

联合国 大会

FILE COPY



Distr.
GENERAL

A/CN.9/356
21 August 1991
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第二十五届会议
1992年5月4日至22日, 纽约

新的国际经济秩序工作组 第十三届会议工作报告 (1991年7月15日至26日, 纽约)

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导言	1 - 13	3
讨论和决定	14 - 196	5
一. 采购示范法第28至35条草案(A/CN.9/WG.V/ WP.30)讨论情况	14 - 147	5
第28条 投标的审查、评审和比较	14 - 41	5
第29条 拒绝一切投标	42 - 50	11
第30条 与承包商和供应商谈判	51 - 52	13
第31条 两阶段投标程序	53 - 59	13
第32条 接受投标和采购合同生效	60 - 76	15
第33条 投标程序记录	77 - 81	18
第33之三条至第33之六条 征求建议程序	82 - 105	19
第34条 竞争性谈判程序	106 - 123	25
第34之二条 征求报价	124 - 133	29
第35条 单一来源采购记录	134 - 147	31
二. 采购示范法第36至42条草案(A/CN.9/WG.V/ WP.27)讨论情况	148 - 192	33
第36条 要求审查的权利	150 - 158	34

	<u>段</u>	<u>次</u>	<u>页</u>	<u>次</u>
第37条	由采购实体或核准机关审查.....	159 - 169	37	
第38条	行政审查	170 - 175	39	
第39条	适用于第37条[和第38条]审查的 某些规则	176 - 181	40	
第40条	司法审查	182 - 187	41	
第41条	停止采购进程[和采购合同的履行].....	188 - 190	42	
第42条	采购实体的纪律、行政或刑事责任.....	191 - 192	42	
三 . 未来工作计划, 包括编写评注		193 - 196	43	

导 言

1. 国际贸易法委员会在1986年第十九届会议决定作为一个优先事项,就采购问题展开工作,并委托新的国际经济秩序工作组负责这项工作。¹ 工作组于1988年10月17日至25日第十届会议开始进行这项工作,会上审议了秘书处编写的有关采购问题的研究报告。² 工作组请秘书处考虑到该届会议的讨论情况和决定编写采购示范法初稿并附上评论意见。³

2. 工作组第十一届会议(1990年2月5日至16日)审议了秘书处编写的采购示范法草案和所附评论意见(A/CN.9/WG.V/WP.24和A/CN.9/WG.V/WP.25)。工作组请秘书处按照该届会议的讨论情况和各项决定对该件示范法加以修订。一般都同意,在修订时无须设法将案文结构或措词改得完美无缺。大家还同意,评论意见必须等到示范法正文定稿后才可加订正;将不会为工作组第十二届会议编写任何评论修订意见。此外,工作组曾请秘书处为第十二届会议编写关于审查采购实体的行为和决定以及所采用的程序的条款草案。⁴

3. 工作组第十二届会议(1990年10月8日至19日)收到了第1条至第35条第二稿(A/CN.9/WG.V/WP.28)以及关于审查采购实体的行为和决定及所采用的程序的条款草案(第36至42条草案,载A/CN.9/WG.V/WP.27)。工作组该届会议审查了第1至27条第二稿。它没有足够的时间来审查第28至35条草案或关于审查采购实体的行为和决定及所采用的程序的条款草案,它决定在第十三届会议上审议这些条款。工作组请秘书处修订第1至27条,并考虑到第十二届会议就这些条款所作的讨论情况和决定。⁵ 还要求秘书处就国家采购法中对竞争性谈判的处理向第十三届会议提出报告;竞争性谈判是除招标外工作组商定示范法也应在某些条件下予以允许的采购方法之一。

1 《大会正式记录,第四十一届会议,补编第17号》(A/41/17),第243段。

2 A/CN.9/WG.V/WP.22。

3 A/CN.9/315,第125段。

4 A/CN.9/331,第222段。

5 A/CN.9/343,第229段。

4. 由委员会所有成员国组成的工作组于1991年7月15日至26日在纽约举行第十三届会议。出席会议的有工作组下述成员国的代表：保加利亚、加拿大、智利、中国、古巴、塞浦路斯、埃及、法国、德国、印度、伊朗（伊斯兰共和国）、伊拉克、日本、肯尼亚、阿拉伯利比亚民众国、墨西哥、摩洛哥、尼日利亚、西班牙、苏维埃社会主义共和国联盟、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国、乌拉圭和南斯拉夫。

5. 下列国家派观察员出席了会议：巴西、布基纳法索、佛得角共和国、哥伦比亚、厄瓜多尔、海地、洪都拉斯、印度尼西亚、黎巴嫩、巴基斯坦、秘鲁、菲律宾、大韩民国、瑞典、瑞士、泰国、土耳其、乌干达、坦桑尼亚联合共和国、瓦努阿图、委内瑞拉、越南和也门。

6. 下列国际组织也派观察员出席了会议：

(a) 联合国组织：国际复兴开发银行、联合国工业发展组织、机构间采购事务股。

(b) 政府间组织：亚非法律协商委员会。

(c) 国际非政府组织：国际律师协会、国际商会。

7. 工作组选出了下列主席团成员：

主席：罗伯特·翁嘉先生（肯尼亚）

报告员：胡赛因·戈哈齐扎德赫先生（伊朗伊斯兰共和国）。

8. 工作组收到了下述文件：

(a) 临时议程(A/CN.9/WG.V/WP.29)；

(b) 采购：采购示范法规定的对采购实体的行为和决定的审查及所采用的程序(A/CN.9/WG.V/WP.27)；

(c) 采购：采购示范法草案第1条至第35条(A/CN.9/WG.V/WP.30)；

(d) 采购：竞争性谈判，秘书处的说明(A/CN.9/WG.V/WP.31)。

9. 工作组通过了下列议程：

1. 选举主席团成员

2. 通过议程

3. 采购

4. 其他事项

5. 通过报告。

10. 关于工作组审议项目3，工作组决定首先注意采购示范法草案第28条至

35条(A/CN.9/WG.V/WP.30)。已决定在审议示范法有关竞争性谈判条款的时候亦审议有关竞争性谈判的报告(A/CN.9/WG.V/WP.31)。

11. 本报告第一章载有工作组关于其审议采购示范法第28至35条草案的讨论情况和有关竞争性谈判的报告的讨论情况以及相关的决定。

12. 工作组在完成了有关示范法第28至35条草案的审议和对有关竞争性谈判的报告的审议后, 审议了示范法规定的对采购实体的行为和决定的审查和所采用的程序(A/CN.9/WG.V/WP.27)。

13. 本报告第二章载有工作组有关其审议示范法所订采购实体行为和决定及所采用的程序审查事项的第36至42条草案审议经过和所作出的决定。

讨论和决定

一、采购示范法第28至35条草案(A/CN.9/WG.V/WP.30)讨论情况

第28条

投标的审查、评审和比较

第(1)款

14. 关于(a)项,工作组决定保留第三句,其中允许澄清投标的要求和对此种要求的答复以电话传达,随后再书面确认,因为电话传达方式已广为使用。工作组注意到示范法中若干条款均加入了类似的以电话传达的规定,它请秘书处考虑把这些规定合并成单一的条款。

15. 有人提议最后一句只限制开标价格的变动,而不禁止其他实质事项的改变。提出的理由是,除价格之外其他实质事项的限制引起一些与投标是否合乎要求有关的问题,例如示范法第2(j)、28(2)(c)和28(4)等条款所述情况。工作组请秘书处重新草拟最后一句,以便考虑到是否合乎要求的问题,包括是否允许按第(4)款规定作出小的变动,并在这一范围内讨论价格以外其他事项的澄清。

16. 关于(b)项,有人表示“投标书中明显可见的纯属计算上的差错”这一用语可能在某些法律制度中引起困难。工作组决定暂时不对(b)项作出决定而先审议示范法的其他条款。

第(2)款

17. 有人问,这一款要求采购实体在指定的一些情况下“拒绝”投标书是否意味着采购实体在消极的不接受之外还有责任采取某种正式的拒绝行动。这类正式行动可以是向投标被拒绝的承包商或供应商提出拒绝的理由。有人表示,提出拒绝一项投标的理由的责任列入第(2)款较第29条更加合适。有人说,如果第(2)款并没有强加采取正式行动的责任的意思,只要不行动即可,那么开头的“应拒绝投标”等字最好改为“应不接受投标”。同时,由于认识到是否需要正式拒绝行动的问题特别关系到受不平待遇的承包商和供应商的权利和赔偿,因此这个问题应在讨论审查条款草案时加以讨论。

18. 有人提议删除(d)项,其中规定采购实体拒绝一项在投标截止日期之后收到的投标,因为第24条第(3)款要求过期投标原封退回。虽然有人说某些国家的法律要求政府实体答复提交的文书,而工作组同意,鉴于有第24条第(3)款的规定,(d)项可以删除,可在第(2)款的评注中提及第24(3)条的规定。

19. 工作组决定把第一句内“采购实体可拒绝投标”等字改为“采购实体应拒绝投标”,因此,如果承包商或供应商企图不正当地影响采购实体的决定,采购实体必须拒绝投标而没有选择余地。有人认为这样做有助于推进示范法的目标。

第(4)款

20. 有人表示,第(4)款许可投标与要求的规格有微小偏离,而第2(j)条定义“合乎要求的投标”,二者均涉及投标是否合乎要求。因此,如果不删除第2(j)条的定义就必须确保二项规定中的用语一致。工作组注意到第2(j)条增添了参照第(4)款的语句,以使两项规定彼此一致。

21. 有人指出,并非所有许可的偏离都能按照第2句的规定以数量表示。有鉴于此,工作组决定在“以数量表示出”之前添加“尽可能”等字样。

第(7)款

22. 有人表示关心(a)和(c)项内使用的“最经济的投标”等文字是否妥当,理由是这些文字除了表示按照价格选择投标外,似乎未能充分考虑采购实体所采用的其他标准。并说,(c)(一)项涉及以最低价选择投标,使用该等文字是合适的,但(c)(二)项和(d)项所涉是根据价格以外的标准选择投标,使用该等文字就比较不合适了。有人对(c)(二)项内使用的“估值最低的投标”等字,也同样表示关心。

以前的草案中曾使用“最有利的投标”等字，有人对此也同样表示不安。普遍认为应使用比较中性的文字，例如“成功的”投标。

23. 有人认为，(c)(一)、(c)(二)和(d)各项内提到的各种选择投标的标准，没有明白说出如何使用。一般同意，为了减少不明确起见，第(7)款必须明白规定采购实体应在征求文件内列出选择标准。

24. 有人提议，第(7)款可删除(d)项，使之简单化。为支持这项提议，有人建议说，(d)项所提的标准可视为已包含在(c)(二)项所提的标准内。但是，因为普遍都承认(d)项内的社会经济标准与(c)(二)项提到的适宜于量化的货物和工程的作业和功能特性有别，因此该提议得不到赞同意见。有人建议说，除了删掉(d)项的办法之外，还可以在示范法内限制采购实体只准考虑采购条例所列出的社会经济标准。但是，一般认为，辨认许可的社会经济标准是示范法所应保留的一个基本因素。这种看法又因第4条内有采购条例的公布与否自行决定的规定，而得到加强。有人提议(d)项应予扩大，列入国防和国家安全考虑。

