



大会

Distr.: General
14 May 2012
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十五届会议
2012年6月25日至7月6日，纽约

《贸易法委员会公共采购示范法》所附的《颁布指南》修订本

秘书处的说明*

本说明提出对《贸易法委员会公共采购示范法》颁布指南草案中的一章的建议，该章将解释对1994年《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》作出的修改，涉及1994年《示范法》第五章第49条至第51条和第六章（最后一章）的条文。

* 本文件未能在会前十周提交，是因为需要完成协商。



《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》

第三部分. 对 1994 年《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》作出的修改

(续)

1994 年版本第五章. 招标方法以外的采购程序 (2011 年版本第四章至第七章)

B. 逐条评注

(续)

竞争性谈判 (1994 年版本第 49 条) (竞争性谈判 (2011 年版本第 51 条)) ;
另见 2011 年版本第 24 条和第 34 条)

1. 该条第(1)款的规定反映于 2011 年《示范法》第 34 条第(3)款 (竞争性谈判中的招标办法) [**链接**], 2011 年版本第 51 条第(1)款比照提及该款。2011 年版本新添了预告要求 (如上文……所述), 但因紧迫需要而可以使用竞争性谈判的情形除外 (见 2011 年版本第 34 条第(5)款和第(6)款[**链接**])。
2. 通过提及在谈判之前和谈判期间产生的通信, 延长了该条第(2)款的时间范围。另一处修改是, 要求将相关信息同时发送给所有参与者, 除非此类信息是特别针对或专门用于某一供应商或承包商的, 或者此种发送将违反 2011 年《示范法》第 24 条的保密规定。
3. 第(3)款的规定反映于 2011 年版本第 24 条第(3)款 (保密)。
4. 2011 年版本第 51 条中关于竞争性谈判的规定也明确禁止采购实体就供应商或承包商提出的最佳和最终报盘与其进行谈判。还对中选报盘作了定义 (中选报盘定义为最符合采购实体需要的报盘)。

邀请报价 (1994 年版本第 50 条; 2011 年版本第 34 条和第 46 条)

5. 1994 年《示范法》第 50 条第一句反映于 2011 年《示范法》第 34 条第(2)款 (询价程序中的招标办法), 2011 年版本第 46 条第(1)款比照提及了该款。1994 年版本要求, “在可能情况下” 至少向三个供应商或承包商邀请报价, 2011 年版本第 34 条第(2)款改为绝对要求至少向三个供应商或承包商询价; 据认为, 在选择向哪些供应商询价时, 1994 年的规定会产生过高的舞弊风险和主观性风险。鉴于这种方法是为现成物品这类标的设计的, 有能力提供采购标的的供应商或承包商总不会少于三个。
6. 1994 年《示范法》第 50 条的其他规定反映于 2011 年《示范法》第 46 条, 基本上未作改动, 但 2011 年版本第(3)款中添加了“询价书中列明的”字样。添

加这一语句的目的是确保平等对待供应商或承包商，为此要求在采购开始时向参与的供应商或承包商提供的关于采购实体需要的信息在整个采购程序中保持有效，并以此作为选择中选报价的依据。

单一来源采购（1994年版本第51条；2011年版本第34条和第52条）

7. 1994年《示范法》第51条的规定反映于2011年《示范法》第34条第(4)款（单一来源采购中的招标办法），2011年版本第52条比照提及了该款。2011年版本也新添了预告要求（如上文……所述），但因紧迫需要而可以使用单一来源采购的情形除外（见2011年版本第34条第(5)和第(6)款^[**链接**]）。

8. 2011年版本第52条规定了单一来源采购的程序（1994年版本无相应条款）。其中要求采购实体与被征求建议书或被征求报价的供应商或承包商进行谈判，除非进行此种谈判不可行（另见2011年《示范法》第52条的评注^[**链接**]）。

1994年版本第六章. 审查（2011年版本第八章. 质疑程序）

A. 该章所作修改概括

9. 1994年《示范法》经常受到的批评是，审查条款薄弱、行之无效：《示范法》的脚注称，这些条款是任择和有限制的；许多决定都可免于审查；这种制度在很大程度上是分级管理的行政制度，而不是司法制度；不要求独立审查。此外，辅助性的指导意见在这些条款的执行方面给予颁布国相当大的酌处权。2005年《联合国反腐败公约》生效后，贸易法委员会注意到，《示范法》也需要加以修改才能执行该公约第九条，该条（除其他外）要求采购制度规定“有效的国内复审制度，包括有效的申诉制度，以确保在……制定的规则未得到遵守时可以诉诸法律和进行法律救济”。因此，为反映这一国际要求修改了该章标题。

