



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

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–3	3
II. Рекомендации Рабочей группы в отношении редакционных изменений в тексте Типового закона и Руководстве по принятию с целью обеспечить использование электронных сообщений и технологий в процессе закупок ...	4–62	3
A. Сфера охвата и рамки изменений в Типовом законе и Руководстве по принятию	4–13	3
1. Общий замечания	4–11	3
2. Руководство осуществлением и осуществление договора о закупках	12–13	5
B. Общие законодательные принципы и принципиальные подходы к урегулированию вопросов электронных сообщений и технологий в процессе закупок – связь с законодательством об электронной торговле и другими законодательными нормами	14–23	6
1. Общие замечания	14–19	6
2. Возможный текст Руководства по принятию Типового закона в отношении использования электронных сообщений в процессе закупок	20–23	8



a)	Общие замечания	20–23	8
b)	Предлагаемый текст		9
i)	Введение к положениям об использовании электронных сообщений в процессе закупок		9
ii)	Связь между законодательством, касающимся электронных закупок, и законодательством об электронной торговле ..		10
iii)	Подход к обеспечению возможности использовать электронные сообщения в пересмотренном Типовом законе		13
III.	Предлагаемый проект текста пересмотренного Типового закона о закупках, призванный отразить использование электронных сообщений в процессе закупок	24–64	14
A.	Функциональная эквивалентность всех методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими	24–29	14
1.	Общие замечания	24	14
2.	Предлагаемый новый текст Типового закона: новая статья 4 бис, призванная отразить функциональную эквивалентность	25	14
a)	Вариант А		15
b)	Вариант В		15
3.	Комментарий	26–29	16
B.	Стандарты доступности	30–32	18
1.	Предлагаемый новый текст в Типовом законе: новая статья 5 бис, касающаяся стандартов доступности	30	18
2.	Комментарий	31	18
3.	Предлагаемый новый текст в Руководстве по принятию в отношении статьи 4 бис или 5 бис Типового закона для охвата стандартов доступности	32	19

I. Введение

1. Предыстория текущей работы Рабочей группы I (Закупки) по пересмотру Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг ("Типовой закон о закупках" или "Типовой закон")¹ изложена в пунктах 5–33 документа A/CN.9/WG.I/WP.37, представленного Рабочей группе для рассмотрения на текущей сессии. Основная задача Рабочей группы заключается в обновлении и, при необходимости, пересмотре Типового закона в целях учета последних событий в сфере публичных закупок, включая использование электронных сообщений и технологий в сфере закупок.

2. На своей седьмой сессии (Нью-Йорк, 4–8 апреля 2005 года) Рабочая группа рассмотрела следующие темы: электронная публикация и сообщение информации, касающейся закупок, другие аспекты, возникающие из использования электронных средств связи в процессе закупок (в частности, меры контроля за их использованием), электронные реверсивные аукционы и тендерные заявки с аномально заниженной ценой (см. далее документ A/CN.9/575). Рабочая группа просила Секретариат подготовить проекты материалов для рассмотрения этих тем на ее восьмой сессии, а также представить сравнительное исследование вопроса об использовании рамочных соглашений (A/CN.9/568, пункт 78, и A/CN.9/575, пункт 9).

3. В настоящем рабочем документе на рассмотрение Рабочей группы представляются проекты материалов в отношении положений, регулирующих использование электронных средств связи в процессе закупок, включая меры контроля за таким использованием. В дальнейших рабочих документах будут представлены проекты материалов по таким, соответственно, темам, как электронная публикация информации, касающейся закупок, электронные реверсивные аукционы и тендерные заявки с аномально заниженной ценой (A/CN.9/WG.I/WP.39 и A/CN.9/WG.I/WP.40). Также во исполнение просьбы, сформулированной Рабочей группой на ее седьмой сессии, еще в двух рабочих документах Секретариат рассмотрит вопрос о рамочных соглашениях (A/CN.9/WG.I/WP.41 и A/CN.9/WG.I/WP.42, соответственно).

II. Рекомендации Рабочей группы в отношении редакционных изменений в тексте Типового закона и Руководстве по принятию с целью обеспечить использование электронных сообщений и технологий в процессе закупок

A. Сфера охвата и рамки изменений в Типовом законе и Руководстве по принятию

1. Общие замечания

4. Рабочая группа подтвердила, что в тексте пересмотренного Типового закона должны содержаться принципы, регулирующие публичные закупки, а соответствующие рекомендации в отношении их применения следует изложить в Руководстве по принятию (A/CN.9/568, пункт 24, и A/CN.9/575, пункт 11).

5. Такой подход вытекает из подхода, избранного, когда Типовой закон и Руководство по принятию были выпущены в 1994 году. В пункте 12 Руководства под заголовком ""Рамочный" закон, дополняемый подзаконными актами о закупках", указано следующее:

"Типовой закон призван обеспечить все основные процедуры и принципы, необходимые для использования процедур закупок в самых разнообразных обстоятельствах, в которых могут оказаться закупающие организации. Вместе с тем Закон является "рамочным", поскольку в нем не содержатся все правила и положения, которые могут потребоваться для осуществления этих процедур в государстве, принимающем Типовой закон. Соответственно, в Типовом законе предусматривается принятие государствами, принимающими Закон, "подзаконных актов о закупках", с тем чтобы дополнить всеми деталями процедуры, вводимые Типовым законом, и учесть конкретные обстоятельства и их возможные изменения в государстве, принимающем Закон, без ущерба для целей Типового закона".

