



大会

Distr.: Limited
14 February 2012
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第二十一届会议
2012年4月16日至20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

增编

本增编载有就《贸易法委员会公共采购示范法》第八章（质疑和上诉）随附的《指南》案文提出的建议。



《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》

第二部分. 逐条评注

.....

第八章. 质疑程序^[**超级链接**]

A. 介绍

概要

1. 有效的采购制度的一个关键特点是有各种机制能够监测采购制度各项规则得到遵守并在必要时强制执行这些规则。这类机制包括质疑程序、审计和调查以及起诉犯罪行为，质疑程序赋予供应商和承包商对其所指称的采购实体不遵守相关采购立法所载规则的决定和行动提出质疑的权利。《示范法》第八章就质疑程序作出规定；其他机制涉及监督行政决策的更宽泛问题，这些问题并非仅在采购情形中发生，因此未在《示范法》中作出规定。
2. 有效的质疑机制有助于使《示范法》本身具有很大程度的监督和强制执行功能，因为供应商和承包商本来就希望监测采购实体在每一项采购程序中遵守《示范法》各项规定的情况，而质疑机制提供了此种途径。质疑机制还增进整个采购制度的公信力。质疑机制的另一项功能是震慑作用：这种机制存在本身就能够阻止明知故犯的违法行动或决定。基于上述原因，质疑机制是确保采购制度妥善运作的基本要素，可以增进采购制度的公信力。
3. 此外，《联合国反腐败公约》第九条第一款第(四)项^[**超级链接/参引**]要求采购制度纳入有效的质疑机制，称作国内复议制度，包括有效的上诉制度，以确保在《公约》第九条第一款所要求的规则或程序未得到遵守时提供法律追诉和救济。贸易法委员会努力确保《示范法》落实《公约》的要求，在《示范法》中要求颁布国提供此类有效质疑机制必需的所有权利和程序（包括初审和上诉）。与此类似，本着《示范法》对国际适用性的基本方针，制订的《示范法》在可行范围内尽量与世贸组织《政府采购协定》^[**超级链接/参引**]中质疑程序所采用的方法保持一致。
4. 《示范法》第八章载有旨在确保有效质疑程序的规定，鼓励各颁布国在本国法律制度允许的范围内纳入该章的所有规定。其中包括提出质疑（以及对质疑程序中作出的决定提出上诉）的一般权利；请采购实体重新审议在采购程序中作出的决定的任择性请求；独立机构复议；和（或）向法院提出申请。不过，《示范法》并没有强制规定该制度的具体结构，下文^[**超级链接**]对此作了进一步解释。此外，有不同机制来确保程序发挥效用。《示范法》寻求通过每个采购过程的程序来降低对质疑的需要。例如，第 15 条^[**超级链接**]规定了澄清和修改招标文件的机制，这样就降低了对招标文件所载条款和条件提

出质疑的可能性；第 16 条的澄清机制意在降低对资格审查、响应性和提交书评审方面的决定提出质疑的可能性。

5. 颁布国的其他法律部门和其他机构可能会对第八章所设想的质疑机制产生影响，例如，在欺诈或腐败指控或违反竞争法引发质疑的情形下。在此情形下，应当向采购实体和供应商提供适当的指导意见，包括要求公开提供这类信息，以确保引起相关主管当局注意，并有利于采取适当行动。

2. 颁布：政策考虑

6. 《反腐败公约》的要求和《示范法》的要求均基于这样的认识，即有关质疑程序的立法需要以符合相关颁布国法律传统的形式拟订。认识到大多数国家具备质疑行政机关和其他公共实体行为的机制和程序（常称作复议职能）。有些国家专为解决这些机关和实体的采购所产生的争议建立了此种机制和程序。还有些国家则借助对行政行为进行复议的一般机制和程序处理这类争议。不过，在强制执行方面，各国的做法的确有相当大的差异：有些国家在专业主管部门和专门法院有常设复议机制；而有些国家则没有关于这类复议的一般立法规定（但不包括国际义务要求进行此种复议的情形，并且须设有司法复议程序）。有些制度规定对国家机关违反采购法进行行政制裁并可向行政法庭提起诉讼，另一些制度则采取行政复议和（或）普通法院对采购决定进行司法复议相结合的做法（并相应对采购实体违反采购法提起专门的刑事诉讼）。