10. 2011年《示范法》第八章加强了1994年版本的审查条款，主要是去除了其任择性质。在1994年版本中，该章标题的脚注强调了该章的任择性质，而2011年版本的相应脚注则未削弱该章相对于《示范法》其他章节的地位。其中提醒颁布国注意该章案文（方括号内）意在顾及传统各异的国家的任择性规定。本《指南》所反映的立场比1994年的规定更有力，鼓励颁布国在本国法律制度允许的范围内采用该章的所有规定（在这方面，这一指导意见取代了1994年版本脚注中请各国使用关于审查的条款衡量现有审查程序是否合宜的建议。

11. 2011年的条款规定，可以选择请求采购实体重新审议在采购程序中作出的决定，而1994年《示范法》则要求受影响的供应商或承包商在合同尚未生效时先向采购实体提出申请。对于这种情况，2011年版本给予受影响的供应商或承包商选择权，既可向采购实体申请，也可向独立机构或法院申请；但2011年版本（通过第64条中使用方括号）和本《指南》也承认，向复议机构申请的先后顺序将在很大程度上取决于颁布国的法律传统（关于这一点，另见下文第21

段)。鉴于《反腐败公约》中的要求，各国必须具备复议机制和上诉机制，但《示范法》是灵活的，颁布国可按照本国的法律传统执行其中的规定。

12. 2011 年版本中的这一章还大大加强了复议条款，删去了一长串免于任何复议程序的决定，下文第 18 段对此作了解释。按照 2011 年《示范法》的制度，采购实体采取的任何决定或行动被指称不符合采购法规定，声称由于这一所指称的不合规决定或行动而遭受了损失或损害或者可能遭受损失或损害的供应商或承包商均可对此种决定或行动提出质疑。

13. 由于质疑机制的范围大大扩展，有必要实行各种机制确保此种程序的效力，而且，一方面必须维护供应商和承包商权利和采购程序的廉正，另一方面必须限制对采购程序的干扰，两方面要适当平衡兼顾。因此新添了第 65 条，规定一般禁止在质疑尚未解决时采取任何步骤使采购合同生效。采购实体可以以紧迫公共利益考虑为由请求解除这一禁令。2011 年版本还在暂停采购程序方面采用了全新制度，规定了选择性暂停和强制性暂停。关于第八章的介绍[**链接**]对这些问题作了详细讨论。

14. 还有一些辅助措施鼓励及早和及时解决问题和争议，使质疑早日得到处理，而不是等到不得不将采购程序的阶段作废，这些措施包括《示范法》通篇的通知规定、本《指南》第……段[**链接**]讨论的关于停顿期的条款，以及提交投诉的新的截止日期。

15. 2011 年版本中的这一章与 1994 年版本一样，是《示范法》的最后一章，前面是新增加的分别关于电子逆向拍卖和框架协议的两章，1994 年《示范法》没有这两章，其中规定了这些采购办法的程序。2011 年《示范法》这两章的条款不放在《指南》这一部分中讨论，因为 1994 年《示范法》并没有这方面的条款。（关于这些章节的评注，见本《指南》……[**链接**]。）

B. 逐条评注

要求审查的权利（第 52 条）（质疑和上诉权（2011 年版本第 64 条））

16. 由于上文第 9 段所述的原因，该条的标题改为“质疑和上诉权”。

17. 1994 年版本该条第(1)款中提及的“违反本法对采购实体规定的责任”改为“所指称的采购实体不遵守本法规定”，反映出 1994 年版本第 52 条第(2)款中免于审查的情形已经删去（见下一段），也反映出可对范围更大的决定和行动提起质疑和上诉程序。

18. 删去了 1994 年《示范法》该条第(2)款中免于审查的例外情形，其中最重要的是采购方法的选择或评选程序的选择以及以国籍为由限制参加采购程序。这一系列例外情形受到了从业人员和捐助界的批评，因为这为舞弊做法打开了方便之门，而且不能增进采购进程中的问责。贸易法委员会认为这一点特别重要，是对使用混合法选择适当采购方法进行有效监督的一部分（第二章介绍[**链接**]作了讨论），而且这一决定和其他所有决定一样，不应免受质疑。另据