6. При рассмотрении сферы охвата изменений, которые надлежит внести в текст Типового закона, Рабочая группа преследовала двудединую цель обновления и упрощения текста, а также его уточнения, указав на те последствия, которые такие пересмотренные положения создадут для стран, основывающих свое законодательство в области закупок на Типовом законе (A/CN.9/575, пункт 10). Соответственно, Рабочая группа выразила пожелание не пересматривать текст нынешнего Типового закона за рамки, разумно необходимые для достижения ее целей.

7. В пункте 7 Руководства по принятию под заголовком "Цель настоящего Руководства" указано следующее:

"Представленная в Руководстве информация призвана пояснить, почему положения Типового закона были включены в качестве жизненно важных минимальных норм современного законодательства в области закупок, предназначенных для достижения целей, установленных в преамбуле Типового закона. Такая информация может быть также полезной для государств при осуществлении выбора вариантов, предусмотренных Типовым законом, и при рассмотрении вопроса о том, какие положения Типового закона – если это вообще необходимо – возможно, потребуются изменить для того, чтобы учесть конкретные национальные условия... поскольку Типовой закон представляет собой "рамочный" закон, содержащий лишь минимальный набор основных положений и предусматривающий принятие подзаконных актов о закупках, в Руководстве определяются и рассматриваются возможные области, регулирование в которых может осуществляться не с помощью закона, а с помощью регламентирующих актов".

8. В отношении характера и степени подробности в подлежащих подготовке рекомендациях, а также в контексте рассмотрения вопроса об электронных закупках Рабочая группа отметила важное значение рекомендаций со стороны ЮНСИТРАЛ для обеспечения последовательности в положениях о регулировании закупок в различных правовых системах. Рабочая группа также выразила озабоченность тем, что в противном случае могут появиться

различающиеся между собой виды практики, расходящиеся с принципами Типового закона (A/CN.9/575, пункт 61).

9. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о расширении сферы охвата Руководства по принятию, с тем чтобы оно и далее не только выполняло свои функции, изложенные в пункте 7 выше, но и устранило озабоченность, изложенную в предыдущем пункте. Рабочая группа, возможно, сочтет, что в Руководстве могут быть с пользой представлены более подробно те положения, которые принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают изложить в повествовательной форме или даже в форме собственно проектов положений, например, предусматривающих использование или разрешающих использование электронных сообщений в сфере публичных закупок (A/CN.9/575, пункт 38). В подобном Руководстве, возможно, потребуется также использовать более директивные формулировки, чем в нынешнем тексте (см. далее пункт 23 ниже). Таким образом, в Руководстве будут довольно подробно рассмотрены практические процедуры, и в нем, возможно, потребуется предусмотреть возможность внесения изменений в процедуры по мере возникновения новых технологий и режимов работы.

10. Рабочая группа, возможно, сочтет, что для оказания помощи должностным лицам в сфере закупок в принимающих Типовой закон государствах включенные в Руководство по принятию практические процедуры должны регулировать вопросы, возникающие у закупочных органов в качестве договаривающихся сторон в процессе закупок. В этой связи Международная торговая палата (МТП) выпустила Руководство по заключению договоров электронными средствами и Электронные условия МТП 2004 года², целью которых является повышение правовой определенности контрактов, заключаемых электронным способом. Поэтому, хотя строго говоря эти вопросы выходят за рамки Типового закона, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность использования ссылок на другие публикации, в которых подобные вопросы обсуждаются, например Руководство МТП.

11. С учетом возможности включения в текст Руководства существенных добавлений Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки нового Руководства по принятию (под возможным названием "Руководство по принятию и использованию") или же дополнения существующего текста соответствующими добавлениями. Для оказания Рабочей группе помощи в рассмотрении надлежащей формы пересмотренного Руководства по принятию Секретариат приводит ниже проекты предложений в отношении текста, который может быть включен в Руководство по теме использования электронных сообщений в процессе закупок (см. пункт 20 ниже). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть этот текст в качестве примера возможного способа представленного пересмотренного Руководства.

2. Руководство осуществлением и осуществление договора о закупках

12. В Типовом законе рассмотрены процедуры, которые должны применяться в процессе заключения договора о закупках. В пункте 10 текста существующего Руководства по принятию отмечается следующее:

"10. В Типовом законе устанавливаются процедуры, которые должны применяться закупающими организациями при выборе поставщика (подрядчика), с которым будет заключен договор о закупках. В Типовом законе не затрагиваются вопросы, касающиеся исполнения или осуществления договора. Соответственно, в Типовом законе нет положений, касающихся вопросов, возникающих на стадии осуществления договора, например таких вопросов, как руководство осуществлением договора, урегулирование споров в связи с его исполнением или прекращение договора. Принимающему Типовой закон государству необходимо будет обеспечить наличие адекватных законов и структур для регулирования процесса закупок на стадии осуществления".

13. С учетом общих замечаний, сделанных выше в отношении сферы применения Типового закона и Руководства по принятию, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности урегулирования в этих текстах стадии управления договором или его осуществления (см. далее пункт 78 документа A/CN.9/WG.I/WP.36), в том числе с целью устранить озабоченность, выраженную в пункте 8 выше. В настоящей записке не предлагаются какие-либо изменения в текстах Типового закона и Руководства по принятию, которые могут оказаться необходимыми, если данный аспект закупок подлежит регулированию, что, возможно, потребуется.