7. 考虑到上述各点，为了使有关规定能够与世界各国法律制度和国家行政制度大相径庭的理论和结构框架相兼容，第八章的规定阐明了构建有效的质疑机制所应遵循的原则和主要程序。依照《示范法》作为一项框架文本的总体思路，有关条文应有相应的条例和详细的程序规则加以补充，以确保质疑机制的运作有效、迅捷并具有成本效益。

8. 一般而言，一个有效的机制需包括以下几个方面：毫不拖延进行干预的可能性；暂停或取消采购程序的权力和正常情况下防止争议未决时采购合同生效的权力；实施其他临时措施的权力，如下达限制令和对违规情形进行经济制裁；在已不可能采取干预措施的情况下（如授标之后）判给损害赔偿的权力；在合理的较短期限内迅速处理的能力，该期限通常以天数和星期数计。若要成为有效的机制，第一步至少必须有一个受理质疑的机构，第二步至少必须有另一个受理上诉的机构。

9. 《示范法》的规定要求颁布国按照与本国法律传统相符的方式就有效机制的上述所有要素作出规定。有关条文首先规定，供应商和承包商有权对采购实体的行动或决定提出质疑：采购程序中没有任何行动或决定可免于适用该机制。关于受理质疑的机构（即第一步），《示范法》规定了三种选择。

10. 第一种选择是，可以根据第 66 条^[**超级链接**]向采购实体本身提出质疑，前提是采购合同尚未授标。规定该程序的目的是允许采购实体纠正有缺陷的行动、决定或程序。

11. 重要的是，这种制度对供应商或承包商而言是一项选择，而不是质疑程序中具有强制性的第一步。将这种制度包括在内，是为了便于采取一种快捷、简便和相对低成本的程序，这种做法可以避免给其他受理机构造成不必要的负担，避免将本来可由当事各方在较早且干扰较少的阶段以较低费用解决的申请和上诉诉诸此种机构。无须花费大量时间和成本就能够迅速给予救济，是采购方面质疑机制非常可取的特征；采购实体掌握与相关采购程序有关的事实并控制着相关采购程序，可能愿意并且能够纠正自身也许没有注意到的程序性错误，这种情况有助于实现上述特征。这些特征不仅对于提出质疑的供应商是重要的，对于最大限度地减少对整个采购程序的干扰也非常重要。这种自愿性制度还可以降低因法律程序而损害未来业务的预期风险，据认为这种风险不利于提出质疑。另一方面，采购实体对这种请求置之不理的情况时有发生，提出这种请求实际上只会延误在另一个受理机构提出正式申请。因此，鉴于这种制度的潜在益处，鼓励颁布国纳入这种制度，但要采取措施确保这种制度在实践中发挥作用（相关实施和使用事项在下一节审议）。

12. 第二种选择是对于供应商指称的采购实体的违法决定或行动进行独立的第三方复议。这种独立复议可以作为行政程序进行。其范围比上述平级制度更广，因为在采购合同（或框架协议）生效之后也可以提出质疑。独立机构接到质疑后可准予多种救济，有关条文的评注着重说明了某些法律制度可能通常不提供的救济。这些救济被视为《示范法》所设想的制度的重要特征，因此鼓励颁布国予以颁布，前提是确保独立复议制度与诉诸法院的同等机制协调一致。通过传统的法院程序解决争议需要较长时间，以及独立机构掌握的专业知识能够带来潜在益处，也是规定独立复议制度的理由。

13. 第三种选择是向主管法院提出申请。《示范法》并未规定这种诉讼的程序，相关程序受适用的国内法管辖。颁布国如果规定对采购实体的决定只进行司法复议，必须建立有效的首次申请和上诉制度，确保按照《反腐败公约》的要求^[**超级链接**]，在本法规定的采购规则和程序未得到遵守的情况下提供适当的法律追诉和救济。

14. 关于受理上诉的机构，颁布国可以规定仅限于向法院提出此类申请，也可以规定可向独立机构或者既向独立机构又向法院提交此类申请，以反映有关法域的法律制度。如果一国希望规定由第 67 条^[**超级链接**]所述独立复议机构受理上诉，则需要对该条加以修改以赋予上诉管辖权：《示范法》所规定形式的第 67 条仅赋予了初审权限。