25. 另一项简化第(7)款的提议是，(d)项和(e)项合并一起。有人答复说，这两项规定的概念不同，(d)项涉及的是社会经济标准，而(e)项所规定的是采用数学公式作为实施优惠幅度的方式。不过，工作组采纳了删掉(e)项第二句的提议，该句涉及实施优惠幅度的详细规定。工作组同意，这种详细规定列在采购条例内是比较合适的。可是，又有一项提议是，现有(c)项和(d)项所列的全部许可的标准合并列入一项内，也可增加明确程度。

26. 接着，工作组审议了下列提议的(c)、(d)和(e)项的新案文：

“(c) 成功的投标应是：

- (一) 投标价格最低的投标，但须计入根据本款(e)项实行的任何优惠幅度；或
- (二) 估值最低的投标，但得视采购实体是否已在招标文件中作因此规定，这种投标应根据招标文件规定的标准予以确定，应尽量保持客观和定量的标准。

“(d) 采购实体在根据(c)(二)项确定估值最低的投标时，只须审查下列各点：

- (一) 投标价格，但须计入根据本款(e)项实行的任何优惠幅度；
- (二) 货物或工程的运行、保养和维修费用、交付货物的时间或工程竣工的时间、支付条件和保证条件；

(三) 社会经济标准, 包括(本国)国际收支状况或外汇储备、工业补偿、包括生产、劳工和材料在内的地方容量、区域经济发展、对国内投资或活动的鼓励、对国内供应者在某些生产方面的限制、技术转让以及管理、科学和业务技术的发展;

(四) 国防和安全方面的考虑。

“(e) 在评审和比较投标时, 采购实体可实行一定幅度的优惠, 给本国承包商和供应商的工程投标或本国制造的货物的投标以好处。应根据采购条例计算优惠幅度。”

27. 工作组注意到“成功的投标”等文字只是暂用, 以等待确定更妥当的文字。(c)(一)项案文可以接受。

28. 有人说, 提议的(c)(二)项新案文没有指出非价格标准的实施方式。因此建议说, 该项须规定这类标准应以币值表示, 或给予相对的加权数。这项建议引起关于该项是否要求指定相对加权数给非价格标准和该类标准以币值表示的问题。为支持指定相对加权数和以币值表示的两项规定, 有人说, 如果允许采购实体选择, 则可解释为采购实体在收到投标之后有权确定非价格标准的定量方式, 而不是开头就要求作出定量方法的决定, 并在招标文件内指出定量方式。虽然工作组同意有必要在招标文件内公布非价格标准的定量方法, 但是多数人的看法是, 不宜既要求指定相对加权数又要求以币值表示。有人认为, 这样的做法会遭到困难, 因为有些类型的标准即使不是不可能, 也是很难定量的。

29. 对于提议的(c)(二)项新案文内“尽量”二字, 各方同样纷纷表示意见。有人认为该二字应删, 因为这等字样可允许采购实体逃避定量非价格标准的义务, 从而减低投标过程的客观性与透明性。不过, 普遍的看法是, “尽可能”几字应保留, 用以指涉非价格标准以币值表示的义务。

30. 又有一种意见是, 提议的(c)(二)项新案文内, 特别是因为使用“标准”二字, 从而不明白所指的是否为采购实体可以考虑非价格考虑的情况, 而不是在投标的评审和比较过程中使用非价格考虑所采用的特定公式。

31. 鉴于前文所述辩论情况和各项决定, 工作组同意按照下列方向拟订(c)(二)项的案文, 但须附带条件: 采购实体在招标文件内明列非价格标准量化的方式:

“(二) 估值最低的投标, 但得视采购实体是否已在招标文件中作此规定, 这

种投标应根据招标文件规定的因素予以确定，应在实际可行范围内保持因素的客观和定量化；并应在评审程序中给予相对加权数或在实际可行范围内以币值表示。”

3 2 . 工作组认为(d)(一)和(二)两项案文可以接受。

3 3 . 一般同意，采购实体在投标的评审和比较过程中选择使用非价格标准不应有绝对的自行决定权，但是，如果示范法或采购条例两者之一没有作出关于许可的非价格标准类型的规定，就会是前述的情况。基于这个原因，工作组审议了是否示范法应列出许可的非价格标准清单，以及是否示范法内的这样一份清单应尽数列举或说明列举，或者，规定采购实体仅限于使用采购条例所列的标准就足够。有人承认说，这种标准的清单列在采购条例而不在示范法内，好处是灵活，因为缔约国想要改变许可的标准清单时，如果清单列于条例内而非法令内，则可以比较易于改变。同时，采购条例内的清单如果要有任何改变，大概都会公开受到周详考查。虽然有这些好处，工作组仍不赞同在采购条例内列出清单，因为第4条规定采购条例的公布是可以选择的，因此，依靠条例可能出现示范法公布的程序的一个基本因素不被缔约国所通过的危险。

3 4 . 关于在示范法内列出许可的非价格标准的决定，引起下列问题：示范法内的清单是否应尽数列举，或者缔约国是否应有选择扩大(d)(三)项所列清单的权利，以便投标过程能符合其特定要求与环境的需要。一般同意要有这种灵活性；在该项条文结尾用方括弧注明缔约国可扩大清单，能有这种灵活性。工作组又同意，提议的(d)(三)项开头文字：“社会经济标准，包括”应更改，因为“社会经济”一词形容该项所列的标准并不贴切，以及因为“包括”二字使得该项所列标准清单的意图不明，到底是尽数列举或只是说明列举。工作组决定改用“其他因素，即：”等字样。又同意接受(d)(四)项内增列国防和安全作为非价格标准。

3 5 . 工作组赞同提议的(e)项新案文。

第(8)款

3 6 . 有人提出一个问题：为评价和比较投标起见，第(8)款是否应表明时间因素和以不同货币标示的投标价格换算成一个单一货币的汇率。工作组同意这样的修改并无必要，因为时间因素和汇率已在第17(2)(q)条中表明，并决定在该项规定内列入一个交叉参考并无必要。工作组并决定保留为澄清所有投票价格都要转换成同一货币而增加的“一切投标的”和“同样的”等字。

第8款之二

37. 有人认为根据一些国家的作法,重新确认该款内所提到的成功承包商或供应商的资格的性质并不明确,根据这种作法,承包商和供应商最初的资格或预审资格,只是为决定是否准许承包商和供应商提出投标的目的而对其资格的初步审查。按照这种办法,在后一阶段,提出成功投标的承包商或供应商须受到对其资格的深入审查。有人建议示范法应容纳那一类型的一个两阶段方法。但是多数人的看法是,为公平起见,对于资格的重新确认应限于核查在初步或预审资格阶段所提出的数据是否有了改变。因此,工作组肯定,示范法应明确表明,在重新确认资格时所采用的标准应与决定预先资格时采用的标准相同。此外,为尽量减少关于重新确认的性质的不确定性,工作组同意在第8条之二(6)中,“重新评审”一字的使用尚需加以审查。

38. 工作组其次审议是否,如在现有草案中,当采购实体已进行资格预审时,重新审议应是强制性的,而在没有进入资格预审程序时,应是酌情实施。有人指出,第8条之二(6)是让重新确认酌情实施,而未要求在该两种情况下予以重新确认。工作组同意,重新确认的需要应视投标程序的特殊情况而定,由示范法来制定重新确认采购实体已进行资格预审的投标程序的一般要求,并不适当,因此,决定将该款(8之二)同第8条之二(6)中所采取的酌情方法相结合。

39. 工作组指出,按照第28(2)(a)和32(1)条,采购实体有义务拒绝接受所选择的投标,如果有关的承包商或供应商未能重新确认其资格。但是问题仍然在于示范法是否应表明采购实体在这样的情况下应如何进行。按照一个意见,示范法为了对其余承包商和供应商公平起见,应强制采购实体选择下一个最经济的投标的投标。但是目前流行的看法是,这样一个义务是极为限制性的,因为有可能由于种种原因其余的投标没有一个会被接受。有人认为比较适当的是强制采购实体选择下一个最经济的投标,但有权按照第29条拒绝接受所有投标。工作组指出,这样一个方法将符合第32(4)条内关于投标已被接受的承包商或供应商未能签订一份必需的采购合同或提供一项必需的履约保险的情况而采取的酌情处理方法。

40. 在讨论(8)之二款时,有人建议如果选择的承包商或供应商未能重新确认其资格,采购实体就必须进行竞争性谈判,如果要在示范法内保留按照第28(2)或(3)条或第29条而拒绝接受一切投标的规定,作为采用该采购方法的一个条件(参看第34(新1)(e)条)。但有人指出,目前制定的第29条提到拒绝接受所有投标,可以解释为未照顾到一个获选的承包商或供应商未重新确认其资格而采购实体接着

希望拒绝接受所有其余投标的情况。有人同意第29条应明确准许采购实体在一个获选的承包商或供应商未能重新确认其资格后拒绝所有其余的投标。

第(9)款

4 1 . 有人表示关切, 限制泄露关于审查、澄清、评审和比较投标的资料的第(9)款, 显然不符合关于公布采购程序记录的第33(2)条的规定。有人建议为了尽量减少表面的矛盾, 有必要限制提供给曾参与投标程序的承包商和供应商的投标程序记录。为答复该问题, 有人指出, 那两项规定是为了处理投标程序方面不同时间的不同问题。第33(2)条规定在采购合同生效后必须公布投标程序的记录, 而第(9)款则适当禁止在那时以前公布资料, 以便保护投标程序的完整性。工作组指出, 或许可以删除提到第33(2)条的文字并决定把关于第(9)款的最后决定延至审议第33(2)条时, 以消除表面的矛盾。

第29条

拒绝一切投标

第(1)款

4 2 . 工作组一般同意, 除了任何可能需要核准者之外, 采购实体应有权拒绝一切投标; 此项权利应载于招标文件中。有人认为容许采购实体享有此一权利乃是为了顾及公众利益。工作组注意到, 已决定针对它的审议第28条(第8条之二), 在第29条内明确规定, 拒绝一切投标的权利包含特定的承包商或供应商未确认其资格, 以致采购实体希望拒绝一切其余投标的情况。

4 3 . 有人提议应该容许采购实体拒绝“任何或一切”投标。有人为了表示支持此项提议而宣称所建议的用语为某些国家所使用; 将使得采购实体拒绝例如原先有资格但是后来却因其经历而被拒绝的承包商或供应商。有人在对此表示异议时指出, 最好是在事先认定资格时就处理好不合格承包商或供应商问题; 增添了拟议的文句后可能就意味着采购实体有权因为招标文件所订事由以外的原因而自始拒绝某一承包商或供应商。此一结果有欠公平, 且将会破坏投标程序的完整。该提议没有被接受。

4 4 . 有人建议应删除第(1)款内的“[因为]除了纯粹出于进行竞争性谈判程序目的和任何欺诈目的以外的任何理由”等文字。有人在表示支持此一建议时指

出，可以将这些文字所包含的原则载入有关使用竞争性谈判和单一来源采购的条件的条款中。此外，如将这些文字载入第(1)款中可能会导致一个错误的结论，那就是，一国如果拒绝一切投标转而进行竞争性谈判或单一来源采购，就可能会引起针对该采购实体的补偿要求。最后，有人指出，一切投标均可能被拒绝的可能情况是承包商和供应商在参与采购程序时所注意到的一般商业风险。有人在表示反对此项提议时宣称，这些文字宣示了一项特别重要的原则，那就是，拒绝一切投标不应该仅仅是为了使该国能够进行诸如竞争性谈判和单一来源采购等其他的采购方法。有人指出，这种拒绝将违背第7条内所订给予投标程序的优先权，而且也是对承包商和供应商很不公平的事，因为承包商和供应商为了参与投标程序必然有所花费。另外，应该保持“任何欺诈目的”等字，因为它们是为了设法预防在行使拒绝一切投标权方面发生贪污事件，而且在解释本示范法方面也可能很有用处。有人在答复时说，有关欺诈或贪污的问题应由诸如刑法或行政法等其他法律加以妥善地处理。