В. Общие законодательные принципы и принципиальные подходы к урегулированию вопросов электронных сообщений и технологий в процессе закупок – связь с законодательством об электронной торговле и другими законодательными нормами

1. Общие замечания

14. На своей седьмой сессии Рабочая группа решила основывать свои будущие обсуждения на форме сообщений в процессе закупок с целью выработки общего принципа функциональной эквивалентности при использовании сообщений в процессе закупок (A/CN.9/WG.I/WP.34, пункт 13, A/CN.9/575, пункт 11)³. Именно на этих принципах основан Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год)⁴ (Типовой закон об электронной торговле).

15. В пункте 16 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле функции документа изложены следующим образом: "[обеспечение того, что документ] будет понятен для всех; ... не будет со временем изменен; [должен предусматривать] создание возможностей для воспроизведения документа с тем, чтобы каждая сторона имела экземпляр, содержащий одни и те же данные; создание возможностей для удостоверения подлинности данных посредством подписи; ... документ [должен] иметь форму, приемлемую для государственных органов и судов".

16. Функционально-эквивалентный подход исходит из признания того, что юридические требования в отношении бумажной документации, которые

соответствуют вышеупомянутым функциям документа, представляют собой основное препятствие использованию электронных сообщений, поскольку таковые могут и не обладать такой же степенью договорной определенности и не обеспечивать такое же признание юридической силы, как и их бумажные эквиваленты. В число примеров входят требования, касающиеся "письменной формы документов", "подлинника" или "документального доказательства". Цель функционально-эквивалентного подхода заключается в обеспечении того, чтобы все документы обеспечивали одинаковую степень договорной определенности и признание юридической силы.

17. Рабочая группа также выразила пожелание о том, чтобы положения Типового закона о закупках были нейтральными в технологическом отношении по тем же причинам, которые изложены в пункте 24 Руководства по принятию, сопровождающего Типовой закон об электронной торговле:

"Использованный в Типовом законе [об электронной торговле] подход состоит в том, чтобы в принципе предусмотреть охват всех фактических ситуаций, при которых информация подготавливается, хранится или передается, независимо от носителя, на который может быть нанесена эта информация. В ходе подготовки Типового закона [об электронной торговле] было сочтено, что исключение какой-либо формы или какого-либо носителя посредством ограничения сферы действия Типового закона [об электронной торговле] может привести к возникновению практических трудностей и будет противоречить цели установления действительно "нейтральных по отношению к носителю" норм [эта цель изложена в пункте 6 Руководства]".

18. Вместе с тем Рабочая группа отметила также, что в ряде принимающих Типовой закон государств уже предусмотрено урегулирование вопросов, возникающих из использования электронных сообщений и технологий в процессе закупок в совокупности государственно-правовых норм. Кроме того, могут устанавливаться конкретные нормы, касающиеся использования электронных сообщений в сфере государственных мероприятий, в том числе в процессе закупок (A/CN.9/WG.I/WP.34, пункт 12). Соответственно, Рабочая группа сочла, что подобные вопросы, как и вопросы общеправового характера в области электронной торговли, но не в области регулирующих закупки правовых норм, не должны рассматриваться в тексте самого Типового закона. Скорее, вопросы, возникающие в общем контексте электронной торговли, должны регулироваться сводом правовых норм принимающего Типовой закон государства, и Рабочая группа не будет рекомендовать каких-либо положений, касающихся электронных сообщений, в Типовом законе, если только контекст закупок настоятельно не требует таких положений (A/CN.9/575, пункт 50).

19. Тем не менее в рекомендациях Рабочей группы в отношении содержания Руководства по принятию отмечается, что в его тексте должны содержаться указания для принимающих Типовой закон государств, касающиеся требований соответствующего законодательства, в частности обсуждение вопроса о наличии норм, которые принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают обеспечить для осуществления эффективного заключения договоров о закупках с использованием электронных сообщений и технологий. В некоторых случаях такие общие нормы могут дополняться положениями, регулирующими, в частности, вопросы, изложенные в главах II и III Типового закона об

электронной торговле под названиями: "Применение юридических требований в отношении сообщений данных" (глава II) и "Передача сообщений данных" (глава III) (термин "сообщение данных" эквивалентен электронному сообщению)⁵. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в какой мере подлежащие подготовке рекомендации должны охватывать эти вопросы и содержать ссылки на другие документы, такие как Типовой закон об электронной торговле, в которых содержатся ответы на соответствующие вопросы.

2. Возможный текст Руководства по принятию Типового закона в отношении использования электронных сообщений в процессе закупок

а) Общие замечания

20. Рабочая группа, возможно, сочтет полезным рассмотреть существо предполагаемых изменений в тексте Типового закона в новом разделе введения к Руководству по принятию, хотя надлежащее место для включения этого текста будет в определенной степени зависеть от решений, избранных Рабочей группой в отношении принципов, регулирующих использование электронных сообщений, для включения в пересмотренный Типовой закон. Кроме того, поскольку именно на этих принципах основываются изменения в тексте Типового закона, предлагаемый текст, который может быть положен в основу рекомендаций по этому вопросу, которые следует изложить в Руководстве по принятию, содержится в приводимых ниже пунктах вместе с предлагаемыми изменениями в тексте собственно Типового закона и последующими постатейными комментариями.

21. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить следующие моменты при подготовке предлагаемого текста. Во-первых, в тех случаях, когда делается ссылка на Типовой закон, и во избежание любых недоразумений в ходе обсуждений в Рабочей группе Типовой закон именуется "Типовым законом 1994 года". Во-вторых, в текст включен полный текст выдержек из Типового закона об электронной торговле, однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности ссылок на его положения при подготовке Руководства и о порядке использования таких ссылок. В-третьих, для обеспечения внутренней последовательности в Руководстве при его доработке могут потребоваться стилистические и иные незначительные изменения (включая новую терминологию в целях проведения различий между Типовым законом 1994 года и пересмотренным Типовым законом). В-четвертых, будут исключены ссылки на рабочие документы и доклады Рабочей группы, однако для облегчения обсуждений Рабочей группы в приводимых ниже предложениях такие ссылки включены. По тем же соображениям в проекте приведены подзаголовки сносок, которые также можно исключить из окончательного текста. И, наконец, в зависимости от того, примет ли Рабочая группа решение о пересмотре Руководства путем использования добавлений или подготовки нового Руководства, потребуется изменить нумерацию пунктов.

22. Цель предлагаемого текста – урегулировать лишь основные вопросы, возникающие при использовании электронных сообщений в процессе закупок. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о надлежащем уровне такого обсуждения (см., например, проект пункта 10 по вопросу об электронных подписях).

23. Если Руководство по принятию должно служить руководством как для принятия, так и использования Типового закона, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должны ли некоторые из ее рекомендаций иметь достаточно директивный характер. Соответственно, Рабочей группе будет предложено рассмотреть альтернативный текст, касающийся вопроса о достаточности общего законодательства об электронной торговле в принимающих Типовой закон государствах, например, в следующей формулировке: "Принимающие Типовой закон государства [также] [, возможно,] пожелают рассмотреть вопрос о [том, является ли законодательство адекватным]" в предлагаемом ниже тексте Руководства по принятию.

b) Предлагаемый текст

i) Введение к положениям об использовании электронных сообщений в процессе закупок

1) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (вариант 1994 года) был принят в то время, когда использование информационной технологии и электронных сообщений планировалось, но еще не получило широкого распространения. Некоторые из его положений могут допускать использование электронных сообщений и технологий в процессе закупок, однако в Типовом законе не рассматривались в первоочередном порядке правовые аспекты, связанные с использованием таких технологий, а ряд его положений отражают предысторию сообщений, регистрации данных и доказательственных систем, которые в значительной мере основывались на информации, фиксируемой в бумажном документе. Примеры включают в себя ссылки на "документальные доказательства" и схожие понятия, изложенные в статьях 6(2), 7(3)(a)(iii), 10, 27(c), 36, 38(f) Типового закона 1994 года, нормах, касающиеся подготовки, изменения, отзыва, представления и вскрытия тендерных заявок, а также заключения договора о закупках.

2) После принятия Типового закона в 1994 году масштабы использования электронных сообщений и технологий в процессе публичных закупок росли быстрыми темпами, включая ускоренный рост использования методов закупок на основе Интернета, которые в настоящем Руководстве именуются в целом "электронными закупками". Отмечено, что электронные закупки предлагают много потенциальных выгод, в том числе с таких точек зрения, как более эффективное расходование средств благодаря энергичному росту конкуренции в контексте более широкого рынка закупок, улучшения информации для поставщиков и подрядчиков и более конкурентоспособные методы, экономия времени и денег, совершенствование управления заключаемыми договорами, а также, в ряде случаев, более четкое обеспечение соблюдения норм и принципов при сужении возможностей для коррупции и злоупотреблений. Кроме того, электронные закупки открывают благоприятные возможности для укрепления доверия со стороны общественности и прозрачности процесса закупок. Поэтому ЮНСИТРАЛ считает необходимым включить в Типовой закон положения, позволяющие использовать электронные закупки.

3) Вместе с тем выражается озабоченность по поводу возможной необходимости установления мер контроля над использованием

электронных закупок в целях урегулирования таких вопросов, как относительная новизна электронных сообщений, возможная дискриминация в тех случаях, когда может отсутствовать доступ к необходимой инфраструктуре, проблемы защиты, конфиденциальности и аутентичности электронных сообщений, а также последствия современных методов закупок для других целей социально-экономической политики. Предложения о пересмотре первоначального Типового закона призваны устранить подобную озабоченность, и в настоящем Руководстве изложены цели, для достижения которых предлагаются пересмотренные варианты.

4) Хотя некоторые из вопросов, возникающих из электронных закупок, могут быть урегулированы в рамках существующих положений Типового закона (или путем толкования существующих законов и норм, в том числе тех, которые изложены в Руководстве по принятию), ЮНСИТРАЛ пересмотрела текста Типового закона, с тем чтобы, где это необходимо и возможно, сформулировать соответствующее положение или уточнение, облегчающее использование электронных закупок как средства, способствующего достижению целей собственно Типового закона.

ii) Связь между законодательством, касающимся электронных закупок, и законодательством об электронной торговле

5) Электронные закупки естественным образом зависят от существующего уровня использования и регулирования электронной торговли в целом. Поэтому в настоящем Руководстве будет указано на связь между законодательством, регулирующим электронную торговлю, и, в соответствующих случаях, законодательством, регулирующим закупки. В законодательстве о закупках нецелесообразно регулировать электронную торговлю в целом в принимающем Типовой закон государстве, и по этой причине в Типовом законе не будут рассматриваться вопросы, которые надлежит рассматривать в контексте общего законодательства об электронной торговле. Вместе с тем регулирующее положение предусмотрено для случаев, когда контекст закупок требует принятия дополнительных мер (например, представление тендерных заявок). С учетом вышеизложенного принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают обеспечить, чтобы в их существующем законодательстве, регулирующем использование электронной торговли, эффективно предусматривалось адекватное признание электронных сообщений и чтобы охватывались вопросы, изложенные в следующих пунктах. Для удобства принимающих Типовой закон государств представлены также пути решения вопросов, включенных ЮНСИТРАЛ в ее основной текст об электронной торговле (Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 год)^a.