15. 颁布国也不妨利用《示范法》的条文评估本国已经实施的质疑机制是否有效。如果已经具备有效和高效的法院复议制度，再引入新的独立机构可能意义不大；另一方面，如果已经有了运作良好的另一种受理机构，推动在法院设立采购案专庭同样没有多大意义。鉴于需要作出要求很高的决定以及《示范法》规定了大量程序，应当强调受理质疑的任何机构内掌握专业知识的人员的重要性。

16. 在这方面，鼓励颁布国审查所有现有受理机构的范围，确保所实施的制度确实提供了《反腐败公约》[\[**超级链接**\]](#)所要求并被认为构成最佳做法的有效法律追诉和救济（包括上诉）。

17. 第八章并未述及通过仲裁或替代性机构解决争议的可能性，既是因为采购程序中仲裁的使用相对少见，同时也是考虑到质疑程序的性质，质疑程序往往涉及将采购实体的行动或决定定性为符合或不符合《示范法》的要求。尽管如此，《示范法》无意暗示采购实体和供应商或承包商不得在适当情形下将与《示范法》规定的程序有关的争议付诸仲裁，特别是将采购周期合同管理阶段的争议付诸仲裁。

3. 实施和使用问题

18. 有效质疑机制的一个重要特点是能够达到适当平衡，一方面需维护供应商和承包商的利益并保持采购程序的公正性，另一方面需限制对采购程序的干扰（特别是考虑到第 65 条[\[**超级链接**\]](#)的一般性禁令，即在质疑未决时禁止采购合同或框架协议生效（有少数例外情况））。因此，有关条文规定只有供应商和承包商（包括例如被取消资格的潜在供应商和承包商）有提出质疑的权利；规定了提交申请和上诉以及处理案件的时限；并规定某些情形下在决定是否对采购程序适用暂停时有自由裁量权。条例和规则或其他指导意见应当阐明有关条文的这些方面，在供应商的利益与采购实体的需要之间达到适当平衡。在暂停采购程序方面赋予的自由裁量权（这种自由裁量权还须遵守上述第 66 条规定的禁令）在这方面至关重要；下文第**段审查与暂停在何时合适、何时不合适有关的考虑。

19. 有助于高效解决争议并限制对采购程序的干扰的第二个因素是鼓励及早、及时解决问题和争议，并使质疑在需要撤销采购程序各阶段之前得到处理，这些阶段中最重要的是采购合同生效（或者适用的，订立框架协议）。《示范法》为此规定了一些条文，首先是向采购实体提出重新审议申请的程序；其次是规定了提交的时限；其三是规定了发布所作决定的时限。

20. 一项辅助性规定是使用停顿期（在第 22 条第(2)款[\[**超级链接**\]](#)规定）。实行停顿期的目的是要求在确定中选提交书和授予采购合同（或框架协议）之间有短暂的停顿，以便能够处理对拟议授标提出的任何质疑，从而避免因处置已签署的合同而带来更多复杂问题和成本，上文本条评注[\[**超级链接**\]](#)对此作了进一步解释。

21. 第八章所载规则和程序的另一个目的是足够灵活，能够加以调整以适应任何法律和行政制度，同时不损害质疑制度本身的实质内容或效用。例如，质疑程序的某些重要方面涉及每个国家法律制度和国家行政制度的基本理论和结构问题，如受理申请或上诉的机构和可能给予的救济；颁布国需要在这方面对第八章的规定加以调整。

22. 鼓励颁布国请求采购实体重新审议这项可选制度的国家采取措施，确保该机制的益处及其运作方式（其中包括正规程序，如第 66 条的评注[\[**超级链接**\]](#)

所解释)得到广泛传播和理解,以便能够有效利用该机制。在这方面,经常将请求重新审议和通报情况相混淆。通报情况的目的是向受影响的供应商或承包商解释采购实体的决定,以便清楚说明相关理由,希望人们知道该决定遵守了本法的规定,或者错误能够得到纠正。因此,这是有利于采购程序的一个非正式机制,贸易法委员会鼓励在适当情形下使用这种机制,但《示范法》并未就此作出明文规定。(关于通报情况的进一步讨论,见上文一般性评注第**节[**超级链接**])。为避免此种混淆,应当突出说明两种程序在目标、程序和可能的结果方面的关键区别。此外,颁布国还应当对所提出请求的答复进行监测和监督,以确保这些请求得到认真对待,并使潜在益处落到实处。