45. 经讨论后，工作组决定删除“[因为]除了纯粹出于进行竞争性谈判程序目的和任何欺诈目的以外的任何理由”等字。

第(1)款之二

46. 有人建议，应该扩展第(1)款之二以包括现有条文内载价格理由以外的一些其他理由。有人在表示支持此一提议时指出，已有一些现成的理由，例如采购需要性质的改变；对此，采购实体可能希望拒绝一切投标并转而进行竞争性谈判程序。但是，多数人却认为第(1)款之二是不必要的，故应删除，因为事实上第(1)款由于规定可因任何理由而拒绝一切投标就足以包括第(1)款之二所述的情况了；而且，事实上，有关利用投标以外的采购方法的条件已载入有关这些其他方法的示范法条款。经讨论后，工作组决定删除第(1)款之二。

第(2)款

47. 有人认为应该进一步审议“但不应要求……提供此种理由的依据”，并应因而在前后外加方括号。这些文字可能会在法院享有审查行政决定和追究行政行为的理由的固有权力的行政区域带来困难。此外，在某些情况下，可能应由采购实体解释其拒绝投标的理由。还有人指出，第(2)款的规定可能会影响到受害者行使求偿权的能力，因此或许应由工作组在讨论补偿条款时重新加以考虑。

48 . 但是,多数人却认为应保持这些文字,而且不应置于方括号内。有人在表示支持此一意见时宣称,不应该规定应由采购实体解释它拒绝一切投标的理由。一个采购实体应有权自行决定因为它无须解释的经济、社会或政治理由而中止采购程序。只要它说了理由就足够了;没有道理要求因为拒绝一切投标而请求采购实体提出赔偿,尤其是鉴于事实上该采购实体依照第17条第(x)款它在招标文件中将可保留拒绝一切投标的权利。

49 . 经讨论后,工作组决定通过现有的第(2)款草案。

第(3)款

50 . 工作组通过了现有的第(3)款草案。已请秘书处将提及电话通讯的文字置于一个总括条款内。

第30条 与承包商和供应商谈判

51 . 有人认为第30条没有必要,应予删除,因为示范法规定的投标程序,特别是第28(1)条,明显地排除了谈判,而且示范法已就在特定条件下使用就涉及谈判的采购方法作出了规定。但是,普遍认为必须说明采购实体与承包商和供应商之间不得就一项投标进行谈判的原则,特别是因为采购实体以及承包商和供应商往往都以为它们可以进行谈判,即使已选择招标作为采购方法。

52 . 有人指出,提及第29(1之二)条的文字应予删除,因为工作组较早前已决定将这项规定从示范中删除(见上面第5段),而提及第31(4)条的文字的意义则已经减少,因为工作组已决定将两阶段投标作为一种独立的采购方法处理。

第31条 两阶段投标程序

第(1)款

53 . 有人提议应在本条第(1)款和其他各款中增添“履行规格”一词,作为显示某一项目的目标的一种可能办法。

第(2)、(3)和(4)款

54 . 工作组不加改动通过了第(2)、(3)和(4)款的案文。

第(5)款

55 . 工作组认为第(5)款在总体上令人满意,决定保留在方括号内关于采购实体有权删除或修改征求文件中载明的任何评审标准的文字。工作组要求秘书处改写关于放弃投标担保的文字,使其反映出这项规定只适用于下列情况:采购实体在两阶段投标程序中要求在第一阶段提供投标担保。

第(6)款

56 . 有人提议,关于采购实体应在采购程序记录中列明其援引第31(1)条规定所依据的有关事实的要求应予删除。有人赞成这一看法,认为采购实体不应被要求公开可能侵犯承包商和供应商的隐私权的事实,或可能损害承包商和供应商的商业利益的事实。有人表示,要求采购实体公开它援引第31(1)条规定所依据的情况已经足够。另有人提议第(6)款应全部予以删除,因为要求在采购程序记录中说明采购实体据以选择投标以外采购方法的理由的规定,已在第7(5)条中获得充分处理;如果第31条保留这项要求,则处理投标以外所有其他采购方法的其他规定,也必须重复这项要求。

57 . 但是,普遍认为第(6)款应予保留。赞成这种看法的人表示,就第(6)款所指的资料来说,产生侵犯承包商和供应商隐私权和损害其商业利益的问题的可能性不大,因为它涉及一项在选择承包商和供应商之前就已经作出的关于要采用何种采购方法的决定。这项规定是重要的,因为它充当一种管制机制,要求决定采用两阶段投标的采购实体记录它据以作出决定的事实。在采购实体考虑两阶段投标是否适当的其他情况下,这一记录也可以作为有用的参考。

58 . 但是,鉴于对这一点所表示的关注,工作组决定删除“并列明有关事实”等字,并改写第(6)款,使其要求在记录中说明采购实体援引第31(1)条规定所依据的“理由和情况”。工作组同意在稍后阶段可能考虑将示范法内目前处理关于各种采购方法的采购程序记录的所有规定,合并为单一的总括规定,那样的话,第(6)款的规定也许不必要。

59 . 要求秘书处考虑将第31条改写,并将处理投标以外采购方法的其他条文改写,以期在不同条文内载明采用各种方法的条件和关于采用这些方法所应遵循

的程序的规定。

第32条

接受投标和采购合同生效

第(1)、(2)、(3)款

60 . 有人质问,规定要选最经济的投标的第(1)款是否同授权采购实体拒绝接受所有投标的第29(1)条一致。人们同意表面上的矛盾应予纠正,在第(1)款开头增加“须视第29条的规定”等字。

61 . 工作组注意到第(1)款的第二句引起了与第28(8之二)和29(1)条范围内所引起的同样问题,亦即,示范法是否应表明在获选的承包商或供应商未能重新确认其资格的情况下,采购实体应采取什么行动。人们同意,第(1)款应反映先前所决定的方法,根据该方法,采取实体必须选择第二个最经济的投标,但有权按照第29条拒绝接受所有其余的投标。

62 . 有人注意到有些国家依循第(2)款内所反映的规则,根据该规则,采购合同一俟接受投标通知送达后即生效,而其他国家依循第(3)款内规定的规则,根据该规则,采购合同在接受通知后实际签署合同时生效。人们一般都同意,示范法应规定两种方法,因此第(2)和(3)款内采取的方法基本上可以接受。

63 . 对于第(3)(a)款第二句内提到可适用的法律作为一份已签署的书面采购合同规定的来源,人们也表达了不同的意见,按照一个意见,一般地提到可适用的法律是令人满意的,因为它提醒注意示范法以外的法律在确定采购合同的正式效力方面的相关性。按照另一个意见,一般地提到可适用的法律,而没有具体确定可适用的法律,会造成采购实体对于哪一个法律能够管辖采购合同的效力感到不确定。这种不确定会使编制申请文件的工作特别困难。有人建议为了消除这种不确定因素,应将泛泛提到可适用法律改为一项规定,即采购合同的效力将由采购实体的国家法律所管辖。也有人建议,如果示范法未表明适用于采购合同效力的法律,示范法就有必要决定是否需要一份签署的合同来使采购合同生效。

64 . 有人表示反对在示范法内具体确定可适用于采购合同效力的法律,因为可适用于合同效力的法律问题牵涉到国际私法公认的规则,那些规则是多边条约的主题。也有人建议,在示范法中规定采购合同的效力将须受采购实体的国家法律所管辖,可能也不足以确保该法律在任何一个情况下的适用性,这样一项规定也

不符合法律的自由选择原则。有人指出,一个谨慎的采购实体不会允许一个公共合同的效力由它自己的法律以外的任何其他法律来管辖。如果采购实体愿意保证它国家的法律能够管辖采购合同的效力,它就应该在招标文件内这样表明,因而约束了因参加投标程序而同意招标文件内所规定的条件的获选承包商或供应商。这样一个方法将符合公认的合同自由原则。

65. 鉴于上述的考虑,人们同意可通过改写第(2)和(3)款来避免提及可适用的法律作为一份已签订的采购合同的可能根据的需要,以便规定一份采购合同一俟接受通知送达即生效,除非招标文件规定必须签署采购合同。在招标文件中的这样一项规定也许来自适用于采购实体的法律的强制性规定,或者只是来自采购实体的惯例。人们并同意,评注应劝导采购实体考虑在招标文件内表明可适用于采购合同效力的法律。

66. 有人表示意见,认为示范法应采纳一些国家的作法,即要求采购实体在通知接受一项投标或签署一个采购合同后,取得对于采购合同的最后同意书,作为该合同生效的一个前提条件。一个相反的看法认为,那种同意要求,至少就其在接受了一项投标或一份采购合同生效之后的适用程度而言,并不合乎需要,示范法也不应予以鼓励。这种规定据说会对承包商和供应商造成不确定因素,亦即何时采购合同事实上会获得最后同意或者究竟是否会获得同意而开始作业。如果招标文件要求获选的承包商在送达接受通知或采购合同签署而最后同意书发出之前提供一份履约保证,则承包商和供应商担当的风险就更加重大。面临着对于实际时间长度的不确定,他们的投标价格必须有效,以及其他的风险,承包商和供应商将不愿参加投标程序或被迫提高他们的投标价格。也有人建议,允许各国实施这种最后同意要求将限制示范法在一个重要问题上达到的法律一致性的程度。

67. 另一个看法认为,示范法应允许在选择过程的最后阶段实施同意要求,但是应在一较早时间,在送达接受通知以前取得同意。有人说,这样一个方法将有避免最后同意要求可能导致的拖延和增加风险和成本的好处。它也考虑到,根据第(2)和(3)款,采购合同可由送达接受通知或经由签署采购合同而生效。

68. 多数意见认为,示范法必须承认国家有权对采购合同的生效附加以下条件,即投标接受之后给予最后批准。一些国家认为采购合同的生效得到最后批准是必要的,特别是采购合同须经签署的情况,因为审批当局不可能根据采购合同的预发本或不完全文本给予批准。反映这项决定的一种办法是在评注中表示国家执行示范法时可自行添加示范法中未列入的批准条件。有人提议规定在指定的一段

期间内如果没有宣布任何决定,即视为已获批准,但采购实体可延长所订时限。另有人提议增列如下一项规定(a之二),考虑到拖延问题以及采购合同生效的两种可能方式:

“如采购合同须经较高当局或政府批准,此种批准应在向承包商或供应商发出通知后的一段合理时限内作出。采购合同不应在获得批准之前生效或执行(视情况而定)”。

69. 提议的上述规定一般均能接受。为避免拖延,有人建议对给予批准的时限规定具体数字而不用“合理时限”的字样。这项建议未获接受,因为一般认为宜考虑到批准所需时间各个情况不同,视采购合同的数额和性质以及批准来自政府哪一级别而定。但工作组同意,为了减少拖延,示范法应在第17条(2)(y)或第32条新的(3)(b)(四)或(3)(c)中要求采购实体在征求文件中指明取得必要的批准所需时间,并将投标以及任何须缴的投标担保的有效期同该时间联系起来。这样的办法使承包商或供应商同采购实体双方的权利义务更加平衡,排除了以下可能性,就是被选定的承包商或供应商在可能无止境的期间内一直对采购实体保持承诺,而没有最终使采购合同生效的任何保证。工作组注意到增加了第(3)(a之二)项后,第(3)(b)项和第17条(2)(y)可能须加修改。