^a Текст Типового закона см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), приложение I* (также опубликован в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XXVII: 1996 год (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.98.V.7), часть третья, приложение I). Типовой закон и сопровождающее его Руководство по принятию опубликованы в качестве издания Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4, и доступны в электронной форме на веб-сайте ЮНСИТРАЛ <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>.)

6) Одним из основных факторов, сдерживающих использование электронных сообщений, является правовое препятствие: т.е. неопределенность в отношении признания юридической силы, действительности или исковой силы электронных сообщений, созданных в рамках договорного процесса. Такие препятствия могут возникать в контексте требований в отношении "письменной формы" или "подлинника" сообщений и документов, формальностей, касающихся заключения договоров, и приемлемости доказательств в суде (A/CN.9/568, пункт 30, и A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, пункт 44). Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле призван обеспечить возможность заключения торговых сделок электронным способом путем устранения этих правовых препятствий и обеспечения таким образом определенности в использовании электронных сообщений.

7) Подход, использованный в рамках Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, заключается в изложении общего принципа функциональной эквивалентности сообщений таким образом, чтобы электронные сообщения пользовались такой же степенью признания, как и традиционные бумажные документы. Функции документов, включая сообщения, были подробно изложены в пункте 16 Руководства по принятию, сопровождающего этот Типовой закон, где отмечается, что документы должны, в частности, выполнять следующие функции: "обеспечение того, что документ будет понятен для всех; обеспечение того, что документ не будет со временем изменен; создание возможностей для воспроизведения документа с тем, чтобы каждая сторона имела экземпляр, содержащий одни и те же данные; создание возможностей для удостоверения подлинности данных посредством подписи; а также обеспечение того, что документ будет иметь форму, приемлемую для государственных органов и судов".

8) В материально-правовой части статей 5, 6 и 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле предусмотрена функциональная эквивалентность сообщений в бумажной форме и электронных сообщений, отражающая "признание юридической силы сообщений данных [электронных сообщений]", и понятия "письменной формы" и "подлинника". Общая мысль этих положений, которые следует читать в совокупности, заключается в том, что электронные сообщения признаются имеющими юридическую силу и действительность в той же мере, что и бумажные сообщения, т.е. что эти два вида сообщений являются функционально эквивалентными.

9) В Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле эти вопросы регулируются следующим образом:

а) Статья 5: "Информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных". В комментарии к этой статье, содержащемся в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, отмечается, что использованная в статье 5 формулировка "указывает только на то, что форма, в которой представляется или сохраняется определенная информация, не может служить единственной причиной для лишения такой информации

юридической силы, действительности или исковой силы. Тем не менее статья 5 не должна ошибочно толковаться как устанавливающая юридическую действительность любого конкретного сообщения данных или любой содержащейся в нем информации";

b) Статья 6: "Когда законодательство требует, чтобы информация была представлена в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования". В комментарии отмечается, что "цель статьи 6 состоит в том, чтобы определить основной стандарт, которому должно удовлетворять сообщение данных, с тем чтобы оно могло считаться удовлетворяющим требованию... о том, чтобы информация сохранялась или представлялась в "письменной форме" (или чтобы информация содержалась в "документе" или другом инструменте в бумажной форме);" и

c) Статья 8: "Если законодательство требует, чтобы информация представлялась или сохранялась в ее подлинной форме, это требование считается выполненным с помощью сообщения данных, если: а) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде; и b) при необходимости предъявления информации, эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть предъявлена". В комментарии поясняется, что хотя слово "подлинник" относится обычно к товарораспорядительным и оборотным документам, в определенных правовых системах это положение может быть необходимым в рамках определенных дополнительных сделок.

10) [В нижеприведенном комментарии к статье 36 ("Акцепт тендерной заявки и вступление в силу договора о закупках") рассматриваются конкретные аспекты, возникающие в тех случаях, когда документы подписаны электронным способом, и аспекты, возникающие в процессе заключения договоров электронным способом.] [В отношении электронной подписи документов статья 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле гласит следующее: "если законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если а) использован какой-либо способ для идентификации этого лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и b) 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...".]

11) Принимающие Типовой закон государства, возможно, пожелают также принять подзаконные акты, охватывающие такие вопросы, как технические неполадки, заявления об отказе нести ответственность и практические проблемы, такие как временные зоны, направление подтверждений получения и т.д.

iii) Подход к обеспечению возможности использовать электронные сообщения в пересмотренном Типовом законе

12) Настоящий пересмотренный Типовой закон о закупках отражает использование электронных сообщений в процессе закупок с помощью функционально-эквивалентного подхода, использованного в рамках Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, однако, как отмечено выше, в нем не будет положения, касающегося вопросов, регулируемых общими правовыми нормами в отношении электронной торговли, за исключением случаев, когда контекст закупок требует наличия дополнительных положений. Соответственно, в Типовом законе о закупках не охвачены следующие темы: общее признание юридической силы электронных сообщений, что означает понятие "письменная форма", что означает "подлинник" документа, электронная или цифровая подписи, общая приемлемость и доказательственная сила электронных сообщений, заключение, действительность и действие договоров, установление подлинности электронных сообщений и подтверждение получения электронных сообщений помимо тендерных заявок.