认为，为使《示范法》符合《反腐败公约》和规范公共采购的其他国际和区域文书，删除这些例外情形是必要的。

19. 2011 年《示范法》第八章中的第 1 条第(2)款和第(3)款请颁布国指明可以向哪些机构提起质疑程序，以及这种程序的任何顺序（例如，供应商或承包商是否必须首先向采购实体提出申请，然后才能诉诸另一行政机构或法院；供应商或承包商是否必须在一诉讼地走完所有程序后才能向另一诉讼地提出申请，以避免择地诉讼）。

由采购实体（或由审批机关）审查（1994 年版本第 53 条）（向采购实体提出重新审议申请（2011 年版本第 66 条））

20. 这一条标题的改动反映的是，删去了 1994 年版本所有提及审批机关的内容，以及由审批机关首长审议的规定。这符合贸易法委员会的决定，即除少数例外情况之外，删去《示范法》中要求另一机关对采购实体在采购程序中采取的步骤进行审批的规定。

21. 贸易法委员会听取了一些法域的经验，即，实践证明，1994 年版本中要求受影响的供应商或承包商必须在合同尚未生效时先向采购实体申请的规定行之无效——只会延迟进一步申请的时间。因此，2011 年版本第 66 条中这一机制的使用是任择性的（供应商可以选择直接向采购实体申请或是向独立机构或法院申请）。但不鼓励同时向多个机构提出投诉。应由颁布国按照本国的法律传统并考虑到实际情况建立适当的机制，防止在无正当理由的情况下干扰采购程序，同时保护受影响的供应商或承包商的权利。

22. 对该条作了修改，以规定快速、简便而成本较低的程序，使当事各方在造成干扰较少的早期阶段以较低的成本解决申请。1994 年版本中该条第(2)款对提交投诉规定的 20 天期限改为 2011 年版本第(2)款中的下列期限：**(a)**在提交书递交截止时间之前（如果重新审议申请涉及招标条款、资格预审或预选，或者涉及采购实体在资格预审程序或预选程序中作出的决定或采取的行动）；**(b)**在停顿期内或（如未适用任何停顿期）在采购合同或框架协议生效之前（如果重新审议申请涉及采购实体在采购程序中作出的其他决定或采取的其他行动）。

23. 采用这些新期限是为了鼓励及早提出质疑并防止后期提出质疑干扰采购程序（例如，早期阶段（因国籍或不合格等原因）被排除在外的供应商或承包商提出质疑。关于这一点的进一步讨论见第 66 条的评注^[**链接**]）。1994 年版本中没有规定这类保障措施。1994 年版本处理的只是干扰采购合同执行问题，为此允许采购实体在采购合同生效后不受理投诉或不继续受理投诉（1994 年版本第 53 条第(3)款）。

24. 2011 年《示范法》所建立的制度还规定了适当的保障措施，防止采购实体在有人提起投诉时匆忙采取措施使采购合同生效。这一保障措施载于 2011 年版本新添的第 65 条，如上文第 13 段所述，其中禁止采购实体在有及时提起的投诉或上诉或关于该投诉或上诉的通知的情况下采取任何会使采购合同生效的步骤。这一禁止规定在对质疑进行审议的整个过程中保持有效，颁布国还要为其

规定更长的有效期，以便可对就该质疑所作的决定提起上诉。以紧迫公共利益考虑为由可以解除这一禁令，但这种决定须由独立机构或法院作出，而且对于这种决定本身也可以提出质疑（见 2011 年《示范法》第 65 条及该条的评注[**链接**]）。

25. 1994 年《示范法》第 53 条第(4)款至第(6)款改为详细规范向采购实体提出的质疑，包括通知要求、采购实体作出决定和采取行动的时限、未能及时通知造成的后果、驳回申请书的理由，以及对采购实体所作决定的形式、内容和记录的要求（见 2011 年版本第 66 条第(3)款至第(8)款的评注[**链接**]）。

行政审查（1994 年第 54 条）（向独立机构提出复议申请（2011 年版本第 67 条））

26. 该条标题的改动反映出关于这类质疑的规定（即要求由独立的第三方审理）大大加强。关于独立性一词在此处的含义的讨论，见上文第 67 条的评注第……段[**链接**]。1994 年版本中该条所附的脚注提出，没有此类法律传统的国家可以不颁布这些条款，这一内容现已删去，原因同上文第 10 段所作的解释：鼓励颁布国在本国法律制度允许的范围内采用该章的所有条款。

