целесообразно ли включать эти подробные технические вопросы в Руководство по принятию или лучше сделать лишь ссылку на общие меры контроля, указанные в пунктах 21 и 22 выше.

2. Предлагаемые добавления к Типовому закону: изменения в статье 33 Типового закона, касающиеся вскрытия тендерных заявок, представленных электронным способом

31. Рабочая группа постановила, что следует пересмотреть статью 33 Типового закона, с тем чтобы включить в нее следующий проект текста, представленный в качестве нового подпункта 4 (A/CN.9/575, пункты 37–42):

Статья 33. Вскрытие тендерных заявок

...

4) Когда процедуры закупок проводились электронным способом в соответствии с [вставить положения, касающиеся электронных сообщений, реверсивных аукционов и других полностью автоматизированных процедур, если таковые применяются], считается, что поставщикам (подрядчикам) разрешено присутствовать на вскрытии тендерных заявок в том случае, если они были допущены следить за вскрытием тендерных заявок с помощью электронных средств связи, используемых закупающей организацией.

5) Когда поставщики (подрядчики) допускаются следить за вскрытием тендерных заявок с помощью электронных средств связи, используемых закупающей организацией в соответствии со статьей 33(4), считается, что

им разрешено присутствовать на вскрытии тендерных заявок в соответствии с требованиями статьи 33(2).

3. Предлагаемые добавления к Руководству по принятию, касающиеся вскрытия тендерных заявок, представленных электронным способом

32. В свете вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает включить рекомендации относительно вскрытия тендерных заявок электронным способом и изложить принятые решения по вопросам, обсуждаемым в пунктах 29 и 30 выше.

Примечания

- ¹ См. также документ A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункты 18–43, и документ A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Вопрос о форме сообщений относится к документам и сообщениям, подготавливаемым в рамках предквалификационных процедур (статья 7 Типового закона), форме сообщений (статья 9), правилам, касающимся документальных доказательств, представляемых поставщиками (подрядчиками) (статья 10), содержанию приглашения к участию в торгах и приглашения к предквалификационному отбору (статья 25), предоставлению тендерной документации (статья 26), разъяснениям и изменениям тендерной документации (статья 28), представлению тендерных заявок (статья 30), уведомлению о привлечении предложений (статья 37) и разъяснению и изменению запросов предложений (статья 40).
- ² The United States Federal Acquisition Regulations, sect. 4.502, см. на сайте <http://www.arnet.gov/far/loadmainre.html>.
- ³ См. также A/CN.9/WG.I/WP.34, пункты 17–22, и A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, статья 2, "Определения".
- ⁴ См. пункт 13 статьи 1 директивы EU Directive 2004/18/EC.
- ⁵ Имеются, например, следующие определения:
 - a. "Электронный" означает имеющий отношение к технологии, которая обладает электронными, цифровыми, магнитными, беспроводными, оптическими, электромагнитными или схожими свойствами (United States Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000; Sect. 106 (2));
 - b. "Электронный" означает, в частности, созданный, записанный, переданный или сохраненный в цифровой форме или в другой неосязаемой форме с помощью электронных, магнитных или оптических средств либо любых других средств, которые обладают такими же, как эти средства, возможностями для создания, записывания, передачи или хранения, и термин "электронным способом" имеет соответствующее значение (Канада: draft "Uniform Electronic Commerce Act" Part 1, 1 (a));
 - c. "Электронная почта" означает любое текстовое, голосовое или звуковое сообщение или сообщение в виде изображения, отправленное через публичную сеть связи, которое может быть сохранено в сети или в терминальном оборудовании получателя до тех пор, пока оно не будет забрано получателем (EU Directive 2002/58/EC);
 - d. "Электронное сообщение" означает: а) сообщение информации в форме данных, текста или изображения, передаваемое с помощью канализируемого и/или неканализируемого электромагнитного излучения; или b) сообщение информации в форме речи, передаваемое с помощью канализируемого и/или неканализируемого электромагнитного излучения, причем речевое сообщение обрабатывается в месте назначения системой автоматического распознавания речи" (Австралия, The Electronic Transactions Act 1999, Sect.5, (1));

- e. "Электронное сообщение" означает сообщение, переданное (от одного лица другому лицу, с одного устройства на другое устройство, каким-либо лицом на какое-либо устройство или в обратном направлении) а) с помощью телекоммуникационной системы (как она определена в Законе о средствах связи 1984 года); b) с помощью других средств в электронной форме (UK Electronic Communications Act 2000, Sect.15);
- f. "Электронный" означает, в частности, электронную, цифровую, магнитную, оптическую, электромагнитную, биометрическую, фотонную и любую другую соответствующую технологию; "электронное сообщение" означает информацию, переданную или предназначенную для передачи какому-либо лицу или учреждению, отличному от ее отправителя, которая готовится, направляется, обрабатывается, отправляется, получается, записывается, хранится или представляется с помощью электронных средств или в электронной форме, но не включает информацию, переданную в речевой форме, если такая речь не обрабатывается в месте назначения системой автоматического распознавания речи (Republic of Ireland Electronic Commerce Act 2000, Sect. 2);
- g. "Электронная запись" означает запись, подготовленную, переданную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или других средств в информационной системе или предназначенную для передачи из одной информационной системы в другую (Сингапур, Electronic Transactions Act (Chapter 88), Art. 2). Секретариат установил, что в других странах, особенно в континентальной части Европы и Латинской Америке, термин "электронный", как правило, не определяется.

⁶ См. также документы A/CN.9/WG.I/WP.34, пункты 44–58, и A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Вопрос о юридическом признании электронных сообщений возникает в связи с принятием тендерной заявки и вступлением в силу договора о закупках (статья 36), а также влечет за собой вопросы, касающиеся договоров о закупках и электронных подписей.

⁷ Как следует из самого названия Закона, этот вопрос рассматривается в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год). Текст Типового закона см. в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/56/17)*, приложение II. Типовой закон и сопровождающее его Руководство по принятию были опубликованы в качестве издания Организации Объединенных Наций (в продаже под № R.02.V.8), и с ними можно ознакомиться в электронной форме на веб-сайте ЮНСИТРАЛ (<http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf>).

⁸ См. также A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункт 33, и A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

⁹ Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, примечания к статье 30, пункт 3. Текст Руководства по принятию см. в документе A/CN.9/403, который воспроизводится в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XXV: 1994 (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.20), часть третья, приложение II.

¹⁰ Эти нормы основываются на положениях Директивы 2004/17/ЕС Европейского парламента и Совета от 31 марта 2004 года, касающейся координации процедур закупок организаций, действующих в сфере водоснабжения, энергоснабжения, транспорта и почтовых услуг (Official Journal of the European Union, No. L 134, 30 April 2004, p. 1).