70. 有人表示,为了明确区分接受投标问题和与采购合同生效有关的问题起见,应考虑把共同列入第32条的这两类问题分列于不同条款。

71. 有人质疑第(3)款(b)项(-)、(二)和(三)等规定的作用,这些规定涉及送交通知至采购合同签署的一段期间内采购实体和承包商或供应商的行为。这些规定看来是以关于条约批准和生效之前签署各方行为的国际法原则为基础,其重要性对于采购程序而言不甚明确。特别是这些规则不同于国家所订其他某些法律规则,对于拒绝签署采购合同的承包商或供应商是否适用还是个问题。第(3)款(b)项(一)内的“目的与宗旨”等字的含意也有疑问。

72. 经过讨论后,工作组同意恢复原先(A/CN.9/WG.V/WP.24号文件所载)草案案文所列较为一般性的原则,因此须删除第(3)款(b)(一)、(二)项(2)和(三)。另外议定案文中应表明第(3)款(b)项可能要求采购合同的生效须经最后批准。

第(4)款

73. 工作组注意到第(4)款必须按照工作组的下列决定重新拟订:如果选定的承包商或供应商未能重新确认其资格,采购实体须选择下一最经济的投标,但不妨

碍它拒绝所有其余投标的权利(见上文第2段)。工作组又注意到,第一句“可接受”和第二句“应发送”在措词上不一致,应一律改成“应被接受”。除此之外,第(4)款可以接受。

第(5)款

74. 工作组接受第(5)款案文而未予改动。

第(6)款

75. 有人提议(b)项内“已经发送”一词的定义中应附带规定承包商和供应商有权证明未曾收到通知。这项提议引起一些疑虑:可用以证明未收到通知的证据属于何种性质,除非采购实体有义务采用一种提供收件证明的送信方法。

76. 另一提议是删除(b)项而在评注中处理“发送”的定义。有人指出,发送的概念在许多法律制度中存在了很久,示范法对这一用语的使用可按照既定含意解释。删除(b)项的提议虽获接受,工作组注意到在示范法中增列一项关于发送通知的统括条文是个用以定义“发送”一词的机会。

第33条

投标程序记录

77. 工作组特别审议了采购实体需要保持的投标程序记录的内容和目的问题,并注意到记录的内容和目的,与记录所应透露程度的问题密切相连。它还注意到记录的目的或使用问题与示范法处理审查的条款内所处理的问题密切相关。因此工作组在审查了第36至第42条之后,继续讨论完记录方面的需要问题。鉴于记录方面的需要出现于示范法处理各种采购方法的若干条款中,工作组决定应该把这些条款合并成为一个单一条款,处理所有采购方法的记录内容和透露程度问题。

78. 有人指出,下列两个问题应予区别:可能使用记录内所载资料以行使示范法规定的补救办法问题,以及采购实体没有编制记录或记录内资料不正确时可能行使的任何补救办法问题。关于后一类的补救办法,又要区分两种补救办法:私人方面可能行使的补救办法和为了确保透明度而可能需要的纠正措施。至于私人可以行使的补救办法,大家同意私人应有权强迫采购实体建立记录,但如采购实体违

反关于记录方面的义务时,不得收受赔偿。大家还同意,对于根据示范法要求审查的时限,应考虑有所例外,以免受损害的承包商或供应商于采购实体违反记录方面的规定时无法行使其要求审查的权利。

79. 有人指出,三类用户会对采购程序记录感到兴趣,但这三类用户各别感到兴趣的资料不同,完全视记录内所载的资料如何使用而定。这三类用户是:公众,以某种方式参与采购程序的承包商和供应商,以及对采购实体行使审计或管制职能的政府机构。因此,大家同意示范法应把记录分为若干部分,某些部分任何人都可取得,某些部分只有受损害的承包商和供应商可以取得,某些部分则为了公共利益只有审计员可以取得。

80. 关于公众,大家同意,记录只需载述下列简略说明:将要采购的货物或建筑,投标或提出其他种类建议的承包商和供应商姓名和地址,以及被选定的承包商或供应商。大家同意,透露给承包商和供应商的记录应包括关于下列问题的额外资料:承包商和供应商是否具有资格,价格和每一投标或建议和采购合同的摘要,评估和比较各项投标或建议的摘要,以及关于否决投标或建议的资料。大家同意,第(2)(a)、(b)款对泄露资料所加的限制应予保持,但示范法应表明透露问题应遵守主管法院的命令。此项例外规定可使法院于认为必要时得例外地使用受限制的资料,例如审查程序的情况。供第三类用户用的记录,其所载资料包括第7条第(5)款所规定的说明,即采购实体根据什么理由选择某一特定的采购方法。

81. 工作组同意,在第(2)款所规定的采购程序完成时,应让各类用户可以取得记录;工作组并同意,在进一步修订条款之前,保留方括号内所载的两个备选办法。工作组还同意,在此一时间之前取得记录所载资料的问题,不在示范法内处理,而留待其他法律处理,例如取得资料法和证据法。

第33之三条至第33之六条 征求建议程序

82. 工作组审议了关于将第33之三条至第33之六条所载有关征求建议程序的使用条件和使用程序的条款加以精简的下述提案:

“第33之三条
“征求建议

“(1) 只要满足下列条件，采购实体可以向尽可能多的承包商或供应征求建议为手段进行采购，(但须经……核准)：

- (a) 采购实体尚未决定拟采购的货物或工程的具体性质或技术规格且希望获得种种可能满足其需要的手段建议；
- (b) 选择得标承包商或供应商的根据是拟议手段的有效性和建议价格二者；
- (c) 采购实体已制定评审建议的因素并已确定每个因素的相对份量和此种因素用于评估建议的方式。

“(2) 第(1)款(c)项所指的因素应衡量：

- (a) 承包商或供应商的能力；
- (b) 承包商或供应商提交的建议的有效性；
- (c) 承包商或供应商提出的执行建议的价格及与之有关的效用周期费用。

“(3) 采购实体印发的建议征求书至少应包含下列资料：

- (a) 采购实体的名称和地址；
- (b) 采购需要说明，包括建议必须遵守的任何技术规格和其他参数以及拟建造工程的地点；
- (c) 评审建议的因素，给予每一因素的相对份量--尽实际可能以货币表示，和此种因素用于评估建议的方式；
- (d) 对建议适用的希望的格式和任何指示，包括任何有关的时限。

“(4) 采购实体开启所有建议书的方式均应避免向相互竞争的承包商和供应商透露建议的内容。

“(5) 只要满足下列条件，采购实体可与承包商或供应商就其建议进行谈判，寻求或允许对建议进行修改：

- (a) 采购实体与承包商或供应商之间的任何谈判都应是机密的；
- (b) 谈判一方在未征得另一方同意的情况下，不得向任何第三者透露有关谈判的任何技术、价格或其他市场资料，但第(8)款规定的情况除外。

“(6) 谈判完毕后，采购实体可要求承包商或供应商至迟于某一明确规定的日期提出其建议的最佳和最终价格。

“(7) 采购实体在评审建议时应采用下列程序：

- (a) 只考虑第(2)款所指并经建议征求书开列的因素；
- (b) 建议满足采购实体的需要的有效性应与价格分别评审；
- (c) 建议价格应在采购实体完成技术评审后才加以考虑。

“(8) [关于征求建议的记录的规定]。”

83 . 有人认为提案中所列的条文有一些漏洞，特别是因为其中没有保留纳入有关投标程序的条文所载的参考条款第33之三条第(2)款的规定。例如，因为提案未载列有关接受建议的规定，或采购合同开始生效的规定，并且因为未与第32条的参考规定相结合，因此法律范本没有在征求建议程序的范围内说明采购合同开始生效的时间。有人在答复时指出，法律范本未对其他采购方法适用的该种形式作出规定，例如单一来源采购、竞争性谈判和要求报价等。

84 . 大家同意应当把法律范本所列的征求建议程序视为与投标完全不同的一种采购方法，因此不宜将处理投标问题的规定纳入其中。可将这类程序中的采购合同生效问题留给适用的法律去处理。

第(1)款

85 . 有人建议将引导句加以修改，以便除了要求向尽可能多的承包商征求建议以外，并且在可能情况下要求至少向三个承包商或供应商征求建议。有人认为这种修改没有必要，因为在征求建议程序通常涉及的大型项目形式中，采购实体为了自身的利益会尽力征求很多建议。但是，一般的看法是，提议的修正建议比较可取，因为只要求“在可行范围内”向尽可能多的承包商和供应商发出建议还无法确保在每种情况下采购实体都能够从足够数目的承包商和供应商征求到建议而达到最低程度的竞争性。

86 . 另一项建议以加强征求建议程序的竞争性为目的，其中说明，应规定采购实体就征求建议程序印发一份说明书。有人反对印发此种说明书的规定，因为它会混淆征求建议程序和投标程序之间的差异，使采购实体必须对它不一定愿意考虑的承包商和供应商所提的建议进行审查。此外，有人表示关切的是，采购实体将要花很多时间来审查建议。但是，一般的看法是，最好有采购实体印发征求建议程序，以期增加竞争性，然而，这项规定应当有一些限制。一项表示应在比较有限度

情况下这样做的建议是，仅规定采购实体同某一行业的最重要承包商和供应商接触。人们认为这一建议不可行，因为它是非常主观的。另一项建议是提供说明书，但可斟酌情况。人们指出，这种办法的价值很有限，因为所提的案文没有排除在采购实体愿意时得印发此种说明书。另一项建议是，应规定采购实体同所提的项目有关部门内营业的承包商和供应商的专业协会接触。

87. 鉴于上述审议和研拟结果，工作组同意按下列内容在第(1)款内增加一项规定：

“采购实体应在一份发行广泛的贸易日报上发布通告，征求有意提出建议者，除非由于经济或效率理由采购实体认为不宜这样做”。

88. 工作组表示理解到，发布通告并无授予承包商或供应商任何权利，包括建议获得评审的权利。

89. 经议定，“尚未决定”等词改为“尚未能够充分决定”。有人认为，新的用语会避免暗示，采购实体可通过征求建议采购，虽然曾经能够决定，但仅未曾采取必要的步骤决定所要采购的货物类型。增加“充分”一词以便不排除使用征求建议方式而当时采购实体只能部分决定采购货物或工程的特性或技术规格的情况。

90. 有人问，第(1)款(b)和(c)项是否宜于保留。有人提议，这两项与使用征求建议的程序有关，其现有位置可能造成混乱，因为第(1)款涉及使用征求建议的条件，而使用的程序又经拟议案文在别的地方提及。有人赞成拟议案文的结构，说，虽然不是绝对必须列入(b)和(c)项，但其用意是从开始就清楚说明征求建议的基本特色。又有人问，是否必须保留(a)项，因为其性质一般，也可以宜于说明使用其他采购方法的过程中用以选定承包商或供应商的标准。工作组决定保留(a)项并在进一步审议前，保留(b)和(c)项于原位置。又经议定，(b)项所说“拟议手段的有效性”必须与第(2)款(b)项所说“建议的有效性”相一致。