13) В положениях, содержащихся в настоящем пересмотренном Типовом законе о закупках, предусмотрено, что любое требование в отношении письменной формы, регистрации или обеспечения соответствия самому Типовому закону может быть удовлетворено с использованием электронных сообщений. (В контексте любого совещания использование электронных сообщений означает, что участники этого совещания могут следить за ходом работы и участвовать в нем с использованием электронных средств связи.) В Типовом законе не предусмотрено, что такие сообщения как таковые имеют юридическую силу, поскольку это должно быть предусмотрено в общем законодательстве принимающего Типовой закон государства об электронной торговле. В то же время контекст закупок требует наличия конкретного положения в таких областях, как представление тендерных заявок в соответствии с положениями статей 27(h), (q), (r) и (z); 30, 31(2) и 33 нынешнего Типового закона. В таких случаях обоснования потребностей и целей таких положений изложены в соответствующем разделе настоящего Руководства (A/CN.9/WG.I/WP.34, пункт 13, A/CN.9/575, пункт 11).

14) Положения пересмотренного Типового закона, где это возможно, поощряют также (но не требуют) использование электронных сообщений и технологий в сфере публичных закупок (A/CN.9/575, пункт 10, A/CN.9/568, пункт 33), исключая случай [перекрестная ссылка на электронные закупки, в частности ЭРА и динамичные системы закупок].

15) Как отмечается выше, в процессе использования электронных сообщений возникают такие проблемы, как аутентичность, конфиденциальность и целостность сообщений, документов и данных. Принимающие Типовой закон государства [пожелают также] [, возможно,] пожелают рассмотреть вопрос о том, в какой мере в их внутреннем законодательстве об электронной торговле предусмотрены надлежащие меры контроля за сообщениями, которые могут составляться в процессе закупок. Эта тема более подробно рассмотрена в разделах настоящего Руководства, касающихся формы сообщений (согласно статье 9 Типового

закона 1994 года) и представления тендерных заявок с использованием электронных средств (в соответствии со статьей 30 Типового закона 1994 года).

16) Принцип гибкости в отношении метода направления сообщений, основанный на функциональной эквивалентности, применяется не только к сообщениям в целом в процессе закупок, но в равной мере и к публикации данных о возможностях и информации, касающейся закупок, обмену информацией в отношении закупок, представлению и вскрытию тендерных заявок, проведению предтендерных собраний, составлению, хранению и распространению информации и документов (включая отчет о процедурах заявок, предусмотренный согласно статье 11 Типового закона о закупках) и заключению договоров. Соответственно, предлагаемая статья 4 бис [или предлагаемая статья 5 бис] составлена в общих выражениях, с тем чтобы охватить все аспекты подготовки, передачи и хранения информации в сообщениях и документах, а меры контроля и стандарты доступности, охарактеризованные выше, должны в равной мере применяться к этим широким понятиям.

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

A. Функциональная эквивалентность всех методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими

1. Общие замечания

24. Рабочая группа рассмотрела проекты новых положений с целью предусмотреть использование электронных сообщений с двух точек зрения. Во-первых, Рабочая группа постановила включить новое положение, в котором излагается принцип функциональной эквивалентности методов связи, как об этом говорится выше (включая понятия определенности в отношении использования и признания юридической силы электронных сообщений), и, во-вторых, она хотела бы обеспечить, чтобы общие положения Типового закона, касающиеся формы сообщений, были достаточными для того, чтобы этот принцип работал (что может потребовать внесения в нынешний текст дополнительных изменений).

2. Предлагаемый новый текст Типового закона: новая статья 4 бис, призванная отразить функциональную эквивалентность

25. Рабочая группа на своей седьмой сессии постановила продолжить свои обсуждения с учетом следующих двух альтернативных вариантов новой статьи 4 бис Типового закона, в которой изложен принцип функциональной эквивалентности:

a) Вариант А

Статья 4 бис. Функциональная эквивалентность всех методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими

Любое [положение] [требование] настоящего Закона относительно:

- a) письменной формы документа;
- b) подписания документа;
- c) помещения документа в запечатанный конверт;
- d) публикации или представления документа или предоставления доступа к нему;
- e) создания или ведения записей;
- f) проведения собраний каких-либо лиц; и
- g) вскрытия тендерных заявок

или любое другое требование, подразумевающее физическое присутствие или сферу обращения бумажных документов, может быть удовлетворено путем использования электронных, оптических или сопоставимых средств [, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими] [при условии, что принимающее Типовой закон государство или закупающая организация убедятся в том, что такое использование:

- a) [не представляет собой препятствия для процесса закупок] [осуществляется при использовании общедоступных средств связи];
- b) содействует экономии и эффективности в процессе закупок; и
- c) не приведет к дискриминации между потенциальными поставщиками (подрядчиками) или в их отношении или иному существенному ограничению конкуренции] [при условии, что принимающее Типовой закон государство или закупающая организация убедятся в том, что такое использование соответствует стандартам доступности, содержащимся в [статье 4 бис или 5 бис]^b.

b) Вариант В

Статья 4 бис. Функциональная эквивалентность всех методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими

- 1) Любое положение настоящего Закона, касающееся письменной формы, записей или собраний, должно толковаться как включающее электронные, оптические или сопоставимые средства [, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими] [при условии, что принимающее государство или закупающая организация убедятся в том, что такое использование:

^b В отношении предлагаемой статьи 5 бис см. пункт 30 ниже.