23. 用户指导意见中应当突出说明的另一个问题是强调采购合同生效后不能提出重新审议请求。作此限制的理由是,合同生效后能够有效地要求采购实体采取的纠正措施是很有限的:其权力止于合同生效之时。将采购实体的权限局限于订立合同前的争议还有另一个目的,那就是避免赋予采购实体过多权力,而且与禁止《示范法》涉及合同管理阶段的做法也是一致的。在此之后,质疑将归属独立机构或司法复议机构——即独立机构或法院——的权限范围。确保第22条[**超级链接**]的通知和停顿期规定受到尊重还应有助于限制合同订立后发生争议的可能性。

24. 至于第69条[**超级链接**]规定的独立机构复议制度,其结构需反映颁布国的法律传统。有些法律制度规定,对行政机关和其他公共实体的行动的质疑或复议,由对该机关或实体行使上下级权力或控制的行政机构受理。在规定此种复议的法律制度中,哪个或哪些机构可以对特定机关或实体的行动行使此种职能,在很大程度上取决于国家的行政结构。这类机构并非《示范法》要求意义上的独立机构。在第八章中,“独立性”概念系指独立于采购实体,而非独立于整个政府并且不受政治压力。出于前一段中适用于上下级行政复议的相同理由,依照本国颁布的《示范法》,行政机构的权限是审批采购实体的某些行为或决定或采购实体所遵循的程序,或者就程序事宜向采购实体提出建议,此种行政机构不符合独立性的要求。此外,各国似宜特别考虑该机构是否应当包括独立于政府的外部专家或由这样的专家组成。从实务角度来看,独立性也非常重要:如果复议程序中作出的决定缺乏独立性,就有可能导致向法院提出进一步质疑,从而造成对采购程序的长期干扰。

25. 因此,鼓励颁布国在其国家制度范围内向独立机构提供尽可能多的行动自主权和独立性,不受行政和立法部门干预,以避免政治影响,并确保独立机构作出决定的严格性。在有些制度中,指望采购实体对自身行为和决定的重新审议始终公正和有效是不切实际的,这时尤其需要一个独立机制。

26. 希望建立独立复议机制的颁布国需要确定可被赋予复议职能的适当机构,不论是现有机构还是颁布国新设立的机构。例如,该机构可以是对本国采购事务行使总体监管和控制权的机构,可以是权限不限于采购事务的一个相关机构(例如对政府和公共行政的运作进行财务控制和监督的机构(不过,复议范围不应局限于财务控制和监督)),也可以是权限仅限于解决采购事项争议的专门行政机构。

27. 也需要就独立机构的运作程序提供指导意见，第 67 条的评注^[**超级链接**]对此作了进一步讨论。应当特别重视证据、保密和审理问题，以确保程序各当事方充分知悉自身在这方面的权利和义务，确保所有程序的一致性，并允许对独立机构的决定提出有效和高效的上诉。最后，似宜允许民间社会代表或其他人观察质疑程序，如果这样，除非其他法律已经允许，否则条例或规则和指导意见需要按照相关颁布国的法律传统就必要的便利作出规定。这些问题连同《示范法》第八章介绍中讨论的其他问题，不属于《示范法》和《指南》的范畴。因此，由于存在信息支离破碎的风险，一般性评注第^{**节}讨论的公共采购机构或类似机构将对确保指导意见指引读者阅读所有适当内容起到非常重要的作用。^[**超级链接**]

28. 质疑程序中一般会产生的实质问题是在提交质疑申请时采购程序是否应予暂停的问题。虽然第 65 条^[**超级链接**]规定在申请得到处理之前禁止采购合同生效，但如果没有暂停，提出投诉的供应商或承包商可能没有足够时间寻求并得到临时救济，这种情况下可能还有必要暂停采购程序。暂停采购程序是比第 65 条的禁令更宽泛的概念：它禁止采购程序中的所有行动。设置暂停机制还增强了在没有司法干预情况下在较低级别处理申请的可能性，因而有利于更加经济、高效地解决争议。因此，采购实体在审议重新审议自身的决定或行动的^{申请时}以及独立机构在审议复议申请时，都需要就是否暂停采购程序作出决定。