91. 有人表示关注，(c)项“评审建议的因素”等词意义并不明确。为了缓解此一关注，有人建议，应按照下列内容增加一项规定，内载所称因素类型并非详尽无遗清单：

“第(1)款(c)项所称因素可包括拟议的工程结构、主要技术问题的鉴定和解决办法纲要、拟议的重大事件计划、以及要采用的质量和时间控制制度。”

92. 有人反对列入此项规定，理由是，这样一份清单，虽然本意是非详尽无遗，但可为一些管理机构解释为限定采购实体只能采用类似清单所列因素。鉴于这种

可能性,工作组决定,不列入拟议条文为好,但可在评注中列入与因素有关的解释。

第(2)款

93. 经议定,因(c)项谈到价格,把开首部分的“应衡量”,改为“应考虑”,以明确显示价格本身可作为一个因素。

94. 建议从第(2)款中删(a)项所涉作为衡量因素之一,用于评审一项建议的承包商或供应商的能力。支持此建议的观点认为,承包商或供应商的能力无法用数量衡量,应作为不同的最低要求对待,只用于确定是否允许承包商或供应商对建议程序提出征求。这种观点认为,把能力用作评审各比较建议的因素造成了高度主观,增加了腐败的风险。这一提议遭到拒绝,理由是,采购实体运用能力作为一评审因素合情合理,因为采购实体可能对一特定承包商或供应商实施建议的能力信心不足,而对另一承包商或供应商的能力则可能颇具信心。工作组议定,为保证不出现《示范法》所列举的滥用作法,应将能力作为一评审因素加以保留。同时议定,《示范法》应授权采购实体排除被视为不可靠或没有能力的承包商或供应商,不准参加征求建议程序。规定采购实体有权只执行其愿意执行的建议,这样可能会取得上述结果。为在这项规定中明确能力作为评审因素,议定应修改(a)项,使其反映承包商和供应商的相对技术和管理能力。

95. 工作组未经修改通过(b)项和(c)项。

第(3)款

96. 工作组未经修改通过(a)项。

97. 议定删去(b)项中“规格”一词,以避免出现与(1)款(a)项的不统一现象。(1)款(a)项规定采购实体在无法充分确定所采购货物或工程的规格时,有权运用征求建议程序。

98. 尽管大家记得工作组在讨论第28条时已决定以货币形式表示评审因素尤为适于评价和比较投标商,但是对(c)项要求征求建议程序中的评审因素应在可行范围内以货币表示是否实际提出疑问。尤其对在只有某些评审因素能用货币表示时怎样评审和比较建评提出疑问。有人指出,在不能以货币表示所有评审因素的情况下,所有因素得转换成“积分系统”。有人认为,以货币表示评审因素会使其在评审和比较投标商中增加了客观程度。工作组议定,案文草案所用方法可以接受,因为它建议以货币表示评审因素,但又允许采购实体在这种方法不可行时避免

采取这种办法。工作组同时注意到，要求让承包商和供应商在征求建议过程中了解到评审因素和运用这些因素的方式，这具有关键性质。经进一步议定，应让货币表示紧接“评审建议的因素”一词之后，以免表示因素的相对权重也可以货币表示。

99. 工作组未经修改通过(d)项。

第(4)款

100. 工作组未经修改通过第(4)款。

第(5)款

101. 工作组未经修改通过(a)项和(b)项。

102. 有人指出，可能产生的问题是，采购实体可能希望修改征求建议中制订的评审因素。在某些情况下，采购实体可能因从建议或从与承包商和供应商的谈判中得到信息而去进行修改。有一个问题及《示范法》应在多大程度上允许修改评审因素，以及这种修改是否会使承包商或供应商猜测另一竞争建议的内容。工作组议定，应允许修改征求建议中制订的评审标准，条件是，这类修改必须适用于并通报给所有参与的承包商和供应商。此外并议定即使谈判开始后，也应允许进行此类修改，但任何修改都应维护谈判的机密性。又议定，第(5)款应增加一项，即要求对征求建议的任何修改或澄清都应通报给所有参与的承包商和供应商。

103. 有人提议，《示范法》应要求采购实体若是愿与承包商或供应商就其建议进行谈判，就应把机遇给予所有提出建议且其建议未被拒绝的承包商和供应商。工作组同意接受这项建议，并将其写入第(5)款的新增项目中。

第(6)款

104. 工作组议定把“最佳和最终价格”程序纳入用于征求建议的程序之中。但是大家同意最佳和最终价格程序应是强制性的，以促进这一过程中的竞争和透明度。因此决定用“应要求”代替“可要求”一词。还同意，应要求还处于程序中的所有承包商和供应商提供最佳和最终价格，并应表明，最佳和最终价格是指开价的所有方面，不仅仅指价格。

第(7)款

105. 有人建议,(a)项应提及第(3)款(c)项而非第(2)款。也有人建议,该项可以暗示运用因素的方式,并考虑到征求建议书中规定关于订正因素的可能性。

第34条

竞争性谈判程序

106. 工作组忆及,工作组第十二届会议曾请秘书处就各国采购法令有关示范法称为竞争性谈判的采购方法的条款,向本届会议作出报告。兹注意到该报告(载于A/CN.9/WG.V/WP.31号文件内)已为工作组收到。

107. 工作组开始讨论第34条,首先就规定竞争性谈判作为投标以外的另一种采购方法是否合适,纷纷表示意见。有一种意见认为,采用竞争性谈判的条件措词太过笼统,给予采购实体自行决定是否放弃使用投标程序的权力太大。又说,采购实体如需要通过谈判进行任何采购,均已在其他二种采购方法--两阶段投标和征求建议--内作出充分规定,因此第34条可全删。又指出,现有形式的示范法会让采购官员不知所措,因为第34条规定的采用竞争性谈判的条件与两阶段投标和征求建议的条件相互重叠。为解决重叠问题,有人建议考虑将这三种采购方法视为三种备选方法,采购实体可以自由选用任何一种。

108. 一如工作组前几届会议的情形,普遍的看法是,示范法应订有竞争性谈判规定。工作组同意,在一个示范法实施的特定例子内显示出采用不同采购方法的条件相互重叠的事实,并不意味这些方法可在示范法内笼统地视为备选方法。又有人指出,第7(3)条处理重叠问题的方法是,确定投标以外的各种其他采购方法的优先次序,供在发生重叠时遵照采用。不过,工作组认为采用竞争性谈判的条件需要进一步完善。

第(新1)款

109. 遵照第十二届会议的决定,即采用投标以外的其他采购方法的条件应在涉及各该方法的个别条款内作出规定,工作组同意将采用竞争性谈判的条件列入第(新1)款内。

110. 一般同意(a)项的主旨。但是,有人认为条文的措词太过笼统,可被解释为涵盖比较适宜于采用更有竞争性的采购方法的一系列采购情况。工作组同意,

该项的案文须要重写,以便更明确地强调货物必须种类特别或技术特别复杂,作为采用竞争性谈判的正当理由。

111. 有人建议说,(b)项案文应修改,以便更清楚说明只有当不可能进行投标程序时,才能引用紧急性作为采用竞争性谈判的理由。根据这样的想法,有人建议具体列出不可能遵守第12条规定的征求程序的种种情况。工作组决定,无需如此修改,因为(b)项已隐含投标的具体方面,例如第12条规定的程序。不过,工作组同意,该项案文应限制只有属于紧急性是不可预见的、而且并非由采购实体的拖延行为所造成的紧急情况,才可援引紧急性作理由采用竞争性谈判。

112. 有人对(c)项结尾是否必要保留:“但合同中包括生产货物,其数量足以使其具有商业可行性或收回研究和开发的费用者例外”等文字,表示怀疑。工作组决定保留该等文字,因为它们的作用在保证采购实体所签订的合同是供作名符其实的研究用途,而不作商业用途。工作组通过了该项案文未加改动。

113. 有人指出,(d)项按照现有案文,只有涉及国防或国家安全方面的采购而需要保密的情况,才能采用竞争性谈判。有人说,这种做法太狭窄,因为可能有采购涉及国防或国家安全考虑而无须保密的情况,而采购实体认为竞争性谈判是最合适的采购方法。有人对提议的扩大(d)项范围表示不安,因为担心这样可能造成在国防或国家安全考虑是次要的情况下,不适当地避免采用投标程序。经过讨论之后,工作组赞同消除提及保密而只提及国防和安全的提议。工作组认为,这种做法会扩大示范法实施的可能性。

114. 有人对列入国防和安全考虑作为采用竞争性谈判的理由,与第1条第(2)款排除示范法对涉及国防或安全的采购的适用,但采购实体指出并在其指出程度之内者除外的规定是否相符,表示怀疑。特别是有人担忧两项规定并列,可能令人对示范法是否普遍适用于国防采购产生混乱。工作组注意到第1(2)条所涉及的是示范法的适用范围,允许采购实体将示范法适用于涉及国防或安全的采购。如此,(d)项所提及的国防或安全与示范法的适用范围无关,反而是允许采购实体一旦决定适用示范法,即可采用竞争性谈判。工作组同意,(d)项案文须重新审查,以便设法促成(d)项与第1(2)条间的关系更明白些,或许可在(d)项内附加与第1(2)条互见的字样。工作组又同意,注文应指出增列国防和安全考虑为采用竞争性谈判的理由,是为了鼓励尽可能扩大示范法对国防和安全采购的适用。

115. 有人提出一项修改(e)项的提议,以便作出如下规定:当基于不成功的投标程序而从事竞争性谈判程序时,最后签订的采购合同的价格不应高于投标程序

的报价,而且采购合同的条件亦应保持不变。这项提议未获赞同,因为认为这样对采购实体限制不当。此外,有人对这种做法是否实际可行也表示怀疑,特别是因为在取消不成功的投标程序和开始竞争性谈判程序的期间内价格可能上涨。有人建议增列通货膨胀因素以应付该项可能性,但未获赞同意见。工作组同意,(e)项案文应保持现有的主旨,而且列出从事新的投标程序大概不致获得采购合同的种种原委,足够保障竞争性谈判不致受到滥用。请秘书处检查(e)项,以便根据工作组以前关于选定的承包商或供应商没有再度证实其资格时,采购实体有权拒绝全部投标的决定,确定是否作出任何修改。

116.如同示范法内提及采购条例的其他规定的讨论情况一样,有人对(f)项提及采购条例是否妥当和效力如何,表示质疑,因为第4条已授予缔约国有权自行决定是否公布采购条例。与(f)项有关的这项问题,已因工作组基于征求报价程序的竞争性较强,因此比更复杂而需保密的竞争性谈判方法更适宜用作低价值采购的采购方法所作出的决定,而无须审议。