а) [не представляет собой препятствия для процесса закупок] [осуществляется при использовании общедоступных средств связи];

б) содействует экономии и эффективности в процессе закупок; и

с) не приведет к дискриминации между потенциальными поставщиками (подрядчиками) или в их отношении или иному существенному ограничению конкуренции] [при условии, что принимающее Типовой закон государство или закупающая организация убедятся в том, что такое использование соответствует стандартам доступности, содержащимся в [статье 4 бис или 5 бис].

[при включении перечня, содержащегося в варианте А в Руководство по принятию.] (A/CN.9/586, пункт 13).

3. Комментарий

26. Каждый из вариантов включает три понятия:

а) описание в той или иной форме методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими, а также проведения вышеупомянутых собраний;

б) утверждение о том, что при этом достаточно будет использовать электронные "средства", хотя слово "средства" не определяется и не уточняется;

с) включение одной из мер контроля за использованием электронных "средств", в частности, что они служат достижению целей Типового закона и не представляют собой препятствия для доступа к закупкам (понятия, изложенные в пунктах (а), (б) и (с) предлагаемой статьи 4 бис или 5 бис, "стандарты доступности", которые Рабочая группа постановила применять к любым избранным средствам связи (A/CN.9/575 (пункты 14, 25, 32, 33, 39, 45 и 50))⁶.

27. Различие между этими вариантами заключается в местоположении описательной фразы "все методы сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими". В варианте А представлен неисчерпывающий перечень методов, а в варианте В – описание общего характера с примерами, которые следует привести в Руководстве по принятию. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не будет ли такое расширенное понимание, которое может быть обеспечено путем проведения примеров в тексте, перевешивать риск возникновения недоразумений, если возникнут иные ситуации, в которых имеет место сообщение, опубликование или хранение информации или документов или обмена ими, и если изменятся условия осуществления коммерческих операций.

28. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о целесообразности использования в заголовке слова "средства" вместо слова "методы", с тем чтобы обеспечить соответствие с использованием слова "средства" в тексте. Во-вторых, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения после слов "физическое присутствие" слов "соответствующего лица". В-третьих, поскольку слово "средство" как таковое в тексте не определяется, в каждом из вариантов после

слова "средств" могут быть включены слова "сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими". В качестве альтернативного варианта после слова "средств" могут быть включены слова "достижения таких целей" (вариант А) или "таких понятий" (вариант В), уточнив таким образом, что слово "средства" относится к порядку описания непосредственно предшествующих ему позиций. Наконец, Рабочая группа, возможно, пожелает установить ответственность за удовлетворение стандартов доступности на закупающую организацию, а не на принимающее Типовой закон государство в альтернативном варианте. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий дополнительный вариант С предлагаемой статьи 4 бис, который основан на вышеприведенном варианте А, но в равной мере может быть представлен в форме варианта В, *mutatis mutandis*:

Вариант С

Статья 4 бис. Функциональная эквивалентность всех методов сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими

Любое [положение] [требование] настоящего Закона относительно:

- a) письменной формы документа;
- b) подписания документа;
- c) помещения документа в запечатанный конверт;
- d) публикации или представления документа или предоставления доступа к нему;
- e) создания или ведения записей;
- f) проведения собраний каких-либо лиц; и
- g) вскрытия тендерных заявок

или любое другое требование, подразумевающее физическое присутствие или сферу обращения бумажных документов, может быть удовлетворено путем использования электронных, оптических или сопоставимых средств [сообщения, опубликования или хранения информации или документов или обмена ими]. [Такие средства могут включать электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваются ими] [при условии, что закупающая организация убедится в том, что такое использование:

- a) [не представляет собой препятствия для процесса закупок] [осуществляется при использовании общедоступных средств связи];
- b) содействует экономии и эффективности в процессе закупок; и
- c) не приведет к дискриминации между потенциальными поставщиками (подрядчиками) или в их отношении или иному существенному ограничению конкуренции] [при условии, что закупающая

организация убедится в том, что такое использование соответствует стандартам доступности, содержащимся в [статье 4 бис или 5 бис]^c.

29. Предлагаемые рекомендации по этому вопросу, которые следует предусмотреть в Руководстве по принятию, рассмотрены в проекте общих рекомендаций, изложенном после пункта 23 выше.

В. Стандарты доступности

1. Предлагаемый новый текст в Типовом законе: новая статья 5 бис, касающаяся стандартов доступности

30. В отношении "стандартов доступности", охарактеризованных выше в предлагаемом проекте статьи 4 бис⁷, Рабочая группа на своей седьмой сессии постановила, что эти стандарты являются важной частью введения к положениям, позволяющим применять гибкий подход к избранной форме сообщений, и что вопрос о местоположении описания таких стандартов следует рассмотреть с учетом всех изменений, касающихся рассмотрения этого вопроса (A/CN.9/575, пункт 14). В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить эти стандарты в предлагаемую статью 4 бис, пересмотренные варианты статьи 9 (изложенные в следующем разделе) или же в новую статью 5 бис, возможная форма которой приведена ниже:

"Статья 5 бис. Стандарты доступности

1) Закупающая организация обеспечивает, чтобы использование ею любого метода связи для опубликования и хранения информации или документов или обмена ими или проведения собрания в ходе процесса закупок:

a) [не представляло собой препятствия для процесса закупок] [осуществлялось при использовании общедоступных средств связи];

b) содействовало экономии и эффективности в процессе закупок;

c) не привело к дискриминации между потенциальными поставщиками (подрядчиками) или в их отношении или иному существенному ограничению конкуренции".