29. 关于采购实体在重新审议申请中作出的决定，贸易法委员会注意到自动暂停是一种繁琐而严厉的做法，可能导致供应商能够以无理纠缠的方式提出要求，从而不必要地拖延采购程序，并可能给采购程序带来严重损害。这种可能性的存在，将使供应商能够对采购实体施压，使后者无意之中采取不适当地偏向有关供应商的行动。自动暂停做法可能带来的另一个不利之处可能是动用质疑机制的情况普遍增加，从而对采购程序造成干扰和延误。

30. 因此，第 66 条^[**超级链接**]赋予采购实体就是否暂停采购程序作出决定的自由裁量权。有关暂停的决定将根据质疑的性质和时间以及所涉采购的事实和情况作出。例如，在程序早期对某些招标条款提出质疑，所产生的影响可能无需暂停，即使最终需要采取轻微的纠正行动；对另一些条款的质疑可能需要暂停，即在纠正行动可能意味着撤销已经采取的步骤和造成成本浪费的情况下；在另一个极端，如果是在提交书递交截止时间临近之前几天对这类条款提出质疑，就需要采取非常不同的行动，暂停可能是适当的。有关供应商负有证明为何应当准予暂停的责任，不过，这方面必须指出，供应商不一定掌握采购程序的完整记录，或许只能大致说明有关问题。

31. 对于其决定正在受到质疑的采购实体来说，这种办法赋予它的自由裁量权是相当大的。颁布国可能想尽量降低滥用此种自由裁量权的风险。另一种做法是对采购实体行使自由裁量权决定是否暂停采购程序加以规范，尤其是在下列情况下：采购实体缺乏处理质疑程序的经验，相关采购程序中的决定由另一机构作出，或者希望通过大力鼓励先向采购实体提出任何质疑来促进争议的及早解决。如果希望采取这种做法，可以考虑规范性更强的条例。

32. 在向独立机构提出复议申请方面，暂停规定有更强的针对性，因为存在两种必须暂停采购程序的情形（除非独立机构决定，紧迫公共利益考虑要求继续履行采购合同或者框架协议，如第 67 条的指导意见^[**超级链接**]所解释）。这两种情形被认为对采购程序的公正性构成特别严重的风险，首先是在提交书递交截止时间之前收到申请（这种情况下申请可能涉及采购条款，或涉及在资格预审程序中将某一供应商排除在外）。第二种情形是未适用停顿期，在提交书递交截止时间之后收到质疑（这种情况下暂停可能有助于防止可能存在舞弊的授标）。要求暂停的理由反映出需要阻止供应商或承包商或采购实体继续在违规道路上走下去从而可能浪费时间也许还有成本。¹在其他情形下，暂停可以斟酌处理，如同上文中处理重新审议申请一样。

33. 不论采用哪种解决办法，对政策考虑作出解释的条例、规则和指导意见对于确保就暂停问题作出妥善的决定至关重要。

34. 至于向法院申请的制度，许多国家的法律制度规定对行政机关和公共实体的行为进行司法复议，要么是司法复议与上述独立机构并存，要么是以司法复议取代上述独立机构的职能。在行政复议与司法复议并存的某些法律制度中，只有在用尽其他质疑机会之后才能寻求司法复议；在另一些制度中，这两种质疑或复议手段可以任选。一些相关国家可能已经制订了就这些事项为质疑程序各参与方提供指导意见的规则。尚未制订这类规则的国家似宜制订这类规则，通过法律或条例并辅之以其他规则和指导意见就期望采取的方法作出规定。《示范法》并不规范法院程序，未述及这种先后顺序问题。此外，不鼓励启动平行程序。

35. 《示范法》未述及法院程序问题，如判付预期损失（如利润损失）赔偿费的权力或准予临时措施的权力，包括在合同已经签署并且履约已经开始的情况下。不过，贸易法委员会鼓励也在法院提供独立机构程序中提供的所有救济。

36. 只有在供应商提出申请的情况下，才能够对违犯规则和程序的情形提出质疑，这样，上文概要中提到的其他监督机制也应当到位，以便处理：(a) 发生违规而供应商选择不采取行动的情形，(b) 系统性问题。供应商不愿采取行动可能有种种理由：合同价值低的，大供应商可能认为不值得为所受损失花费相关费用；小供应商可能认为承受不起质疑所需的时间和费用；对于裁量性决定，所有供应商都可能因失败风险较高而不愿提出质疑，并可能担心提出质疑会损害今后与采购实体的关系。

¹ 请工作组就如何解释为什么此处不适用对采购实体的考虑提出建议。