27. 对 1994 年版本中第(1)款所规定的期限作了修改（见 2011 年版本第(2)款），在有关情况下与向采购实体提交复议申请书的期限相同（见上文第 22 段）。与 1994 年《示范法》不同的是，2011 年版本并未指明任何具体期限，而是请颁布国根据实际情形加以规定（例如，在可以通过电子方式提交申请书的法域，1994 年案文中规定的 20 天可能过长）。

28. 1994 年版本第(2)款、第(4)款、第(5)款已经改为对程序的详细规范，包括强制性和任择性地暂停采购程序或采购合同或框架协议的运作、通知要求、驳回申请的理由、独立机构作出决定或采取行动的期限、独立机构查取与采购程序有关的所有文件，以及独立机构所作决定的形式、内容和记录（见 2011 年版本第 67 条第(3)款至第(8)款、第(10)款及第(11)款的评注[**链接**]）。

29. 1994 年版本第(3)款所列的行政机构可对申请采取的行动作了很大改动。改动后形成的 2011 年版本第 67 条第(9)款并未列出所有行动，在所规定的行动之后，还提及可根据情况采取其他行动。1994 年版本所列各项中，关于适用的法律规则或原则的(a)项的规定反映于 2011 年版本的前导句，而非列于可进行的一系列行动中，以反映实际上独立机构在采取行动之前都会预先宣布此类规则或原则。

30. 在可采取的行动中添列了一些条目，例如，确认采购实体作出的决定和废除以不合法的方式生效的采购合同或框架协议，已经发布采购合同或框架协议授标公告的，下令发布废标公告（2011 年版本第 67 条第(9)款(c)项至(f)项）。这些条目放在方括号中（可作为指导颁布国决定是否将这些条目列入本国法规的政策考虑因素，见该条的评注第……段[**链接**]）。

31. 1994 年版本(f)项中关于经济赔偿范围的各种任择案文已经合并成为 2011 年版本中的第 67 条第(9)款(i)项。颁布国可选择将任何经济赔偿“限于提交书编写

费、限于相关申请费，或者限于这两项费用”。（关于可指导颁布国决定是否将这一任择案文列入本国法规的政策考虑因素，见第 67 条的评注第……段[**链接**]）。1994 年版本提及的受到的“伤害”已经改为遭受的“损害”，后者在各种法律制度中较为常用，对它的理解也较为一致。作这些改动是为了使《示范法》与规范公共采购的其他国际文书大体一致。

适用于第 53 条[和第 54 条]规定的审查程序的某些规则（第 55 条）

32. 1994 年版本该条第(1)款和第(3)款的规定，除了第(3)款最后一部分之外，都反映于 2011 年版本中分别述及向采购实体提出重新审议申请和向独立机构提出复议申请的第 66 条和第 67 条[**链接**]中的通知要求和记录要求。

33. 第(2)款中的规定反映于 2011 年版本第 68 条（质疑程序参与方的权利）。

34. 该条第(3)款中关于保密的规定反映于 2011 年版本中新添的第 69 条（质疑程序的保密）。

暂停采购进程（第 56 条）

35. 2011 年《示范法》中没有单列一条述及暂停问题。2011 年版本中关于暂停的规定列于分别述及向采购实体提出重新审议申请和向独立机构提出复议申请的第 66 条和第 67 条[**链接**]。

36. 2011 年《示范法》对 1994 年版本中的暂停制度作了全面改动。1994 年《示范法》第(1)款和第(2)款中关于自动暂停 7 日的规定和第(1)款提及的声明类型已经删除，该条第(3)款中暂停期最长为 30 天的规定也已删除。关于采购实体证明紧急公共利益考虑的规定反映于 2011 年版本第 65 条第(3)款(a)项，即采购实体请求独立机构解除第 65 条中对订立合同规定的禁令；按照 2011 年的新制度，独立机构将对此类请求进行审议，受影响的供应商或承包商也可对独立机构的决定提出质疑。这种办法与 1994 年《示范法》的立场相去甚远，后者在该条第(4)款申明，此种证明对于除司法审查以外的所有各级审查来说都具有决定性效力。关于 2011 年《示范法》中的暂停制度的进一步讨论，见第 65 条至第 67 条的评注[**链接**]。

司法审查（第 57 条）

37. 该条已删除。关于司法审查的规定见，2011 年版本第 64 条第(2)款和第(3)款。这些条款放在方括号中供颁布国考虑，该条的评注第...段[**链接**]对此作了解释。