2. Комментарий

31. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не может ли формулировка стандартов доступности в ее нынешней форме содержать определенную степень внутренней непоследовательности. Ссылка на "общедоступные" средства связи в подпункте (a) может рассматриваться как потенциальная коллизия с подпунктом (c) в том отношении, что какое-либо средство связи может быть общедоступным, но тем не менее дискриминационным в отношении некоторых поставщиков (подрядчиков).

^c В отношении предлагаемой статьи 5 бис см. пункт 30 ниже.

3. Предлагаемый новый текст в Руководстве по принятию в отношении статьи 4 бис или 5 бис Типового закона для охвата стандартов доступности

32. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должно ли Руководство по принятию охватывать концепцию стандартов доступности, например в нижеизложенной редакции:

Статья [4] [5] бис. Стандарты доступности

1) В новых положениях содержатся условия использования электронных средств связи, гарантирующие достижение целей Типового закона, с тем чтобы средства связи не препятствовали обеспечению доступа (A/CN.9/568, пункт 30). Критерии, изложенные в пунктах (а), (b) и (с) предлагаемой статьи 4 бис [или 5 бис], именуются "стандартами доступности", которые должны применяться к любым используемым средствам связи (A/CN.9/575 (пункты 14, 25, 32, 33, 39, 45 и 50)). Их цель заключается в обеспечении того, чтобы закупающая организация не допускала дискриминации между поставщиками (подрядчиками) на основании формы передачи сообщений, как это сейчас предусмотрено в статье 9(3) Типового закона 1994 года.

2) Электронные средства связи, как правило, используют такую сеть, способную обрабатывать и передавать сигналы в цифровой форме, которая должна быть открытой и общедоступной для любого лица, например Интернет, являющийся (в момент составления настоящего документа широко (или даже универсально) доступным). В то же время в условиях быстрых темпов технического прогресса могут возникать новые технологии, временно, возможно, недостаточно доступные (будь по техническим, стоимостным или иным причинам). Следовательно, "стандарты доступности" требуют, чтобы закупающие организации в момент начала процесса закупок были убеждены в том, что используемые средства связи не носят дискриминационного характера и являются общедоступными на тот момент, но [обеспечивают при этом достижение целей Типового закона, изложенных в его преамбуле/не служат препятствием для процесса закупок].

Примечания

¹ Текст Типового закона см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17* и исправление (A/49/17 и Согг.1), приложение I (опубликован также в Ежегоднике Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том XXV: 1994 год (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.95.V.20), часть третья, приложение I. Текст Типового закона в электронной форме размещен на веб-сайте ЮНСИТРАЛ (<http://www.uncitral.org/english/texts/procure/ml-procure.htm>).

² Имеется по адресу <http://www.iccwbo.org/law/econtracting/>.

³ Функционально-эквивалентный подход полностью соответствует положениям нынешнего текста Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках в отношении использования сообщений в процессе закупок. В статье 9(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках предусмотрено, что с учетом любых требований в отношении формы, предъявленных закупающей организацией при первом приглашении поставщиков (подрядчиков) к участию в процедурах закупок,

сообщения должны представляться в такой форме, которая "обеспечивает запись содержания сообщения", но не дается никакого определения методов или средств связи.

- ⁴ Текст Типового закона см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17)*, приложение I (также опубликован в Ежегоднике ЮНСИТРАЛ, том XXVII: 1996 год (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.98.V.7), часть третья, приложение I. Типовой закон и сопровождающее его Руководство по принятию опубликованы в качестве издания Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4, а их текст в электронной форме содержится на веб-сайте ЮНСИТРАЛ по адресу <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>).
- ⁵ В главе II рассмотрены следующие вопросы: "Признание юридической силы сообщений данных", "Включение путем ссылки", "Письменная форма", "Подпись", "Подлинник", "Допустимость и доказательственная сила сообщения данных", "Сохранение сообщений данных", а в главе III – следующие вопросы: "Заключение и действительность контрактов", "Признание сторонами сообщения данных", "Атрибуция сообщений данных", "Подтверждение получения" и "Время и место отправления и получения сообщений данных". Как известно Рабочей группе, Рабочая группа ЮНСИТРАЛ по электронной торговле рекомендовала Комиссии проекты положений Конвенции об электронном заключении договоров. Комиссия одобрила этот текст на своей тридцать восьмой сессии, проходившей в Вене 4–15 июля 2005 года. Проекты положений по существу не отличаются от положений Типового закона об электронной торговле, и, как ожидается, в случае одобрения Комиссией, процесс ратификации Конвенции и ее вступления в силу будет довольно продолжительным. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает тем временем основывать свои обсуждения на положениях Типового закона об электронной торговле, обновив их, при необходимости, до завершения своей работы.
- ⁶ Предлагаемые средства связи не должны создавать чрезмерного препятствия для участия в процедурах закупок (принцип, допускающий предъявление требования в отношении бумажных или электронных сообщений при соответствующих обстоятельствах).
- ⁷ Дальнейшее обсуждение вопроса о том, какие стандарты в равной мере применяются к публикации и хранению информации, см. документ A/CN.9/WG.I/WP.39.