第(新1之二)款

117.工作组同意,鉴于不予保留第(新1)(f)项的决定,因此不须保留第(新1之二)款。

第(1)款

118.有人提请工作组注意,一些国家的采购法规定在谈判程序中,采购实体应要求所有参与程序的承包商和供应商应在采购程序较后阶段的某一指定日期之前提出其“最佳与最终发价”,并根据上述最终发价选定承包商或供应商。有人为此一步骤使谈判程序具有纪律和竞争性,因此应考虑将其列入第(1)款。但有人对普遍规定“最佳与最终发价”步骤表示了保留意见。认识到在某些情况下这个步骤可能有帮助,但在另一些情况下,它很可能过分限制采购实体的谈判能力,约束其取得最佳价格的能力。另外令人担忧的是,“最佳与最终发价”步骤可能无意地造成助长承包商或供应商互相勾结的后果。根据上面的意见,工作组同意示范法应规定“最佳与最终发价”步骤,但其使用应由采购实体酌情决定。工作组还表示,据其理解,“最佳与最终发价”的概念不仅指价格,而且也包括报盘的技术和一切其他方面。同意的是,评论应讨论采购实体在决定是否使用“最佳与最终发价”步骤方面应考虑的因素。工作组通过第(1)款案文,但将增添“最佳与最

终发价”步骤的案文。

第(2)款

119. 工作组接纳在第(2)款所提及的各种资料的清单上增添“说明”一词的提案。工作组通过本款,但须作出上述修改。

第(3)款

120. 有人认为,目前第(3)款的案文,特别是提及“任何第三者”之处,未清楚说明是否只禁止采购实体和参加的承包商和供应商向与竞争性谈判程序没有关系的人透露资料。特别感到关注的是,本款可以被解释为不禁止参加的承包商和供应商互相交换关于谈判的资料。认识到采购实体想向某一承包商或供应商透露关于采购实体与另一承包商或供应商的谈判的资料的可能性一般比竞争的承包商和供应商试图互相交换资料的可能性为高,但指出存在着的危险是参加的承包商或供应商互相勾结的问题。同意的是,第(3)款限制程序参与者向任何第三者透露资料的规定既包括承包商和供应商互相交换资料也包括采购实体向承包商或供应商透露与另一承包商与供应商的谈判资料的行为。建议第(3)款的用意可较清楚地表达,如案文指明“任何其他入”或“任何其他承包商或供应商或任何第三者”,而不仅仅是提及“任何第三者”。

121. 有人指出,限制透露资料的规定过于广泛,因此可能与一些国家的资料公开立法发生抵触。建议应仅限制“机密”资料的公布。支持现有案文的人指出,因为必须保护竞争性谈判程序中的机密性,所以任何第三方均无权获得关于采购实体与任何承包商或供应商的谈判资料,特别是在谈判过程中。有人指出,在已有资料公开立法的国家,那些法律将解决与示范法发生的任何冲突。该观点认为,第(4)款充分解决了应该公开哪些资料的问题。工作组同意现有案文的基本内容,但同时认识到可能应将其要保护的资料种类的范围稍加限制。应保护的资料包括谈判的技术和价格方面,但不包括参加的承包商和供应商的身分等公开对程序有利而无害的事项。至于如何改写第(3)款的问题,建议增加“机密”一词的提案不获支持,因为恐怕这会引出什么资料为机密资料的复杂问题,尤其是第(3)款规定整个谈判程序为机密的。大家同意可具体提及技术和价格资料以及其他市场资料。还有人建议为进一步澄明内容,应明确规定第(3)款是指竞争性谈判程序终结之前的时间,第(4)款则涉及在竞争性谈判程序终结后公布资料的问题。

1 2 2 . 请秘书处修订第(3)款,以反映工作组的讨论和决定。

第(4)款

1 2 3 . 同意推迟审议关于竞争性谈判程序记录的规定,以待工作组审议一项普遍包括各项记录规定的总括条款。

第34之二条

征求报价

第(1)款

1 2 4 . 有人建议,在提到适用于征求报价的货物类别的地方应作出修改,使其包括那些易于识别的或按明白标定价格购得的货物,这样做是为了明白表示,此处所指的货物是有市场的。有人指出,“所列价格”一语不够精确。工作组同意这个建议的主旨,并请秘书处审查执行此建议的具体方式。

1 2 5 . 有人建议,鉴于第4条规定使采购条例的颁布与否变成是任君选择,所以有必要重新考虑在采购条例中规定一个价格,凡低于此价格时即要求其采用征求报价程序的作法是否适当,以及其效果如何。有人指出,根据某些法律制度的作法,如果立法国不颁布采购条例,则采购实体即不能采取征求报价程序。还有人指出,在示范法的其他条款中,立法国不颁布采购条例也会产生后果,所以工作组已决定对此情况进一步作一般性的审查。

1 2 6 . 有人提议,评论中应当指出,当采购实体使用这种采购方式时,应采取必要措施,确保所采购的标准化货物达到所要求的品质标准。

第(2)款

1 2 7 . 工作组不加修改地通过了第(2)款的案文。

第(3)款

1 2 8 . 工作组考虑了第(3)款是否应具体规定采购实体向起码数目的承包商或供应商征求报价的问题。虽然工作组知道规定一个起码数目--如目前草案的作法--的好处是明白规定了采购实体的责任,但是大家都同意,为所有情况定立划一规则是不可能的。这是因为在有些情况中,由于没有达到起码数目的承包商或供应商

能够满足采购实体的需要,采购实体无法得到起码数目的报价。为了寻求一个具有弹性的办法,而同时又能保留起码数目的优点,工作组同意一种作法,即规定采购实体在现实情况允许下征求最大数目的报价,尽可能达到至少有三个报价的要求。

129. 有人问,是否有必要在最后案文中保留禁止谈判的那句话。他说,这句话可以删掉,因为在实际作业中,征求报价时必然会进行谈判的。普遍的意见是,不得进行谈判的句子应予保留,因为这是这种采购办法的一个重要因素。大家还认为,基于另一个理由,谈判也应予以禁止,那就是,示范法中包括其他的采购办法,而其中充分照顾到采购实体在采购过程是使用谈判手段的情况。

第(4)款

130. 有人建议将“最低报价”改为“定价最低而符合要求的报价”,以确保采购实体不一定要接受最低报价--如果该报价不符合要求的话,这里需要保持弹性,例如,如果一个报价最低的承包商或供应商不能够答应在规定的时间内提交货物。工作组接受了这个建议。有人还指出,目前的说法可能还有另一个不属本意的后果,即:采购实体必须接受最低报价,即使最低报价仍然过高。有人建议,这可以加以澄清,即明白指出,只有在实际上授予合同时,采购实体才有义务接受最低的、符合要求的报价。

131. 有人认为,按照目前第(4)款的措词,即使采购实体明明知道最低报价的当事人不可靠,它也不能不接受。为了避免在这方面限制采购实体,有人建议在“承包商或供应商”之前加上一个“负责的”字眼。有人反对加添这几个字,因为征求报价过程容许采购实体在征求报价之前先对承包商或供应商的可靠性作出调查。不过,工作组承认,可能在有的情况下,采购实体是在它自承包商或供应商处得到了最低报价之后才发现其不可靠的。大家同意,在这种情况下,并且在采购实体只能得到承包商或供应商的名册的情况下,采购实体应当能够拒绝接受来自不可靠的承包商或供应商的最低报价。至于在起草的措词方面,有人建议用“合格的”三字,而不用“负责的”一词,可是有人表示反对,认为这有损征求报价程序的非正式性。还有人反对使用“具备能力的”字眼。工作组于是请秘书处去寻找一个能够考虑到承包商或供应商的可靠性的措词办法。

132. 有人问,“最低报价”是否仅指货物本身的价格,还是也包括其他的费用,如运费和保险费。有人指出,这可以由采购实体根据其对报价的评价去理解,由此

决定到底应当选择那一种报价才能使它得到最低的总价格。因此,这是一个案文措词的问题。工作组请秘书处审查价格中应当包括的项目问题,以及这个问题是否也涉及其他的采购方式;并且,如果是的话,是否有必要在第2条中对“价格”一词下定义。工作组还建议,由于这不是实质性问题,价格的组成问题可以在评注中处理。

第(5)款

133. 工作组同意暂时不审议征求报价程序中的记录要求问题,留待工作组对管辖记录要求的一般性条款进行了审议之后。

第35条

单一来源采购记录

第(新1)款

134. 第十二届会议决定,应在涉及招标以外的其他采购办法的个别条款内制订采用上述其他办法的条件,依照这项决定,工作组同意在第(新1)款内列入采用单一来源采购办法的条件。同时也一并同意该条的标题为“单一来源采购”。

135. 有人认为,参考大量关于可以采用单一来源采购的情况显示出,采用不同采购办法的各种条件之间出现重复的可能性越来越大,而采用单一来源采购的某些条件的效用令人怀疑,因此可以删去。针对这个问题,有人指出,第7条第(3)款确定了招标以外各种采购办法的优先次序,这一条足以解决重复的可能性。

136. 有人建议,应删去(a)项,因为采购价值低不应成为采用单一来源采购的理由。有人指出,条文没有定明寻求有利价格的义务,并指出示范法提供了更具有竞争性的办法适用于低价值采购,即征求报价,又指出采用这种办法只需作出很小的额外努力。鉴于上述情况,同意删去(a)项。

137. 工作组同意保留(b)项的现有案文。不过,有人提出了该项与某些国家要求许可证的做法之间的关系的问题。

138. 关于(c)项,有人认为,如果造成紧迫性的条件可以预测并加以避免,或由于采购实体的拖延而引起,则这种紧迫性不应成为采用单一来源采购的理由。工作组同意应根据上述意见修改(c)项。工作组又同意,(c)项的现有案文不能充分与作为根据第34条第(新1)款(b)项采用竞争性谈判办法的依据的紧迫性区分开来。

因此,工作组决定(c)项只限于灾难事故。有人认为,(c)项可进一步加以限制,即只能向单一来源采购必需的数量,直至可以采用较具竞争性的采购办法为止。

139. 有人担心,(d)项在标准化的口号下可能会导致鼓励采购实体违背其本身的利益继续采购同一类型的货品或工程。这不必要地排除了采用一种竞争性采购方针的可能性,而这种方针可能导致采购更为适当的货品并减少发展当地生产的可能性。鉴于上述考虑,工作组同意应重新拟订(d)项的案文,以便明确地表明只有在没有其他可行办法的情况下才能适用该项。应要求采购实体考虑各种因素,包括原有采购是否适当、提议的采购数量与原有采购数量的比较、价钱是否合理以及有关货品的备选品是否适合等问题。有人认为(d)项内所用的“须”字与(新1)款开头语内所用的“可”字不一致。

140. 工作组决定不增列拟议的(d之二)项和(d之三)项。(e)项案文未经修改获得通过。

141. 工作组同意根据议定就第34条(新1)款(d)项进行的修改来修改(f)项。有人建议,评注应表明列入(f)项的目的是为了方便适用示范法来进行涉及国家安全或国防的采购。

142. 关于(g)项,有人认为,以社会-经济因素作为单一来源采购的理由会大大增加滥用单一来源采购的危险性。根据这种意见,某一国家如果希望促进社会-经济政策,可以通过招标程序有效地进行推广工作,这种程序具有竞争性而且公开接受大众的检查,因此更可能有效地使用公共资金。针对这一点,有人指出,各国一般来说不愿意完全放弃以社会-经济原因采用单一来源采购的权利。各国政府经常碰到下述特殊情况:社会-经济和政治原因使它们不得不在没有经过任何竞争性程序的情况下授与采购合同。可能会出现这样的情况:某特定地区的一个生产单位雇用了极大比例的劳工人口,而这个单位正濒临关闭。

143. 鉴于上述考虑,工作组同意应有一项保险性条款与(g)项并列,以适用于特殊情况,但这需要列入若干程序来保证其透明度。有人指出,工作组已同意避免在第28条内使用“社会--经济”等字,因为它含意模糊不清,并指出基于同一理由在(g)项内也应避免使用这些字眼(见上文第34段)。提议重新拟定(g)项案文如下:

“(g) 为了促进第28条第(7)款(c)项(三)内所具体列明的政策而有必要向特定承包商或供应商采购,并在通知大众并提供充分评论机会之后获得批准。”

工作组认为拟议的新案文可以接受，条件是必需增添下述文字以阐明(g)项的特殊性质：

“……而且向任何其他承包商或供应商采购都无法促进这些政策。”

144. 工作组同意，由于(f)项经过修改，(h)项所述的种种情况已不存在，因此可加以删除。

145. 有人怀疑保留(i)项是否可取。特别是，有人认为该项规定容许采购实体授予愿意建立或取得特别设施或能力的某特定承包商或供应商一份采购合同而不要求采购实体确定是否有任何其他承包商或供应商愿意做同样的事而且价格可能更加相宜。又有人提议，在的确只有一个承包商或供应商能够符合采购单位的需要的情况下，没有必要适用(i)项。因此同意删去(i)项。

(新1之二)款

146. 工作组同意删去(新1之二)款，因为已删去(新1)款(a)项。

第(1)和(2)款

147. 工作组同意推迟审议关于单一来源采购程序记录要求的问题，直至工作组审议适用于所有采购办法记录要求的总括条款为止。有人询问，记录要求之外是否可能有关于单一来源采购程序的任何程序要求，以便可以在示范法内有效处理。针对这一问题，有人认为列入新的程序细节可能会使示范法过份复杂。

二、采购示范法第36至第42条草案

(A/CN.9/WG.V/WP.27)讨论情况

148. 为了审议根据示范法审查采购实体的行为和决定及其采用的程序，工作组收到秘书处的一份报告(A/CN.9/WG.V/WP.27)，其中扼要叙述对于处理审查程序的问题，可能采取的三种办法。第一个办法是拟订一些准备由执行国采取的条款，作为示范法的一个组成部分。第36至第42条草案就是提交工作组，备供审议这个办法。第二个办法是拟订处理审查的条款，但这些条款的作用与示范法主体条款的作用不同：第36至第42条的作用在于作为执行国评价其本国审查程序是否充分和有效的准则。而这些条款则包括委员会认为一项充分和有效审查办法必须具备

的基本组成部分所有要点。第三个办法是，采购示范法不载列立法性的审查条款。而于委员会通过示范法时，由委员会同时表明必须有一项有效的审查办法，其表明方式为，向各国提出一项建议，列述委员会认为必要的要点。这种建议的可能措词已向工作组提出。

149. 工作组开始审议审查问题时，即讨论这三个可能办法。有人支持第一个办法说，如果示范法不载列第36至第42条所提议的那种关于审查的最低限度条款，示范法作为良好采购做法基准--不论对订有采购法律的国家抑或对未订有此类法律的国家--的效力，会有所减少。但有人反对第一个办法，认为审查程序事实上牵涉到不同法律系统和国家行政制度的根本概念问题和结构问题，因此很难拟订普遍适用的审查条款。至于第二个办法，有人认为这个办法与第一个办法究竟有何不同，并不清楚。有人怀疑第三个办法的用处，因为仅仅建议，不是一项充分有效的办法，不足以确保制订示范法的国家也会制订必要的审查程序。有人指出，由委员会颁布的建议，其效力不及由欧洲共同体理事会颁布的指示，尽管秘书处提议议案文仿照欧洲共同体理事会所通过的一项指示，该项指示处理欧洲共同体关于采购的各项指示所涉案件的审查。此一区别特别是因为欧洲共同体的指示受欧洲共同体执行机制的监督。工作组讨论后，决定暂不对三个办法中采取哪一个办法的问题作出决定，等到工作组审议第36至第42条草案结束后再作决定。

第36条

要求审查的权利

150. 工作组同意示范法中的审查条款应包括一项符合第36条主旨的规则，一般性地指明有权要求审查的当事方为何。有人指出，这样的规则在某些法律制度中称为资格规则，通常是针对政府实体行为当事一方的利益或该行为中引起的损害而定义的，与行为所涉实质性问题的曲直无关。但普遍的想法是，第36条规则中的若干关键成分订得过于广泛，以致示范法中审查程序的范围不能确定。特别是有人表示其中的“任何人”的用语不够明确；提及要求审查的权利所需的有关利益或损害的字样范围应缩小；提及采购实体非法行为或决定或所采用的程序的用语过于广泛，可能包括了采购程序中不应引起私下补偿的某些方面；采购过程的任何阶段或采购过程结束后均可审查，这样的规定使人不明白第36条适用于采购程序的哪些方面，是否有任何审查的时限。

151 . 关于提及许可提出审查要求的当事方的字样, 工作组同意第36条中“任何自然人或法人”应改为“任何承包商或供应商”。这一用语在第2条中下了定义, 包括可能的承包商和供应商。另一个问题是提及国籍将会产生何种影响, 因为工作组第十一届会议曾就第11条作出以下决定, 即一般避免提及承包商和供应商的国籍, 从而无须定义国籍。此外, 提到国籍可能无意中暗示了外国承包商和供应商有权抗议采购实体只限国内承包商和供应商参加采购程序的决定。对上述问题的答复是, 第36条提到国籍是为了不致将国籍作为合格的先决条件, 因而无须加以定义, 也不应影响采购实体根据示范法采取全属国内范围的采购程序的权利。大家同意, 在这里不提及国籍。

152 . 关于承包商或供应商可基于何种类别的行为、决定或程序提出审查要求, 这一点上意见分歧。一种意见认为, 现有案文“采购实体的某一非法行为或决定或采用的程序”是妥当的, 因为这样的规定不致使承包商或供应商要求审查的权利因有关行为、决定或程序的性质而受限制。这种意见认为采购实体的所有行为均可受到审查, 承包商和供应商不应由于所抗议行为的性质而无权要求审查。这样, 个别案件中要求审查是否合理, 就要由审查机构来决定。但多数人的看法是, 示范法中关于审查和补偿权利的条款范围应予缩小, 因为示范法并非所有条款均属如下义务规定: 如果采购实体不履行这些义务, 表示不满的承包商或供应商就有要求审查的私权。

153 . 有人注意到, 示范法中有些条款规定了采购实体采取某种行动或遵循某种程序的义务, 而其他的一些条款则让采购实体自行决定。一般同意义务与自行决定之间的区别, 并且当某项行动被规定为义务时, 则该项义务的目的应当被用来作为区分两类条款的标准, 一类条款是可以产生要求审查的私权, 另一类则不能。根据这种作法, 凡是容许采购实体自行决定的条款不会引起要求审查的权利, 除非采购实体完全没有行使自行决定的权利或者行使时非常任性。此外, 还有一些涉及采购实体自行决定的条款无论如何也不会引起私下的补救行动。因此, 根据工作组同意的办法, 示范法中凡是有关承包商和供应商的资格和选择的条款是对采购实体赋予义务的, 因此产生审查的私权; 其他条款, 如第7条, 涉及采购实体选择其采购的方法, 或如第3之二条, 涉及示范法与执行国的国际义务, 系属于自行决定的事务, 其目的为公共利益, 因此不算是建立任何私权。大家进一步同意, 关于采购实体违反其在保存采购程序的记录方面的审查与补救办法的问题, 只有在工作组决定了记录的目的和内容之后才能适当讨论。

154 . 关于如何在示范法中就违反所规定的义务时应当采取的行动制定条款,提出了几项建议。一项建议是,根据某些国家使用的起草法律的作法,将第36条的范围限于采购实体违反示范法所规定的义务的情况。另一项建议是,根据另外一些国家起草法律的作法,在示范中列出一系列的条款,并规定凡是违反这些条款时就需要采取行动。有人表示关切说,列出清单的潜在危险是难免漏列一些条款。有人提到列出清单的另一项困难,即有些法系中认为这是将实质规则与法律地位问题混在一起。不过,有人指出,至少在有些国家中使用这种清单是很通常的,这种作法不太会跟一般行政法的现有程序法发生冲突。为了协调这两种作法,有人建议将两种作法都提交执行国,由后者选择较适合国情者用之。这可以由两种方法达成,一是将两种选择皆列入示范法中,一是在示范法中仅保留很简单的条文,而在评注中列出可引起补救的条款,并表示,执行国如愿意可以将此清单纳入示范法的案文中。

155 . 还有一个建议是,在示范法中认为可以提出纠正的部分,特别是在关于包商和供应商资格审查和选定的条款中,可以列入一些规定,说明这些条款提供私人补偿,然后也可以让程序问题按照颁布国适用的一般行政法解决。有人建议,这种处理办法具有集中注意审查权利和采购具体方面赔偿的实质法规的优点,这是通过颁布国一般行政法所无法做到的,因而可以避免侵犯行政法的一般领域。

156 . 按照工作组有关审查权利只与示范法一些条款有关的决定,特别是关于包商和供应商资格审查和选定的决定,大家同意,一个人求有权要求审查而必须有的利益或损害概念应与采购实体违反这些条款所规定义务所受到的实际或可能损失或损害有关。因此,由于违反允许采购实体斟酌处理的条款而受到的实际或可能损失应排除在这概念之外。

157 . 至于可能要求审查的阶段,有人问第36条是否旨在处理采购实体在开始采购程序之前所采取的行动。举出的具体例证涉及采购实体将承包商或供应商排除在任何特别采购程序中采购实体独立保存的承包商或供应商名单或名册之外。有人还提问第36条是否可以解释为不仅涉及审查采购程序,而且也涉及审查采购合同执行时所出现的争端。在答复这些问题时,有人指出第36条旨在仅涉及示范法所规定采购程序各方面,而且这一点应该加以说明。

158 . 审议之后,工作组请秘书处修改第36条,以便反映工作组的讨论意见和决定,包括上文第154段所述列出清单的备选方法或提及违反时将引起赔偿责任的决定。

第37条 由采购实体或核准机关审查

第(1)款

159. 有人表示意见说, 示范法不宜规定首先由采购实体或核准机关进行审查。根据这种意见, 采购实体或核准机关推翻自己原先的决定的可能性很小, 因此, 鉴于这一途径实行起来所涉费用与时间, 示范法不应作出第37条所构想的程序的规定。又有人说, 第37条的程序会与一些国家让受害方直接诉诸司法复审的法令抵触。但是, 普遍的看法是, 第(1)款的基本做法是有益的, 应该保留。有人认为, 需要让采购实体有再次考虑一个决定的机会, 因为可能有很多情况采购实体会自愿纠正已做出的错误。这种做法应用很广泛, 它使司法系统避免那些当事方本身可能解决的案件, 减轻不必要负担。又有人指出, 没有这样的程序, 受害的承包商和供应商如果不愿进行司法或其他审查方法, 就没有任何审查途径可走。有一项建议是, 采购实体或核准机关的最初审查应由其自行决定, 但未获赞同意见。

160 工作组注意到第(1)款开头的文字(“除非采购合同已经生效”)与第(3)款文字都放在方括弧内, 以便请工作组审议该两项规定采购实体或核准机关审理投诉的权限于采购合同生效后即告丧失的条文, 是否应该保留。又注意到秘书处已经指出这些条款的基本政策是, 一旦采购合同开始生效, 采购实体或核准机关的首长就不能有益地要求采取纠正措施(赔偿除外), 除非在审查过程的该一阶段核准采购合同注销。

161. 工作组承认可能会有已经生效的采购合同需要注销的案件。例如, 一个大合同出于舞弊而发给某一承包商或供应商, 就属这种案件。但是, 一般认为注销采购合同对采购过程的骚扰很大, 通常也不符合公众利益, 因此示范法不应作出规定。适宜注销的实例, 可由适用的合同或刑法充分处理。同意在评注内指明示范法没有关于注销的规定, 并不排除根据其他法律系统作出注销的机会。因此, 第(1)款开头方括弧内的条文的保留, 无人提出异议。

第(2)款

162. 有人表示赞同限制采购实体或核准机关的首长的审查时间的看法; 但同时, 有人指出, 该段时间的长短可根据所要求的补救的性质加以确定。例如, 准备投标所付费用的索赔要求不需规定紧凑的时限, 而如果补救涉及中止采购程序, 就适

合规定紧凑的时限。

第(3)款

163. 工作组通过了第(3)款所包含的概念。

第(4)款

164. 有人问, 提议的二十天时限是否让采购实体或核准机关的首长在签发书面决定之前有充分的时间来进行任何所需的调查。有人建议把该项规定改为二十个工作日, 这样至少可以解决有关假日和周末引起的任何不确定性。另一个提案认为应允许采购实体在一个短时间内发出一项口头决定, 而在一个较长的时间内提出书面决定, 这项提议没有得到支持。有人请秘书处根据工作组的讨论进一步审议时限的问题。

165. 在讨论第(4)款时, 有人问是否应要求采购实体或核准机关的首长在收到要求审查的申请后停止采购程序。有人表示, 这项要求将会干扰采购的程序, 而且可能引起滥用的情况, 例如承包商和供应商提出毫无意义的投诉以期迫使一个不希望采购程序受到干扰的采购实体支付款项。同时, 人们确认到, 为了保持蒙受损失的承包商和供应商的合法权利, 作出某些停止的规定可能是恰当的。工作组注意到, 有关停止的规定的可能会涉及到的问题包括, 由何人签发停止令, 为取得停止令必须要确定哪些因素, 停止的期限, 以及采购过程的哪些方面应予停止。工作组注意到, 第41条是关于停止采购程序的, 因此决定延迟到审议该条时再进行有关停止的讨论。

166. 有人对第(4)款(b)项提到由采购实体或核准机关的首长支付赔偿表示担忧。特别是有人认为, 这种赔偿的支付办法可能会受到滥用。有人还指出, 采购实体或核准机关在许多情况下可能没有支付这种款项的权力, 而且这种办法的可行性可能取决于有关实体的大小, 以及在其内部是否有一个半独立的审查机关。有人认为, 为了避免这个问题, 应把支付赔偿的权力交付给法院或其他的独立机关。一种相反的意见认为可以保留支付赔偿的提法, 因为允许采购实体或核准机关向蒙受损失的承包商或供应商支付赔偿本身并没有任何错误。这种办法将可以避免不必要的诉讼。有人进一步指出, (b)项是让人自由选择的, 因此应由制定法律的国家财政和预算控制来决定这种直接赔偿是否适当。有人建议修改(b)项以强调这种付款的例外性质。另一个提案是, 应由一个独立机关负责向采购实体或核

准机关的首长就是否支付赔偿提出建议。

167. 工作组同意示范法应让采购实体或核准机关的首长能够支付赔偿。但，它也同意，并没有必要在示范法中提到这种赔偿。

第(5)款

168. 有人建议，应考虑在第(5)款内列入一项规定，要求在采购实体或核准机关的首长一旦作出了不利的决定后，即自动将要求审查的申请提交上一级审查。工作组通过了第(5)款包含的概念。

第(6)款

169. 工作组通过了第(6)款包含的概念。

第38条 行政审查

170. 工作组注意到，第38条对等级行政审查作出了规定，而其法律制度中并无针对行政机构的行为，决定和程序实行等级行政审查的国家可删除第38条，而仅规定司法审查(第40条)。有人建议，应将第38条置于方括号内或加上适当的脚注，从而在示范法中表明这项选择。

第(1)款

171. 关于在本款开头处提到的“任何人”，人们同意，这里以及本条中任何提到可能投诉人的地方都应符合工作组关于以第36条作为一般资格规则的决定(见上文第150至158段)。

172. 人们进一步同意，第(1)款应包括提出投诉的时限，而该时限应很短，以至于不会对投标过程的进展产生不利的影 响，人们还同意，第38条应要求向采购实体或核准机关发出投诉通知，以便使该机关能履行第39条第(1)款的义务，通知投诉涉及的所有承包商和供应商。

第(2)款

173. 开头处使审查机关有权批准列在(a)项至(h)项中的一项或多项补救办法

的文字将是审查机构不具备这项权力而只能提出建议的国家所不能接受的，有人对此表示关切，为了调和这些意见，人们同意，“可批准”等字应由“可[批准][建议]”等字代替。

174. 人们认为所列可能补救办法在某一方面过于狭窄，而在另一方面却又过于广泛。人们同意，拒绝受理投诉的可能性应明文列出，作为审查机构可以采取的一种措施。人们还同意，(f) 项应根据工作组较早时的决定，予以删除，该决定认为示范法中不应设想到采购合同生效后废止或搁置该合同的情况，这种情况应留待其他方面的法律来处理(例如合同法或刑法)。

第(3)和第(4)款

175. 工作组通过了第(3)和第(4)款包含的概念。

第39条

适用于第37条[和第38条]审查 程序的某些规则

第(1)款

176. 有人建议应要求采购实体或核准机关在收到第37条的投诉通知后应立即履行第(1)款的通知责任。

第(2)款

177. 人们对第(2)款的变式A和变式B提出了种种问题，有人鉴于工作组有关废止采购合同的决定(见上文第161段)认为变式A是不恰当的。有人还关心，变式A将会不合理地使成功的承包商或供应商无法参与审查过程。另一个人们关心的问题是，“某一人”等字不符合工作组关于第36条内一般资格规则的决定。

178. 关于变式B，人们关心的一个问题是，第一句包容的范围太广，它可能会让提出毫无意义的要求的承包商或供应商都能参与审查过程。另一个人们关心的问题是，第一句没有具体说明何种类别的人以及关系到其利益的何种采购程序或哪一个阶段。

179. 还有人认为，参与审查过程是一项基本权利，示范法不应加以限制，如果象第二句显然规定的那样，审查机关有权对受影响的一方是否可以参与审查过程

作出初步决定,这将是违反上述基本权利的。

180. 鉴于以上意见,工作组在讨论后同意只保留变式B的第一句为第(2)款,但“声称其利益”应由“其利益”代替,“均可”二字应由“均有权”等字取代。人们了解,审查机关将在这项规定的基础上,就象它对它受理的任何其他问题一样,对参与的权利的问题作出决定,但该决定将受到制定法律的国家的法律所规定的任何行政或司法审查的审查。

第(3)款

181. 工作组通过了第(3)款包含的概念。

第40条 司法审查

182. 经协议,第40条开头部分的“人”字,应按照工作组早先关于示范法第36条类似用语的决定,改为“承包商和供应商”。

183. 有人要求澄清,第40条的目的是否只准许根据示范法对采购决定进行专门的司法审查,或准许法院与根据示范法第37条和38条有权进行审查的其他行政机关同时拥有管辖权。答复是,第40条规定了司法程序,授予指定的一个法院或几个法院以管辖权,并明确规定了可以开始提出诉讼的情况,以及明确规定,是否同时拥有管辖权应视一个国家是否规定必须穷尽各级行政审查的程序而定。

184. 有人建议,该条应列入根据第40条由法院进行司法审查的性质与范围的条款。这些条款可以规定的事项有:法院的审查是否按照是非曲直全面审查行政措施,或法院审查是否限于行政机关方面的法律错误,法院是否得到授权以法院的裁定替代行政机关的裁定,或只得到授权去撤销该行政决定。据说,在司法审查行政措施不太发达或不太精密的管辖制度中,未能考虑到采购程序的特性时,这种条款特别有用。

185. 相反的意见认为,示范法不应当列入关于司法审查的性质与范围的条款。据说明,这种事项很难于在示范法中规定,因为各国关于司法审查的性质与范围的惯例差异很大。有人建议,关于需要一个关于管辖权的方针的问题,可以在对示范法的评注的解释内处理,或在第40条的附注内处理。

186. 大致取得协议,第40条应尽量广义地说明任何受害的承包商或供应商在

法院提起诉讼时的权利,有人说,司法审查是示范法中最重要的补救办法。又有人说,根据许多国际公约,受害一方向法院提出诉讼的机会,是得到最大保障的。

187. 有人提议,第40条应当只保留开首一句,而开首部分的最后一句以及(a)至(d)项均应删除。据说,这样便可保证向法院提出诉讼的最大机会。这一提案被接受。

第41条

停止采购进程[和采购合同的履行]

188. 关于第41条所提供的两种处理办法,即变式A和变式B,变式B被认为比变式A较为可取,因为它给予下令停止的机关更大酌处权。这种酌处权是合乎需要的,因为停止采购进程或采购合同在某些情况下可能会对进程造成严重混乱,对采购实体和公众造成困难。有人表示停止进程或合同可能致使例如某一项目的完成受到耽误。

189. 若干人对停止权力的行使提出了建议。一个建议是行使停止权力的当局须说明作出决定的理由。另一个建议是应考虑规定停止的时限,以避免采购进程受到耽误。还有一个建议是,在行使审查权的每一级当局处理停止的问题可能会更好。例如,有人指出,第一审查当局不行使停止权力的决定可能会为其他审查级别造成困难。

190. 经过讨论后,工作组认为停止的问题引起了许多必须进一步加以审议的争论点。工作组决定请秘书处就这个主题编写一份说明,供工作组第十四届会议审议。

第42条

采购实体的纪律、行政或刑事责任

191. 有人认为第42条可予扩充,以包括民事责任。但普遍的意见是这项规定没有必要。有人指出,示范法没有影响到其他法律赋予的权力的任何规定。鉴于这种情况,没有必要说明审查程序不影响采购实体或官员根据本国法律而可能承担的任何纪律、行政或刑事责任。

192. 工作组同意删除第42条。

三．未来工作计划,包括编写评注

193．在工作组结束对示范法第28至42条草案的讨论时,工作组讨论了其未来工作计划,特别是评注的编写。有人回顾工作组第十一届会议已认可它在第十届会议所作的关于示范法应附有评注的决定,而且工作组已讨论了评注的可能作用和结构,但没有就此种作用和结构作出最后决定(A/CN.9/331,第13至16段)。

194．有人指出,工作组在整个讨论过程中都是根据这样一个假设行事的,即:示范法将附有评注,而且最后将由委员会通过。例如,工作组已决定有若干争论点不在示范法内解决而在评注内处理,而且有时还会提出各种选择,以便指导各国如何执行示范法。

195．工作组重申先前所作的关于示范法应附有评注的决定。工作组还决定在下届会议详细审议评注的可能作用和结构,以及编写评注的时间和程序。

196．工作组注意到第十四届会议将于1991年12月2日至13日在维也纳举行,并请秘书处根据第十三届会议的讨论意见和决定对示范法作出修订。工作组决定,在得到委员会核准后,将已在委员会第二十四届会议报告内载明的、原定于1992年8月3日至14日举行的第十五届会议,改在1992年6月22日至7月2日在纽约举行。